
Mededingingsrecht en de zzp-er

Een economische analyse

Arjan van den Born^{1,2,3}

*Eric van Damme*²

Arjen van Witteloostuijn^{1,2,3,4,5}

¹Tilburg School of Governance

²Tilburg School of Economics and Management

³Jheronimus Academy of Data Science

⁴Antwerp Management School

⁵Cardiff Business School

Januari 2017

Op verzoek van de vaste commissie Economische Zaken van de Nederlandse Tweede Kamer wordt in het voorliggende document een antwoord gezocht op vijf vragen op basis van een economische analyse:

- 1) Is de Mededingingswet wel actueel genoeg voor de huidige machtsverhoudingen, vooral voor zzp-ers en hun onderhandelingsmacht?
- 2) Moet een wijziging komen van de Mededingingswet of moet deze wet anders geïnterpreteerd worden ten aanzien van zzp-ers, zodat zij onderling prijsafspraken kunnen maken?
- 3) Zijn andere oplossingen mogelijk?
- 4) Waarom wordt geen gebruik gemaakt van de bagatelregeling van 10%?
- 5) Hoeveel ruimte bestaat in EU-verband om van het kartelverbod af te wijken?

Onze analyse is volledig onafhankelijk tot stand gekomen. Wij hebben gesproken met vertegenwoordigers van de ACM, de Kunstenbond en VNO-NCW ten behoeve van feitenvergaring en opinievorming. Geen enkel argument in het voorliggende document kan echter aan één van onze gesprekspartners worden toegeschreven.

SAMENVATTING

Het feit dat steeds meer mensen ervoor (lijken te) kiezen om, in plaats van als werknemer, als zzp-er werkzaam te zijn, roept belangrijke beleidsvragen op. Het is bijvoorbeeld de vraag of de overheid aan zzp-ers meer zekerheden zou moeten bieden. Een andere vraag is naar de plaats van de zzp-er in het belastingrecht. De problematiek is veelomvattend, maar deze algehele problematiek is geen onderwerp van de voorliggende analyse. Aan ons is een vijftal vragen betreffende zzp-ers en de Mededingingswet voorgelegd, waaraan in feite één basisvraag ten grondslag ligt: Zou in de Mededingingswet een uitzonderingspositie voor zzp-ers moeten worden gecreëerd? Ons antwoord op deze vraag, op basis van een economische analyse, is een duidelijk nee. De hoofdargumenten daarvoor zijn de volgende:

- 1) De Mededingingswet is een belangrijke basiswet, die een publiek belang beschermt. Uitzonderingen op die wet voor zzp-ers in algemene zijn niet economisch te motiveren.*
- 2) De Mededingingswet kent al ruime uitzonderingsbepalingen. Hiervan kunnen ook zzp-ers gebruik maken.*
- 3) De Mededingingswet is alleen van toepassing op zzp-ers die economische activiteiten ontplooiën.*
- 4) De Mededingingswet kent, in Artikel 24 (respectievelijk Artikel 102 VWEU), een belangrijke bepaling die bescherming biedt aan zzp-ers die economische activiteiten ontplooiën.*
- 5) De mogelijkheid bestaat om bepaalde sectoren uit te zonderen van toepassing van de Nederlandse Mededingingswet.*
- 6) Vanuit mededingingsperspectief valt niet in te zien hoe een onderscheid tussen zzp-ers en de rest van het midden- en kleinbedrijf (MKB) gerechtvaardigd kan worden.*

Overwegingen van inkoopmacht lagen ten grondslag aan de meest recente wijziging van de Mededingingswet (initiatiefwetsvoorstel van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos (Kamerstukken 31531)). De discussie over zzp-ers en de Mededingingswet zou in dat kader gevoerd moeten worden, waarbij ook de ervaringen met de proeven met de “Gedragscodes Eerlijke Handelspraktijken” zouden moeten worden meegenomen.

Met de constatering dat de Mededingingswet vanuit economisch perspectief geen aanpassing behoeft om voor zzp-ers uitzonderingen mogelijk te maken, is de kous echter niet af. Een dieperliggend vraagstuk betreft de classificatie van een zzp-er als ondernemer of als een nieuwe verschijningsvorm van werkenden. Als een zzp-er wordt beschouwd als een ondernemer – ergo: als een organisatie die economische activiteiten ontplooit –, is het mededingingsrecht onverkort van toepassing. Als een zzp-er echter wordt aangemerkt als een nieuwe variant van de werkenden, dan geldt eerder het arbeidsrecht. In dat geval mag aan deze zzp-er het recht op vereniging niet worden ontzegd, en is een uitzondering op het kartelverbod denkbaar, ook in de context van prijsafspraken.

ACHTERGROND

Steeds meer mensen werken als zelfstandige zonder personeel (zzp-er). Volgens het CBS is het aantal zzp-ers in 2016 echter niet verder toegenomen (CBS, 2016). Volgens de laatste cijfers waren er in het derde kwartaal van 2016 ongeveer één miljoen zzp-ers actief, waarvan ongeveer 18 procent met een laag onderwijsniveau, 39,5 procent met een middelbaar onderwijsniveau en 42,5 procent met een hoger onderwijsniveau. Aan de keuze om als zzp-er aan de slag te gaan liggen verschillende redenen ten grondslag. Veel mensen waarderen de zelfstandigheid die het ondernemerschap biedt of voelen zich anderszins tot het ondernemerschap aangetrokken. Anderen zijn, bijvoorbeeld als gevolg van de crisis, hun vaste baan kwijtgeraakt en proberen vervolgens als zelfstandige verder te gaan. Ook wordt wel gesteld dat werknemers soms voor de keuze gesteld worden om ofwel ontslagen te worden of als zzp-er verder te gaan. Weer anderen kiezen ervoor te werken in sectoren waarin zelfstandig werken de traditie is. Wat de motieven ook zijn, in een economische analyse wordt ervan uitgegaan dat mensen hun keuze niet lichtzinnig maken, maar weloverwogen. Een belangrijk uitgangspunt van de economische wetenschap is in ieder geval dat mensen zelf het beste weten wat goed voor hen is (wat niet wil zeggen dat ze dat perfect weten) en dat ze, gegeven wat binnen hun mogelijkheden ligt, het best mogelijke alternatief kiezen (uiteraard in het licht van vaak gebrekkige informatie en onzekerheid). Toegegeven: mensen kiezen niet altijd rationeel. Ze weten niet altijd wat ze willen en soms is de keuzesituatie te ingewikkeld om te weten wat het beste is. Maar belangrijke beslissingen, zoals die tussen ondernemer of werknemer, worden niet lichtzinnig genomen. Wel is de vraag of deze keuze altijd in vrijheid gemaakt wordt, of soms ook onder dwang.

Traditioneel bestaan grote verschillen tussen het ondernemerschap en het werknemer zijn. Het eerste biedt meer vrijheid, maar gaat gepaard met veel grotere onzekerheid. Hoewel steeds meer mensen voor het ondernemerschap kiezen (of tot het ondernemerschap gedwongen worden), bestaan die fundamentele verschillen nog steeds. Ongetwijfeld zullen nog meer mensen voor het ondernemerschap kiezen als de overheid het ondernemerschap financieel aantrekkelijker maakt (bijvoorbeeld door subsidies) of de daaraan verbonden risico's verminderd (door bepaalde vangnetten op te zetten). Ook de relevante wetgeving is verschillend. Een werknemer weet, of hoort te weten, dat hij of zij bepaalde rechten heeft en dat hij of zij vermoedelijk onder een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) valt. Een zelfstandige weet, of hoort te weten, dat de Mededingingswet

van toepassing is als hij of zij economische activiteiten verricht. Daar is geen ontkomen aan. Het is vergelijkbaar met het feit dat, als een werknemer tussen werk en huis rijdt, de verkeerswetten van toepassing zijn, ongeacht of de reis als voetganger, fietser of automobilist wordt afgelegd. Dat is ook wenselijk: het creëert rechtszekerheid. De verkeerswetten leggen verplichtingen op, maar bieden ook bescherming. Hetzelfde geldt voor de Mededingingswet, die immers het economisch verkeer regelt. De Mededingingswet legt verplichtingen op (en extra verplichtingen aan dominante ondernemingen) en biedt bescherming. In het bijzonder beschermt de Mededingingswet de concurrentie – een publiek goed waarvan heel Nederland profiteert.

