

In de tweede helft van 2016 hebben de ministeries van OCW, SZW en EZ, met het oog op de motie 32820-194 van de Tweede Kamerleden Monasch en Jasper van Dijk, overlegd met de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en verenigingen van werkenden en werk- en opdrachtgevers in de culturele sector. In deze gesprekken zijn de opties voor versterking van de onderhandelingspositie van kunstenaars besproken, ook in internationaal perspectief. De vertegenwoordiging van belanghebbenden was breed, maar deelnemers aan de gesprekken gaven ook aan de inhoud verder te willen bespreken met hun achterban.

De motie is gericht op kunstenaars, een term die gebruikt wordt in enge en in brede zin. De arbeidsmarktverkenning van Raad voor Cultuur en de SER richtte zich echter op de volle breedte van de culturele en creatieve sector. Wel is duidelijk dat loopbaanperspectief en marktwerking per deelsector anders is: (al dan niet gesubsidieerde) kunsten, erfgoed, media of creatieve dienstverlening. Afbakening van de doelgroep naar omvang van de onderneming (in termen van bijvoorbeeld omzet of aantal opdrachtgevers) is in Nederland niet voor de hand liggend omdat arbeidsverhoudingen ieder afzonderlijk worden beoordeeld.

De Mededingingswet, ACM en zelfstandige kunstenaars

De sinds 1998 in Nederland bestaande Mededingingswet (Mw) sluit aan op de mededingingsregels die zijn neergelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Zo zijn de artikelen 6 (kartelverbod) en 24 (misbruikverbod) Mw kopieën van de artikelen 101 (kartelverbod) en 102 (misbruikverbod) VWEU.

De ACM heeft een wettelijk taak en verantwoordelijkheid in het toezicht op de naleving van de mededingingsregels. De ACM is zich bewust van de maatschappelijke en politieke discussie die wordt gevoerd over de flexibilisering van de arbeidsmarkt en van de problematiek die zich voordoet aan de onderkant van de arbeidsmarkt, mede in relatie tot de groep kwetsbare zzp'ers in de cultuursector. Input van de ACM was dan ook bijzonder bruikbaar voor het overleg met de culturele sector.

Bestaande mogelijkheden voor versterking van de onderhandelingspositie

Er zijn verschillende mogelijkheden voor ondernemingen om samen te werken, zonder beperkingen voor concurrentie op prijs. De ACM heeft hiervoor de handreiking 'Richtsnoeren samenwerking ondernemingen' opgesteld¹. Zo zijn er mogelijkheden rond het opstellen van calculatieschema's voor tarieven en uitwisseling van openbare, objectieve en geaggregeerde marktinformatie. Het is evenwel goed mogelijk dat de kleinschaligheid binnen de cultuursector en de mate van professionalisering een belemmering vormt om deze richtsnoeren toe te passen.

Artikel 1, lid 2 van de Wet op de cao biedt de mogelijkheid om cao-bepalingen op te nemen die betrekking hebben op de opdrachtovereenkomst. Een werkgever moet die bepalingen in acht nemen bij het (naast zijn werknemers met arbeidsovereenkomst) inhuren van werkenden op grond van een opdrachtovereenkomst. Deze mogelijkheid is in de Wet op de cao opgenomen omdat werk ook op basis van andere overeenkomsten kan worden verricht dan op basis van een arbeidsovereenkomst. Het bij de Wet op de cao bepaalde is dan ook op die overeenkomsten van toepassing. Hiermee wordt voorkomen dat toepassing van de cao eenvoudig kan worden ontweken met de inzet van een andere contractvorm.

In een EU-hofzaak is uitgemaakt dat cao-bepalingen voor niet-werknemers *niet* in strijd zijn met het mededingingsrecht als zij minimumtariefafspraken bevatten die zijn gemaakt namens en voor rekening van 'zelfstandigen die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst van die werkgever en die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers'. Cao-afspraken voor deze groep zelfstandigen vallen dus niet onder het kartelverbod. Binnen de sector bestaan zorgen over hoe een rechter of de belastingdienst de positie van deze zelfstandigen zal beoordelen in arbeidsrechtelijk of fiscaal opzicht. Het hof gebruikt de term 'schijnzelfstandigen' om uit te drukken dat dit geen 'ondernemingen' zijn in de zin van het mededingingsrecht, zonder uitspraak te doen

¹ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7072/Richtsnoeren-Samenwerking-Ondernemingen/>

Bijlage: Notities uit overleg over versterking van de onderhandelingspositie van zelfstandige kunstenaars

over de vraag of de positie van deze zelfstandigen oneigenlijk is. Die toets is aan de nationale rechter.