Wat echter steeds meer vervaagt, is de scherpe afbakening tussen productmarkten en arbeidsmarkten. De eerste mededingingswetgeving (die in de Verenigde Staten) dateert van het einde van de 19^e eeuw; het arbeidsrecht werd in het begin van de 20^e eeuw ontwikkeld. In die tijd was het onderscheid tussen ondernemers en werknemers duidelijk en waren diensten veel minder belangrijk dan tegenwoordig. Ondernemers brachten kapitaal en arbeid samen om in (grote) fabrieken producten te produceren. Bedrijven beconcurreren elkaar op de productmarkt en de Mededingingswet dient om de concurrentie op de productmarkt (de *output*markt) levend te houden. De arbeidsmarkt is een specieke *input*markt waarop de Mededingingswet niet van toepassing is. Te scherpe concurrentie op de arbeidsmarkt wordt ongewenst gevonden en werknemers worden in staat gesteld zich te verenigen om zo, op deze markt, tegenwicht aan de ondernemers te bieden. In onze tijd zijn diensten belangrijker en worden ook producten steeds meer op kleine schaal geproduceerd. Ook binnen grotere bedrijven krijgen werknemers steeds meer zelfstandigheid en op veel plaatsen wordt, binnen gegeven kaders, met zelfsturende teams gewerkt. In de praktijk vervaagt het onderscheid tussen werknemers en zelfstandigen (zowel binnen als buiten bedrijven), maar vooralsnog blijft de duidelijke afbakening tussen het arbeidsrecht en het mededingingsrecht bestaan. Het eerste richt zich vooral op het belang van de werknemer en het tweede op dat van de consument, maar de praktijk vereist dat beide belangen meegenomen en tegen elkaar afgewogen moeten worden. De vraag is hoe dit het beste kan gebeuren.

VRAAGSTUK

In het Europese, en dus ook in het Nederlandse, mededingingsbeleid wordt de zzp-er behandeld als een onderneming – dat wil zeggen: als een organisatie die een economische activiteit ontplooit. Dat betekent dat de Autoriteit Consument & Markt (ACM) de Mededingingswet op zzp-ers toepast, met als consequentie dat, behoudens uitzonderingen, zzp-ers niet als collectief mogen optreden om bijvoorbeeld gezamenlijke afspraken over minimumtarieven te maken met opdrachtgevers omdat daarmee het kartelverbod overtreden wordt. In tegenstelling tot werknemers wordt zzp-ers daarmee het recht op vereniging in vakbond-achtige collectieven ontzegd voor zover dat is gericht op het maken van prijsafspraken. De vraag is of deze verschillende behandeling van werknemers versus zzp-ers wenselijk is. De International Labour Organization (ILO) is bijvoorbeeld van mening dat in deze moderne tijd van verregerende flexibilisering van de arbeidsmarkt het onderscheid tussen werknemers en zzp-ers vaak uiterst artificieel is (ILO, 2016). Vanuit dat perspectief zou het gerechtvaardigd kunnen zijn beleidsdiscriminatie van zzp-ers ten opzichte van werknemers, of omgekeerd, te voorkomen door beide groepen gelijk te behandelen, bijvoorbeeld als werkenden. Overigens beperkt deze verschillende behandeling zich niet tot de toepassing van het mededingingsrecht, maar strekt deze zich uit tot het brede terrein van wet- en regelgeving inzake arbeidsmarkt en sociale zekerheid, inclusief bijvoorbeeld arbeidsongeschiktheid en pensioenen. Gegeven de voorgelegde vragen richt de analyse in het voorliggende document zich echter vooral op de kwestie rond de mogelijk asymmetrische handhaving van de Mededingingswet. Dat laat onverlet dat een oplossing voor de onderliggende problematiek, *if any*, wellicht toch het best in een andere richting gezocht kan worden (daarop komen wij verderop terug).

De Nederlandse Mededingingswet is sterk geënt op Europese wetgeving. Dat roept de vraag op of de Nederlandse wetgever en –handhaver *ijperhaupt* de mogelijkheid hebben om van EU-wetgeving en EU-jurisprudentie ter zake af te wijken – en zo ja, of dat wenselijk is. Deze vraag blijft hier grotendeels onbeantwoord. Wij beperken ons tot een economische analyse en vermoeden dat in het door de Tweede Kamer uitgezette juridisch onderzoek deze meer feitelijke aspecten aan de orde zullen komen. Op deze plaats volstaan wij met de opmerking dat in EU-landen als Denemarken, Duitsland, Frankrijk en Ierland gelijkaardige discussies hebben gelopen en / of nog altijd lopen (ook hierop komen wij verderop terug). Dat impliceert dat in deze landen ook over de posities van (groepen van) zzp-ers in de context van het mededingingsrecht is en / of wordt gediscussieerd, net

zoals in Nederland het geval is. De vraag is steeds of in de Mededingingswet een uitzonderingspositie voor zzp-ers zou moeten worden gecreëerd. te zeggen vanuit het perspectief van een economische analyse? Op verzoek van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Nederlandse Tweede Kamer analyseren we in het voorliggende document dit vraagstuk vanuit een economisch perspectief.

Onze aanpak impliceert dat wij economische logica toepassen op de zzp-casus – niets meer en niets minder. Hierbij is ons startpunt dat mededingingsbeleid een middel is om een hoger economisch doel te bereiken (naast – uiteraard – veel andere middelen): verdediging of vergroting van de welvaart door machtsmisbruik op productmarkten te voorkomen. Dat betekent dat de centrale vraag is of vereniging van zzp-ers met het oogmerk via krachtenbundeling te komen tot collectieve (prijs)afspraken met opdrachtgevers moet worden beschouwd als een schadelijke vorm van machtsconcentratie die “normale” marktwerking frustreert, met lagere welvaart tot gevolg. Omdat macht een relatieve grootheid is, moet de positie van de opdrachtgevers ook in ogenschouw worden genomen. Immers: macht wordt altijd uitgeoefend in verhouding tot een andere partij. In de zzp-context impliceert deze logica dat de facto twee vormen van economische macht en surplus tegen elkaar moeten worden afgewogen: die van de zzp-ers versus die van de opdrachtgevers. Dat brengt direct een complicatie met zich mee, omdat deze afweging niet alleen zal afhangen van de aard en positie van de zzp-ers, maar ook van die van de opdrachtgevers.

MEDEDIGINGSWET

De Nederlandse Mededingingswet (of Mw, in zijn huidige vorm daterend uit 1997) is gemodelleerd naar de Europese. De wetsgeschiedenis laat duidelijk zien dat daar destijds bewust voor is gekozen. De MvT stelt: “Uitgangspunt is wel, dat de mededingingswet niet strenger en niet soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels.” Daar zijn ook goede argumenten voor. De belangrijkste artikelen uit de wet zijn het kartelverbod (Artikel 6 Mw, het equivalent van Artikel 101 VWEU), het verbod op misbruik van een economische machtspositie (Artikel 24 Mw, het equivalent van Artikel 102 VWEU) en de *ex ante* toetsing van fusies die de mededinging in significante mate zouden kunnen beperken (Hoofdstuk 5 van de Nederlandse wet, het equivalent van de *Merger Regulation*). De Mededingingswet kent in Artikel 7 een bagatelbepaling. Oorspronkelijk was de vrijstelling van het

kartelverbod gebaseerd op het aantal van de aan de overeenkomst deelnemende bedrijven (niet meer dan acht) en hun totale omzet. Daarmee werd afgeweken van het Europese wetgeving, waar de bagatelbepaling in termen van marktaandeel gedefinieerd is, met als argument: “Het bepalen van het marktaandeel is zowel voor ondernemingen als voor de uitvoeringsinstantie niet eenvoudig.”