De Auteurswet biedt een grondslag voor makers (bijvoorbeeld schrijvers, journalisten, kunstenaars, regisseurs, fotograven etc) om gezamenlijk met exploitanten te onderhandelen over billijke minimale auteursrechtvergoedingen. Artikel 25c van de Auteurswet stelt dat een vereniging van makers de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap kunnen verzoeken een billijke vergoedingen voor het verlenen van exploitatiebevoegdheid vast te stellen voor een bepaalde periode en een specifieke branche van makers. Dit verzoek dient samen met (een vereniging van) de exploitanten in de desbetreffende branche te worden ingediend. De minister van OCW kan uitsluitend tot vaststelling overgaan na overleg met de minister van Veiligheid en Justitie en na inwinnen van het advies van een onafhankelijk adviesorgaan dat wordt aangewezen bij Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB). Daarnaast kunnen bij AMvB nadere regels worden gesteld. Deze AMvB is recent gepubliceerd. Van belang voor de Mededingingswet is dat deze uitzondering door marktpartijen gezamenlijk gedragen wordt en de minister van OCW deze afspraak uiteindelijk bestendigt..

De onderhandelingspositie van ondernemers kan ook worden verbeterd door hun ondernemingen te fuseren. Zo kunnen meerdere kunstenaars één gezamenlijke grotere onderneming vormen, dit kan bijvoorbeeld een besloten vennootschap zijn, maar ook een coöperatie. Niet alle zelfstandigen weten wat hun opties zijn op dit gebied, of kunnen overzien wat de gevolgen zullen zijn voor hun bedrijfsvoering.

Tot slot blijft het, ondanks grote inzet van het kunstvakonderwijs, de sector en de overheid, nodig om de ondernemersvaardigheden en innovatie van kunstenaars verder te versterken. Op dit terrein is al sinds de jaren '90 ingezet, en met positief effect. Door wetenschappers wordt echter in toenemende mate onderkend dat de economie van de cultuursector eigen kenmerken heeft die van invloed zijn op de kansen en kaders voor ondernemerschap. Meer ondernemerschap en marktwerking alleen zullen niet voldoende zijn om de positie van kunstenaars te versterken.

Tariefafspraken, richtlijnen, adviestarieven, informatie-uitwisseling, of collectieve onderhandelingen
Handelingen die de mogelijkheden beperken voor ondernemers om te concurreren op prijs hebben veelal als resultaat dat (eind)afnemers hogere prijzen betalen. Zij zijn daarom in beginsel strijdig met het kartelverbod. Dit geldt ook voor tariefafspraken, daaronder begrepen afspraken over tariefcomponenten zoals ter zake van ziektevoorziening, arbeidsongeschiktheid, aansprakelijkheid en pensioenvoorziening. Dit geldt onverminderd als het doel van de tariefafspraken is om de onderhandelingspositie van bepaalde groepen zelfstandigen te versterken of om zelfstandigen van een hoger inkomen te voorzien².

Dat wil echter niet zeggen dat zulke doelen oneigenlijk of niet mogelijk zijn. Zo zijn cao-bepalingen in de Mededingingswet uitgezonderd van het kartelverbod. In Duitsland en Frankrijk bestaan bepalingen in de arbeidsmarktwetgeving waarin bepaalde groepen zelfstandigen (kleine ondernemers, en specifiek kunstenaars) qua wettelijke bescherming gelijk worden gesteld aan werknemers. De Europese wetgeving stelt wel strikte voorwaarden aan dit soort uitzonderingen, te weten:

- expliciete vermelding van het doel;
- geen verdere beperking van de mededinging dan nodig;
- geen belemmering voor het vrije verkeer van diensten.

Het is nog onduidelijk in hoeverre de nieuwe wetgeving in Ierland, waarbij uitzonderingen in de mededingingswetgeving zijn verruimd, aansluit op de Europese wetgeving.

In Nederland worden vergelijkbare doelen tot nu toe niet gerealiseerd via arbeidsmarktwetgeving, maar via sectorspecifieke wetgeving. Een voorbeeld is de Auteurswet. Van belang is dat zulke uitzonderingen op de Mededingingswet wel een wettelijke basis hebben en het algemeen belang dienen.

² De juridische en economische context en de bewoordingen en oogmerken van een afspraak spelen allen een rol bij de beoordeling van het doel.

Bijlage: Notities uit overleg over versterking van de onderhandelingspositie van zelfstandige kunstenaars

In de bespreking met belanghebbenden was er een relatief brede behoefte om de krachten van zelfstandige kunstenaars bij onderhandelingen te bundelen om een bodem in de markt te leggen voor de tarieven van zelfstandigen. Er is nu geen dynamiek in de markt die zorgt voor een ondergrens in tarieven.

Minimumtarieven

De reactie van opdrachtgevers op de invoering van minimumtarieven verschilde aanzienlijk per deelsector. Bij alle groepen (ook werkenden) bestonden vragen over de uitwerking en de effecten van minimumtarieven. Zo is de vraag hoe houdbaar minimumtarieven zijn, of dat deze een neerwaartse druk zouden uitoefenen op zelfstandigen die nu een sterkere onderhandelingspositie hebben. Er zijn ook zogenaamde 'waterbedeffecten' mogelijk ten aanzien van de inkomenscomponenten van kunstenaars of selectie voor concurrerend aanbod. In hoeverre leidt een minimumtarief bijvoorbeeld tot vermindering van de vraag? Er is behoefte aan meer kennis over de totstandkoming van tarieven en hun effect op vraag en aanbod in de cultuursector.