Na evaluatie van de wet werd de bagatelbepaling in 2007 aangepast. Kartelafspraken werden nu ook toegestaan wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen op de relevante markt niet hoger was dan vijf procent en de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen niet groter dan € 40 miljoen. Daarmee kwam de Nederlandse wet meer in overeenstemming met de Europese. In 2011 werd de bagatelbepaling opnieuw gewijzigd: het maximale marktaandeel werd verhoogd naar tien procent, terwijl de grens voor de gezamenlijke omzet verviel. Daarmee ontstond, voor wat betreft het marktaandeel, een discrepantie tussen de Nederlandse en de Europese wet. Het is op dit moment mogelijk dat een overeenkomst die geen merkbaar effect op de handel tussen Lidstaten van de EU heeft, is toegestaan (omdat in dat geval alleen de Nederlandse wet van toepassing is), terwijl diezelfde overeenkomst (onder Artikel 101 VWEU) verboden zou zijn als deze de handel zou beïnvloeden. Wel moet opgemerkt worden dat op Europees niveau een “de minimis”-bepaling is vastgesteld voor horizontale overeenkomsten die niet meer dan 10 procent van de markt betreffen en voor verticale overeenkomsten beneden de 15 procent. Dit betekent dat aangenomen wordt dat dergelijke overeenkomsten de mededinging niet merkbaar beperken, en dat de Europese Commissie geen prioriteit geeft aan de beoordeling ervan. De Europese Commissie heeft bovendien aangegeven dat overeenkomsten tussen MKB-bedrijven slechts zelden de handel tussen Lidstaten kunnen beïnvloeden en dus in het algemeen onder de “de minimis”-regeling zullen vallen (Europese Commissie, 2002). Een belangrijk verschil tussen de Europese en de Nederlandse wetgeving is dat, onder de eerste, *hardcore* kartelafspraken (zoals prijsafspraken) verboden zijn, terwijl de Nederlandse wet geen onderscheid maakt tussen *hardcore* en andere afspraken. Dergelijke verschillen komen de rechtszekerheid niet ten goede.

Het hoofddoel van de wetswijziging in 2011 was om “de positie van leveranciers met een beperkt marktaandeel te versterken”. De indieners van het wetsvoorstel (Ten Hoopen, Aptroot en Vos) zagen vooral inkoopmacht als een probleem, zoals het volgende (lange) citaat uit de Memorie van Toelichting duidelijk maakt:

“Kleine leveranciers kunnen in onderhandelingen nu te weinig tegengewicht bieden aan de inkoopmacht van grote bedrijven. Met name de huidige omzetgrens die in het nu geldende stelsel gehanteerd wordt beperkt deze kleine leveranciers, want deze grens geeft ondernemingen in sectoren waarin hoge omzetten worden behaald, maar weinig ruimte, ook als ze een klein marktaandeel en daarmee weinig tot geen marktmacht hebben. Dit geldt bijvoorbeeld voor kleine winkels en hun toeleveranciers, diverse beroepen in de creatieve sector (freelance journalisten, vertalers en cameramensen) en voor apothekers. Door verruiming van de bagatel kunnen kleine leveranciers vaker mededingingsafspraken maken. Daardoor kunnen zij bijvoorbeeld «verkoopcombinaties» vormen. Op die wijze wordt het gebrek aan evenwicht tussen kleine leveranciers en grote ondernemingen met inkoopmacht enigszins hersteld. Ook andere zorgverleners met een (zeer) klein marktaandeel hebben een zwakke onderhandelingspositie tegenover verzekeraars met een groot marktaandeel. De initiatiefnemers vinden dat problematisch, omdat het niet rechtvaardig is als kleine leveranciers vanwege het verbod op mededingingsafspraken onvoldoende onderhandelingsmacht kunnen opbouwen, terwijl daar vanuit mededingingsoogpunt geen reden voor is. Daarom willen de initiatiefnemers met dit wetsvoorstel het maximale gezamenlijke marktaandeel verhogen naar 10%.”

Merk op dat in dit citaat diverse sectoren waarin vooral zzp-ers actief zijn, expliciet genoemd worden. Het wetsvoorstel is mogelijk mede geïnspireerd door de toen al gepercipieerde problemen van zzp-ers.

In 2014 werd onderzocht wat de effecten van de verruimde bagatelvrijstelling waren. De belangrijkste conclusies van de evaluatie (Panteia, 2014; een internetenquête onder 1311 bedrijven en een telefonische enquête onder 502 respondenten in vijf sectoren waarin inkoopmacht een probleem zou kunnen vormen) uitvoerde, waren:

- 1) Van de bagatelvrijstelling wordt slechts beperkt gebruik gemaakt. Dit gebruik is door de verruiming niet toegenomen.
- 2) Slechts 10 procent van de geënquêteerde bedrijven kent de bagatelvrijstelling. In de vijf branches waarin inkoopmacht een probleem zou kunnen zijn, varieert de bekendheid tussen 3 procent en 32 procent.
- 3) In de vijf onderzochte branches wordt geconcludeerd dat de verruimde bagatelvrijstelling geen oplossing is om voldoende tegengewicht te bieden aan inkoopmacht.
- 4) In deze vijf sectoren beoordelen bedrijven hun onderhandelingspositie niet als slecht, noch richting afnemers noch richting leveranciers.

De minister concludeerde uit de evaluatie dat geen reden bestond om de huidige verruimde bagatelvrijstelling aan te passen of te laten vervallen.

In dit kader merken we ten slotte ook nog op dat de minister de Kamer in 2016 heeft laten weten geen concrete signalen te hebben vernomen over problemen met oneerlijke handelspraktijken (Tweede Kamer, 2016). Natuurlijk moet wel vastgesteld worden dat de Gedragscodes betreffende eerlijke handelspraktijken niet veel meer eisen dan dat te goeder trouw onderhandeld wordt en dat met de belangen van de tegenpartij wordt rekening gehouden.

INKOOPMACHT

In de context van mededingingskwesties is één van de belangrijke aandachtspunten¹ de mogelijke economische schade die ontstaat ten gevolge van bewegingen in de richting van monopolievorming aan de aanbodzijde van markten. Ook voordat de extreme uitkomst van een monopolie wordt bereikt, kan (maar dat hoeft niet) machtsmisbruik door oligopolies ten koste gaan van het surplus aan de vraagzijde van de markt omdat die in het algemeen te gefragmenteerd is om een effectieve tegenmacht te organiseren. Deze vorm van machtsonbalans wordt vooral, maar zeker niet exclusief, aangetroffen op consumentenmarkten. Grote partijen aan de aanbodzijde van de markt kunnen “samenzweren” met de bedoeling om economisch surplus naar zich toe te trekken. De jurisprudentie rond dergelijke gevallen van machtsmisbruik in Europa en Nederland is omvangrijk, vaak op het terreinen van markten met bedrijven aan de vraagzijde. In het geval van zzp-ers die de krachten bundelen, is van een dergelijke “klassieke” aanbodzijde-casus van verkoopmacht geen sprake. Immers: hier is het de aanbodzijde met heel veel kleine ondernemingen in de vorm van een grote verzameling éénpitters die moet opboksen tegen vaak veel grotere opdrachtgevers aan de vraagzijde.

Indien zzp-ers consumenten bedienen, zijn beide zijden van de markt gefragmenteerd. In dat geval is de toepassing van het mededingingsrecht vanuit economisch perspectief in het algemeen volkomen verdedigbaar. Immers: bij blokvorming onder zzp-ers wordt macht gemobiliseerd die ten koste van

¹ Het doel is driedig: bescherming van concurrentie, verhoging van efficiëntie en vergroting van consumentenwelvaart. Oligopolies zijn niet per se slecht, hoewel hierin grote bedrijven tegenover afnemers of consumenten staan.

consumenten kan worden ingezet, bijvoorbeeld via afspraken over kunstmatig hoge tarieven – een klassiek geval van de keerzijden van een kartel. Indien echter de vraagzijde bestaat uit bedrijven, kan sprake zijn van wat lijkt op een monopsonie (Blair en Harrison, 1990). Dat wil zeggen: een geconcentreerde vraagzijde (weinig en mogelijk heel grote bedrijven) kan inkoopmacht gebruiken of misbruiken om surplus te genereren ten koste van een gefragmenteerde aanbodzijde (veel ultra-kleine zzp-ers). In dat geval kan het toestaan van blokvorming aan de aanbodzijde van de markt economisch gerechtvaardigd zijn, ook vanuit het perspectief van de economische grondslag van het mededingingsbeleid. Monopsonie of oligopsonie zijn bijvoorbeeld veel bestudeerd in de context van agrarische markten (zie bijvoorbeeld Rogers en Sexton, 1994; Alvarez c.s., 2000; Vukina & Leegomonanchai, 2006).

De agrarische sector is interessant omdat die in veel landen in de wereld een uitzonderingspositie heeft weten te verwerven door boeren het recht op vuistvorming met behulp van collectieve vereniging niet te ontzeggen. Dat is ook het geval in Nederland en de Europese Unie. Veel van het traditionele Europese landbouwbeleid staat *grosso modo* haaks op de Mededingingswet. Veel boeren zijn de facto zzp-ers. De individuele boer is een kleine zelfstandige, vaak zonder personeel, die producten levert aan grote afnemers, zoals vlees- en zuivelproducenten. Zonder krachtenbundeling aan de aanbodzijde van dergelijke agrarische markten kan het gevaar bestaan dat de inkoopmacht van de grote afnemers dermate dominant wordt dat het agrarisch surplus vrijwel volledig verdwijnt in de intermediaire schakels tussen boer-producent en eindgebruiker-consument. Mede daarom wordt boeren vaak toegestaan in georganiseerd verband een tegenmacht² te vormen, hetgeen een uitzondering op het kartelverbod impliceert.

WERKENDEN

De studie van monopsonie en oligopsonie op arbeidsmarkten kent eveneens een lange historie (zie bijvoorbeeld Hirsch en Schumacher, 1995; Boal en Ransom, 1997). Vakbonden zijn een aansprekend voorbeeld van een geoorloofde tegenmacht op (arbeids-)markten die eerder richting

² Die tegenmacht kan de interessante vorm aannemen van coöperaties die (ook) aan de vraagzijde opereren en waarvan de boeren zelf – als aanbieders – mede-eigenaar zijn. Het voert in de context van de voorliggende analyse te ver om deze vorm van samenwerking verder te doordenken in verband met de positie van zzp-ers in de Mededingingswet.

monopsonie of oligopsonie neigen. Naar vakbonden kan op ten minste twee manieren worden gekeken. In de eerste visie organiseren zij grote aantallen werknemers in een poging een vuist te maken in onderhandelingen met veel kleinere aantallen werkgevers. De concentratiegraad aan de aanbodzijde van de arbeidsmarkt (werknemers) wordt in evenwicht gebracht met die aan de vraagzijde van diezelfde markt (werkgevers). Het resultaat is dat het de vraagzijde veel moeilijker wordt gemaakt om machtsasymmetrie in te zetten ten behoeve van een onevenwichtige verdeling van het economisch surplus ten voordele van werkgevers en ten nadele van werknemers. Dat betekent dat voor vakbonden een uitzondering wordt gemaakt binnen de context van de traditionele mededingingslogica: een vakbond wordt beschouwd als een legaal kartel dat met werkgevers zelfs (algemeen) bindende afspraken mag maken over primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden – ergo: ook over prijzen (beloningen), contrair aan de geest van het mededingingsrecht. In deze visie wordt aan het recht van werknemers op collectieve vereniging een zwaarder gewicht toegekend dan aan het mededingingsrecht. De tweede visie gaat minder uit van machtsverschillen. In deze visie hebben bedrijven minder macht, maar worden zij door concurrentie gedwongen om naar alle mogelijke manieren van kostenverlaging te zoeken. Verlaging van de lonen kan, als de productiviteit daar niet onder lijdt, tot kostenverlaging leiden. In dat geval zullen, bij intense concurrentie, als één bedrijf dat doet, ook andere bedrijven zich daartoe gedwongen voelen. Te lage lonen kunnen om diverse redenen als ongewenst beschouwd worden. De overheid grijpt dan in door een bodem in de markt te leggen en door een onderscheid te maken tussen arbeidsmarkten en productmarkten. Op de laatste is de Mededingingswet van toepassing, maar op de eerste niet.

Het bovenstaande argument kan ook gelden voor zzp-ers. Ook zij kunnen geconfronteerd worden met onderhandelingsmacht van opdrachtgever-bedrijven, onafhankelijk of deze nu door marktmacht of juist door concurrentie op de productmarkt veroorzaakt wordt. Zodra zzp-ers primair worden beschouwd als een andere categorie van werkenden, en niet vooral als ondernemingen, kan dezelfde logica worden toegepast. Dat wil zeggen: zolang een groep zzp-ers wordt geconfronteerd met een vraagzijde die over (veel) grotere macht beschikt, bestaat geen economische reden om deze groep werkenden het recht op collectieve vereniging te ontzeggen. In dat geval is het vanuit economisch perspectief niet verdedigbaar om de ene groep werkenden (zzp-ers) te discrimineren ten opzichte van een andere groep (werknemers): aan beide groepen zou moeten worden toegestaan om via collectieve vereniging een machtsblok te vormen dat op gelijkwaardiger voet met de vraagzijde kan onderhandelen over primaire en secundaire voorwaarden van contracten. In het geval van

werknemers gaat het om onderhandelingen met werkgevers om primaire en secundaire voorwaarden inzake arbeidscontracten, en bij zzp-ers om onderhandelingen met opdrachtgevers om dergelijke voorwaarden ter zake inhuurcontracten. Om discriminatie op de markt voor werkenden en asymmetrische surplusvorming ten faveure van de vraagzijde van de markt te voorkomen, is een uitzondering op de toepassing van het mededingingsrecht in deze omstandigheden economisch denkbaar.

MAATWERK

Uiteraard zal de beoordeling van deze economische gronden van geval tot geval moeten worden bezien. Een belangrijke vraag hierbij is of de machtsasymmetrie ten nadele van de aanbodzijde (zzp-ers) ten opzichte van de vraagzijde (opdrachtgevers) dermate groot is dat een uitzondering op het verbod op kartelvorming gerechtvaardigd is. In de wereld van werknemers wordt deze afweging de facto ook gemaakt. Vakbonden onderhandelen niet voor de bovenlaag van de arbeidsmarkt over primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden; dat wordt overgelaten aan die bovenlaag zelf, die “mchtig” genoeg is om zonder het steuntje in de rug van blokvorming onderhandelingen met werkgevers aan te gaan. “De” markt voor zzp-ers bestaat ook niet. De ene groep van zzp-ers is de andere niet. Het onderscheid aan de vraagzijde tussen bedrijven versus consumenten als opdrachtgevers als simpele (of beter: versimpelde) illustratie dienen. Omdat consumenten ook een gefragmenteerde groep zonder collectieve macht vormen, zou blokvorming onder zzp-ers averechts werken, met extractie van surplus ten faveure van de aanbodzijde als resultaat. Daarom lijkt een kartelverbod voor zzp-ers op markten met een consumentenvraagzijde in algemene zin terecht: het mededingingsrecht prevaleert hier boven het recht op collectieve vereniging. Van monopsonie-achtige condities is immers geen sprake.

Op markten met bedrijven als opdrachtgevers aan de vraagzijde kan de afweging anders uitvallen. Op dergelijke markten kunnen legio éénpitters tegenover veel grotere opdrachtgevers staan, met lage zzp-beloningen als mogelijk gevolg. De consequentie daarvan kan zijn dat zzp-ers moeite hebben het financiële hoofd boven water te houden. Een dergelijk moeizaam bestaan kan verder worden versterkt doordat collectieve verzekeringen waarvan werknemers kunnen profiteren, ontbreken voor zzp-ers. Op dergelijke markten is het *ceteris paribus* denkbaar dat het economisch redelijk is om de

aanbodzijde van de markt wel toe te staan zich te verenigen om een onderhandelingsvuist te kunnen maken tegen de machtiger vraagzijde. Daarmee kan mogelijk eenzijdige surplusextractie door een machtige vraagzijde ten koste van de aanbodzijde worden voorkomen. Dat wil zeggen: voor dergelijke monoposonie-achtige markten kan, op economische gronden, een uitzondering op de mededingingswet worden gemaakt. Deze logica is dezelfde als die welke lang geleden werd gehanteerd bij het wettelijke legitimeren van vakbonden: net als werknemer-eenlingen in hun onderhandelingen met werkgevers kunnen zzp-éénpitters zich via blokvorming verweren tegen veel machtiger opdrachtgevers. Of een dergelijke uitzondering economisch gerechtvaardigd is, zal van geval tot geval moeten worden bekeken. Overigens is deze casus-gerichte beoordeling in het mededingingsrecht schering en inslag. Dat zou de “bread and butter” van elke mededingingsautoriteit moeten zijn.

In de opdrachtbrief wordt inderdaad gesteld dat een probleem van ongelijke machtsverdeling bestaat in de zzp-wereld, maar concrete voorbeelden daarvan worden niet gegeven. Gegeven onze economische analyse lijkt het ons altijd eerst zaak om in kaart te brengen of daadwerkelijk een dergelijk probleem bestaat – en zo ja, in welke sectoren. Generieke uitzonderingen in de Mededingingswet voor zzp-ers kunnen niet op economische gronden worden gerechtvaardigd. Maatwerk is denkbaar, maar die brengt uitvoeringskosten met zich mee. In dit kader merken wij op dat onderhandelingsmacht niet zozeer een kwestie is van bedrijfsgrootte, maar meer van kwaliteit en productdifferentiatie. Hoe meer een bedrijf zich positief onderscheidt van haar of zijn concurrenten, des te groter de onderhandelingsmacht. Dit geldt zowel voor grote bedrijven als voor zzp-ers (alook voor het MKB). Onderhandelingsmacht is niet exogeen gegeven, maar wordt endogeen bepaald. Concurrentie dwingt bedrijven te innoveren en zich te onderscheiden van andere; bedrijven die in de concurrentie succesvol zijn, creëren voor zichzelf onderhandelingsmacht. Wij zeggen niet dat inkoopmacht geen probleem zou kunnen zijn, maar conform de bestaande mededingingspraktijk moet van geval tot geval hard bewijs worden geleverd. Een loutere bewering is onvoldoende. Een bedrijf profiteert altijd als de onderhandelingsmacht aan de andere zijde gereduceerd wordt, ook als die macht oorspronkelijk “eerlijk” verdeeld was. Een verschuiving van de onderhandelingsmacht die een bepaalde marktpartij bevoordeelt, is lang niet altijd in het algemeen belang.

Een tweede observatie is dat, als ongelijke onderhandelingsmacht een probleem is, dit niet alleen een probleem is voor zzp-ers, maar meer algemeen voor de bedrijven uit het MKB die op diezelfde zijde

van de markt actief zijn. Vanuit economisch perspectief bestaat geen verschil tussen een zzp-er op een commerciële markt en een bedrijfje waarbij twee personen betrokken zijn – de baas en een werknemer. Voor de Mededingingswet is niet de organisatievorm van belang, maar het type activiteiten dat ondernomen wordt. Wij kunnen geen rechtvaardiging bedenken om, voor wat betreft de Mededingingswet, te differentiëren binnen het MKB tussen bedrijven met versus die zonder personeel. Als een probleem van inkoopmacht kan worden aangetoond, dan moet dat op dat niveau worden opgelost – voor alle kleine ondernemingen, met of zonder personeel.

Zodra een rechtspersoon of een natuurlijk persoon economische activiteiten onderneemt, is de Mededingingswet van toepassing. Niet elke activiteit is een economische, maar commerciële activiteiten zijn dat wel. De Mededingingswet bevat ook een bepaling die van toepassing kan zijn op situaties waarin de onderhandelingsmacht ongelijk verdeeld is. Artikel 24 van die wet stelt: “Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.” Een economische machtspositie is gedefinieerd als een positie die een onderneming in staat stelt de daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en zich jegens haar concurrenten, afnemers en eindgebruikers in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.³ Een dergelijke positie mag niet misbruikt worden. Artikel 102 VWEU specificeert expliciet dat als misbruik geclassificeerd kan worden:

- 1) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- 2) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging; en
- 3) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

Het lijkt ons dat, in geval van ongelijke onderhandelingsmacht, dit artikel uit de Mededingingswet een bondgenoot van zzp-ers – of algemener: het MKB – zou kunnen zijn. Daarvoor is het niet nodig om de wet aan te passen.

³ Zie zaak 27/76, *United Brands Company en United Brands Continentaal t. Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 207, punt 65, en zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co t. Commissie*, Jurispr. 1979, blz. 461, punt 38.

PRIJSAFSPRAKEN

In het mededingingsbeleid liggen vooral prijsafspraken extra gevoelig. We merken allereerst op dat prijsafspraken tussen zzp-ers nu al zijn toegestaan onder de Nederlandse Mededingingswet als ze aan de voorwaarden van de bagatelbepaling voldoen. De eerste twee leden van Artikel 7 van de Mededingingswet luiden:

1. Artikel 6, eerste lid, (het kartelverbod) geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in dat artikel indien:
 - a. bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn, (...) betrokken zijn, en
 - b. de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen (...) niet hoger is dan:
 - 1°. € 5 500 000, indien daarbij uitsluitend ondernemingen zijn betrokken wier activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen;
 - 2°. € 1 100 000, in alle andere gevallen.
2. Onverminderd het eerste lid, geldt artikel 6, eerste lid, voorts niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in dat artikel voor zover daarbij ondernemingen (...) betrokken zijn die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op een of meer van de relevante markten, indien:
 - a. het gezamenlijke marktaandeel van de bij de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen (...) op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van invloed is, groter is dan 10%, en
 - b. de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden.

Het artikel stelt verder nog dat, bij algemene maatregel van bestuur, bepaald kan worden dat het kartelverbod niet van toepassing is op bepaalde categorieën van overeenkomsten die vanuit een oogpunt van mededinging van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn en dat de in Artikel 7 genoemde grenzen en bedragen bij algemene maatregel van bestuur gewijzigd kunnen worden. Onder de huidige Mededingingswet is dus zeer veel mogelijk. In het bijzonder zijn prijsafspraken onder specifieke condities toegestaan.

Op grond van onze economische analyse mag duidelijk zijn dat een generieke oprekking van de bagatelregeling voor alle zzp-ers niet valt te rechtvaardigen. Naar onze mening zou het eerder wenselijk zijn om ook prijsafspraken onder de bagateligrens te verbieden, zoals dat ook in het

Europese Mededingingsrecht geldt. Prijsafspraken vormen de potentieel meest schadelijke vorm van mededingingsafspraken. Deze conclusie geldt onverkort, onafhankelijk van door wie ze gemaakt worden – of dat nu door zzp-ers, het MKB of het grootbedrijf is. Prijsafspraken zijn, in het algemeen, schadelijk voor consumenten (en de maatschappij), maar ze kunnen ook voor bedrijven (en zzp-ers) schadelijk zijn omdat ze de innovatie kunnen belemmeren.

In de reeds hiervoor geciteerde Memorie van Toelichting van de Wetswijziging staat: “Door verruiming van de bagatel kunnen kleine leveranciers (...) bijvoorbeeld «verkoopcombinaties» vormen. Op die wijze wordt het gebrek aan evenwicht tussen kleine leveranciers en grote ondernemingen met inkoopmacht enigszins hersteld.” De evaluatie laat zien dat het laatste niet juist is: positieve aspecten zijn niet gevonden. Verkoopcombinaties kunnen echter wel negatieve effecten hebben. Als inkoopmacht een probleem vormt, kan dat probleem beter direct opgelost worden in plaats van een tweede probleem te creëren.

DOORGEEFARGUMENT

Ultimo staat het mededingingsrecht ten dienste van de welvaart van de consument. Al dan niet kunstmatige beperking van concurrentie op consumentenmarkten moet daarom worden bestreden met inzet van het mededingingsrechtelijke instrumentarium, inclusief het kartelverbod. Op niet-consumentenmarkten waar mogelijk inkoopmacht wordt ingezet om lagere prijzen of tarieven te bedingen, bestaat de vraagzijde niet uit consumenten, maar uit andere bedrijven. Zolang deze inkoopbedrijven het mogelijke surplus doorgeven aan afnemers in de vorm van parallelle verlagingen van prijzen en tarieven, komt het voordeel uiteindelijk terecht bij de consumenten. Op grond van deze logica is verkoopmacht de veroorzaker van welvaartsverlies aan consumentenzijde, en niet inkoopmacht. Zolang concurrentie op de stroomafwaartse consumentenmarkt scherp wordt gehouden, vertaalt inkoopmacht in stroomopwaartse schakels van de waardeketen zich in kostprijverlagingen die, zoals een estafettestokje, stapsgewijs worden doorgegeven aan de volgende schakel totdat die ten laatste aan de eindconsument worden doorgegeven.

De toenmalige Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) merkt hierover het volgende op: “Inkoopmacht kan gunstig uitwerken voor de consument. Wanneer inkoopmacht tot verlaging van

de productiekosten leidt zonder dat de mededinging of de totale productie wordt beperkt, zal een aandeel in die kostenbesparing waarschijnlijk aan de gebruikers worden doorgegeven in de vorm van lagere prijzen” (NMa, 2004, p. 19). Opvallend is het gebruik van het woord “aandeel”, dat impliceert dat onduidelijkheid blijft bestaan over wanneer inkoopmacht wel of niet reden kan vormen voor ingrijpen. Bij welk doorgeefaandeel is het belang van de consument, die ten gevolge daarvan kan profiteren van een prijsverlaging, dermate groot dat het meer dan opweegt tegen het surplusverlies aan leverancierszijde, die onder de druk van inkoopmacht (een deel van) het economisch surplus stroomafwaarts ziet wegstromen? De NMa onderkent dat het antwoord op deze vraag ook kan wijzen in de richting van ingrijpen:⁴ “Concentraties aan de inkoopzijde waarbij het om grote marktaandelen gaat en waarbij sprake is van veel, kleine, toeleveranciers, alsmede van machtige positie op de eigen markten voor de geconcentreerde ondernemingen, kunnen op mededingingsrechtelijke bezwaren stuiten. Het is dan namelijk denkbaar dat door de machtige inkooppositie de toeleveranciers tegen elkaar worden uitgespeeld. Bijvoorbeeld doordat de inkoper bij leveranciers minder gaat inkopen om aldus lagere tarieven af te dwingen. De kans is vervolgens groot dat de lagere tarieven niet aan de consument ten goede komen of zelfs tot verslechtering leiden” (2004, p. 20).

Het is niet zeker dat economisch surplus ten gevolge van gebruikmaking van inkoopmacht wordt doorgegeven aan de volgende schakel in de keten. Immers: inkoopmacht op een stroomopwaartse markt $x-1$ kan bestaan bij de gratie van concentratiemacht aan de vraagzijde van die markt, die zich kan vertalen in verkoopmacht aan de aanbodzijde op de stroomafwaartse markt x . Het gaat in beide gevallen om dezelfde grote(re) bedrijven die in het ene geval als vragers (op markt $x-1$) en in het andere geval als aanbieders (op markt x) optreden. De uitkomst van dit doorgeefspel is uiteraard sterk afhankelijk van de omstandigheden op markt x . Het gaat bijvoorbeeld niet om grootte alleen. De NMa onderkent dat: “[Inkoopmacht kan] inderdaad ertoe leiden dat de inkopen verminderen, de tarieven óf de kwaliteit afnemen, zonder dat de consument daar voordelen tegenover ziet. Dit zal echter sterk afhangen van de positie van de onderneming op zijn markt. Zonder een machtige positie aldaar is het niet aannemelijk dat de consument geen voordelen zou krijgen” (2004, p. 25). Als bijvoorbeeld op markt x de vraagzijde een hoge concentratiegraad kent, is het denkbaar dat het economisch surplus wel wordt doorgegeven.

⁴ Een mededingingsautoriteit doet overigens niet aan dergelijk micromanagement. Het doorgeefaandeel wordt niet dermate belangrijk gevonden dat het wordt gemeten. De aandacht gaat meer uit naar de structuur van de markt.

De tweede vraag is of kan worden verwacht dat deze argumentatie valide is in de context van wat veel lijkt op een arbeidsmarkt. Voor de “traditionele” arbeidsmarkt wordt een uitzondering op het kartelverbod gemaakt door vakbonden toe te staan voor het collectief van werknemers bindende afspraken over primaire en secundaire afspraken te maken. Ook in de agrarische sector zijn uitzonderingen schering en inslag. Blijkbaar wordt in deze gevallen niet verwacht dat het surplus ten gevolge van inkoopmacht wordt doorgegeven aan eindconsumenten, bijvoorbeeld in de vorm van lagere vleesprijzen of zorgpremies, of worden andere belangen zwaarder meegewogen. In algemene zin is het denkbaar dat andere belangen, bijvoorbeeld die van boeren of zorgproducenten, een zwaarder gewicht krijgen dan die van eindconsumenten. De Mededingingswet kent immers een algemene uitzondering op het kartelverbod die het maken van concurrentiebeperkende afspraken in uitzonderlijke gevallen toestaat indien de voordelen opwegen tegen de nadelen. In Nederland zijn die uitzonderingen schaars: blijkbaar gaat de ACM (en vroeger de NMa) ervanuit dat inkoopmacht in het algemeen uiteindelijk voordelen brengt bij de eindgebruiker.

VOORBEELD

Aan de hand van een specifiek voorbeeld kunnen nog verdere nuances worden aangebracht en enkele aanvullende observaties worden gedaan. In EU-landen als Denemarken, Duitsland, Frankrijk en Ierland zijn (overigens beperkte) uitzonderingen gemaakt of wordt dat overwogen voor de (groepen van) zzp-ers die opereren in wat wordt aangeduid met de creatieve industrie (zie verderop). De creatieve industrie is in veel landen over de hele wereld aangemerkt als een kernsector waarvan veel wordt verwacht in termen van groei en innovatie. Ook in Nederland is de creatieve industrie gepromoveerd tot topsector. De creatieve industrie wordt gekenmerkt door een hoog percentage zzp-ers. Dat is van oudsher het geval, maar in de moderne tijden van flexibilisering is het aandeel van zzp-ers snel gegroeid (SER, 2016). Vanwege de aard van de activiteiten in de creatieve industrie en het karakter van de grote meerderheid van de creatieve werkenden vormen grote en snelgroeïende ondernemingen in deze sector van de economie de uitzondering die de regel bevestigt (Haans en Van Witteloostuijn, 2017). De drang autonoom creatief te zijn domineert in veel segmenten van de creatieve industrie (Van den Born en Van Witteloostuijn, 2013). Klein-zijn, vaak als zzp-er, is in deze wereld de norm.

In het verlengde hiervan wijst internationaal en nationaal onderzoek keer op keer uit dat schraalhans koning is in de creatieve industrie. Het gemiddelde zzp-inkomen ligt in veel creatieve beroepen ver onder dat van de gelijk(w)aardige werknemer. Binnen de Nederlandse economie in 2013 was het modaal bruto-inkomen €32.500, terwijl dat van de creatieve zzp-er gemiddeld op €22.000 bleef steken (Van den Born, 2013). Dat is buiten Nederland niet anders. Om die reden is in veel landen een krachtige beweging ontstaan die ervoor pleit (specifieke groepen van) zzp-ers in de creatieve industrie toe te staan langs de route van collectieve belangenbehartiging te werken aan een verbetering van primaire en secundaire contractvoorwaarden. In Duitsland mogen, bij uitzondering, journalisten bijvoorbeeld collectief onderhandelen met de publieke omroep over minimumtarieven, omdat zij als schijnzelfstandigen beschouwd worden (zie onder). Naar verluidt ligt in Ierland een wetsvoorstel ter tafel dat (stem)acteurs, fotografen en musici uitzondert van het mededingingsrecht en dat daarnaast ook andere beroepen de mogelijkheid geeft om bij de minister van Sociale Zaken om dezelfde uitzondering te vragen.

Veel segmenten in de creatieve industrie zijn de facto consumentenmarkten die een monopsonie-achtig karakter krijgen ten gevolge van de rol van intermediairs. Schrijvers verkopen boeken via de tussenhandel, podiumvoorstellingen worden verkocht aan theaters, acteurs treden op in films, et cetera. Geven deze tussenschakels een mogelijk economisch surplus dat is verkregen ten gevolge van inkoopmacht door aan de eindconsument via lagere boek- en ticketprijzen? Uiteraard is op deze vraag geen universeel antwoord te geven: het ene segment in de culturele industrie is het andere niet; en wat in de ene periode opgeld doet, kan in een andere weer veranderd zijn. In algemene zin kan echter worden gesteld dat de kans niet erg groot is dat het economisch surplus dat is verworven via inkoopmacht volledig wordt doorgegeven aan de eindconsument. Volledig doorgeven is overigens ook niet nodig; van belang is vooral of de markt voor intermediairs competitief is. Een kenmerk van een strijkstok is echter dat daaraan vaak wat blijft hangen, zeker als die strijkstok in handen is van een machtige(r) partij. Het is naïef om blind te vertrouwen op volledig altruïstisch doorgeefgedrag van intermediaire bedrijven, vooral ook wanneer de inkoopmacht van deze tussenschakel ook is gespiegeld in verkoopmacht op de markt voor eindconsumenten. Een oligopsonie of monopsonie op een inkoopmarkt kan zich vertalen in een oligopolie of monopolie op de verkoopmarkt, met alle negatieve effecten op de kracht van het concurrentieproces op de verkoopmarkt van dien.

De boekenmarkt kan ter illustratie dienen. Het aantal auteurs is vele malen groter dan het aantal fysieke en digitale boekhandelaren en uitgeverijen. Het is denkbaar dat op de markt voor schrijvers sprake is van inkoopmacht. Alleen de schaarse *bestseller*auteur beschikt immers over voldoende macht om eisen te kunnen stellen. In een klein taalgebied als het Nederlands ligt daarom verschraling van het aanbod in combinatie met lage beloningen voor een (grote) meerderheid van de auteurs op de loer. Op deze markt geldt echter een uitzondering op het mededingingsrecht in de vorm van de wet op de vaste boekenprijs. Op de website van het Commissariaat voor de Media staat (geconsulteerd op 19 januari 2017): “De vaste boekenprijs is sinds 2005 bij wet geregeld om prijsconcurrentie te voorkomen en daarmee een brede beschikbaarheid en een divers aanbod van boeken te bevorderen. Zonder prijsconcurrentie kunnen uitgevers ook minder winstgevende boeken uitgeven. Daarmee vormt de vaste boekenprijs een belangrijk cultuurpolitiek instrument. Het Commissariaat voor de Media houdt toezicht op de naleving van de Wet op de vaste boekenprijs (Wvbp).” De bedoeling van de wet op de vaste boekenprijs is om prijsconcurrentie te voorkomen – een doelstelling die haaks staat op die van het mededingingsrecht. Ook in Nederland worden (beperkt) uitzondering op de Mededingingswet toegestaan binnen de creatieve industrie.

Op grond van het voorbeeld van de creatieve industrie kunnen enkele aanvullende observaties worden gedaan. In de eerste plaats wordt duidelijk dat de discussie rond de positie van zzp-ers, met name die in de kern van de creatieve industrie, zich niet tot Nederland beperkt. Blijkbaar biedt de EU-regelgeving voldoende ruimte om gericht enkele specifieke groepen zzp-ers uit te zonderen van de strikte toepassing van het mededingingsrecht. In de tweede plaats blijkt uit deze internationale vergelijking in de context van de creatieve industrie dat zulke uitzonderingen schaars zijn, en worden beperkt tot specifieke (en kleine) beroepsgroepen (bijvoorbeeld auteurs) of gevallen (bijvoorbeeld de publieke omroep). In de derde plaats kan worden verwacht dat binnen de uitgezonderde beroepen en gevallen in de creatieve industrie ook veel hoger opgeleide zzp-ers bevinden. Alleen op basis van het niveau van opleiding kan geen uitspraak worden gedaan over de kracht van de onderhandelingspositie van zzp-ers.

ARBEIDSRECHT

Voordat we over oplossingen spreken, moeten we eerst op basis van de voorgaande analyse scherp krijgen wat precies het probleem is. We kunnen allereerst een onderscheid maken tussen (1) de problemen betreffende zzp-ers in het algemeen en (2) die van zzp-ers met betrekking tot de Mededingingswet in het bijzonder. Zoals reeds is gesteld, gaat de voorliggende analyse niet over het eerste vraagstuk. Verder hebben we in het voorgaande betoogd dat, als een mededingingsprobleem bestaat, dit het probleem van ongelijke onderhandelingsmacht lijkt te zijn. Daarover hebben we opgemerkt:

- (i) dat altijd maatwerk geboden is omdat hard bewijs nodig is dat aantoonbaar is dat inderdaad sprake is van een probleem van oneerlijke machtsasymmetrie;
- (ii) dat mocht dat bewijs overtuigend worden opgevoerd, dit niet specifiek een probleem voor zzp-ers betreft, maar voor alle betreffende (kleine(re)) ondernemingen, met of zonder personeel; en
- (iii) dat binnen de Mededingingswet zelf verschillende oplossingen voor dit probleem voorhanden zijn, zodat aanpassing van de wet niet nodig is.

Hiermee is echter niet alles gezegd, want de vraag moet ook nog gesteld worden of situaties denkbaar zijn waaronder zzp-ers helemaal niet onder de Mededingingswet vallen. Die situaties bestaan zeker. Ten eerste vallen zzp-ers die niet-economische activiteiten verrichten, niet onder de Mededingingswet. Het onderscheid tussen economische en niet-economische is dat de eerste op een markt plaats vinden en de tweede niet. De vraag welke activiteiten als economische beschouwd moeten worden, is niet eenvoudig te beantwoorden. In de beleidspraktijk wordt aan dat antwoord een juridische invulling gegeven. Hierop zullen wij hier niet verder ingaan. Ten tweede kunnen zelfstandigen niet onder de Mededingingswet vallen omdat een collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing is. Deze vraag was aan de orde in het conflict tussen FVN KIEM en de NMa (nu ACM) met betrekking tot de orkestremplaçanten: onder welke omstandigheden kunnen zelfstandigen onder een cao vallen? We geven hier een korte samenvatting van die zaak en plaatsen deze in een Europees perspectief voordat wij een economische analyse voorstellen van deze cruciale kwestie.

Allereerst moet opgemerkt worden dat cao's niet onder het kartelverbod vallen, zoals hiervoor is gesteld. In de Nederlandse Mededingingswet is dit expliciet opgenomen in Artikel 16: "Artikel 6,

eerste lid geldt niet voor een collectieve arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.” Voor wat betreft de Europese wet volgt dit uit vaste jurisprudentie. Nederlandse zelfstandigen kunnen zich aansluiten bij een vakvereniging. In de genoemde zaak hadden FNV KIEM (de kunstebond) en een werkgeversvereniging van Nederlandse orkesten een collectieve arbeidsovereenkomst gesloten voor remplaçanten van orkestleden. Onder deze overeenkomst, die onder meer betrekking had op minimumtarieven, vielen niet alleen remplaçanten in dienstverband, maar ook remplaçanten die werkten op basis van een overeenkomst van opdracht. Bepaald was onder andere dat deze “zelfstandige remplaçanten” minimaal een vergoeding moest worden geboden gelijk aan die van remplaçanten in dienstverband plus een bepaalde opslag. De vraag was of bepalingen betreffende “zelfstandige remplaçanten” rechtsgeldig in een cao konden worden opgenomen. In een visiedocument uit 2007 oordeelde de ACM van niet. De FNV stelde beroep in bij de Rechtbank 's-Gravenhage, en vervolgens hoger beroep bij het Gerechtshof aldaar. De voorgelegde vraag was “geldt het kartelverbod ook voor tariefbepalingen voor zelfstandigen die dezelfde werkzaamheden verrichten als werknemers in loondienst die in cao's zijn opgenomen?” De vraag is dus heel specifiek: moeten zelfstandigen die dezelfde werkzaamheden verrichten als werknemers ofwel als werknemers of als zelfstandige ondernemers beschouwd worden? In het eerste geval is het kartelverbod niet van toepassing, maar in het tweede geval wel. Het Gerechtshof heeft deze vraag voorgelegd aan het Europese Hof van Justitie.

Het Europese Hof overwoog dat zelfstandigen in beginsel ondernemingen in de zin van Artikel 101.1 VWEU zijn, maar dat dit niet geldt voor “schijnzelfstandigen” wiens situatie vergelijkbaar is met die van werknemers. Het Hof stelt dat een “schijnzelfstandige” niet echt zelfstandig is omdat deze zich voor een bepaalde periode (de looptijd van de overeenkomst) tegen een beloning onder het gezag van een ander plaatst. In dat geval is geen sprake van een horizontale relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer, maar van een verticale gezagsverhouding tussen principaal en agent. De zaak werd terugverwezen naar het Gerechtshof in Den Haag dat moest beoordelen of de zelfstandige remplaçanten echte zelfstandigen dan wel schijnzelfstandigen waren. Het Gerechtshof oordeelde dat deze remplaçanten als schijnzelfstandigen moesten worden beschouwd (zie rechtsoverweging 2.6 van het arrest: van een reële vrijheid was naar het oordeel van het Haagse Gerechtshof geen sprake.)

Een vergelijkbare discussie zien we ook in andere Europese landen. In Duitsland is het uitgangspunt dat zelfstandigen niet onder een cao gebracht kunnen worden. Een uitzondering is opgenomen in §12a van het *Tarifvertragsgesetz* voor mensen wiens werkcondities vergelijkbaar zijn met die van werknemers. Waar we in Nederland spreken van schijnzelfstandigen, wordt in Duitsland het begrip “arbeitnehmerähnliche Personen” gehanteerd. Ook in Duitsland zijn criteria ontwikkeld wanneer iemand onder die categorie valt. Onlangs concludeerde de *Wissenschaftliche Dienste* van de *Bundestag* dat §12a in de praktijk van gering belang is: het wordt (vooralsnog) alleen toegepast voor zelfstandige journalisten die voor de Duitse publieke omroep werken (*Deutsche Bundestag*, 2016). Iets vergelijkbaars geldt ook in Frankrijk. In de Franse *Code du Travail* (L7121-3) is een bepaling opgenomen dat, in bepaalde gevallen, kunstenaars en artiesten die commercieel worden ingehuurd als werknemers beschouwd kunnen worden – dat wil zeggen: als zijnde gebonden door een arbeidsovereenkomst. Ook in Frankrijk is dit een uitzonderingssituatie (de regel is dat het zelfstandigen zijn). De regeling is bedoeld om deze uitgezonderde zelfstandigen de garantie te geven dat zij een werkloosheidsuitkering kunnen krijgen; zij is niet opgezet om artiesten en kunstenaars buiten het mededingingsrecht te houden.

In het kader van deze beknopte internationale vergelijking willen we ook nog even stilstaan bij de situatie in Denemarken. In FNV KIEM (2016) wordt gesteld: “In Denemarken kunnen collega-verenigingen zoals de DanskSkuespillerforbund en de Dansk Artist Forbund overeenkomsten inclusief minimumtarieven sluiten voor zelfstandigen.” Navraag bij de Deense Concurrentie- en Consumentenautoriteit (DCCA) heeft geleerd dat de zaak genuanceerder ligt. Juist is dat, in 2015, de DCCA ontmoetingen heeft gehad met een andere vereniging, de Dansk Musiker Forbund, in verband met een conflict tussen hen en een Deense omroep met betrekking tot onder meer het begrip van “zelfstandigen” en hun status in het kader de Deense Mededingingswet. De partijen vroegen de DCCA te beoordelen of een bestaande overeenkomst al dan niet een overtreding van de Deense wet betrof. De DCCA heeft toen besloten geen prioriteit aan deze zaak te geven, vooral omdat deze spoedig zou aflopen en geen nieuw akkoord was bereikt. Sindsdien is geen officieel overleg over deze zaak geweest, zodat wat verder over deze zaak gezegd wordt als speculatief beschouwd moet worden.

CLASSIFICATIE

Voor een deel wordt de status quo in Nederland-mededingingsland verklaard door vaak arbitraire classificatiebeslissingen. Juist omdat een zzp-er wordt beschouwd als een onderneming, is het mededingingsrecht in strikte zin van toepassing. Als echter het standpunt van de ILO wordt aanvaard dat veel zzp-ers de facto een modern type werkenden zijn die in veel weinig verschillen van traditionele werknemers, dan kan met evenveel recht worden beargumenteerd dat deze zzp-ers verkapte werknemers zijn. In dat geval zouden veel zzp-ers moeten worden behandeld als werkenden op arbeidsmarkten, en niet op productmarkten, zodat een uitzondering op het kartelverbod legitiem is. Werknemers krijgen geen vast dienstverband aangeboden omdat het mensen zijn, maar omdat zij menselijk kapitaal representeren dat een productieve dienst kan leveren: het opstellen van de boekhouding, het schrijven van contracten, het onderhouden van de ICT-infrastructuur, et cetera. Een zzp-er wordt ingehuurd om dezelfde diensten te leveren. In het eerste geval verdwijnt de bijbehorende transactie achter de gevel van de werkgever; in het tweede geval is dezelfde transactie zichtbaar op een markt. Dat deze logica niet vreemd is aan de Nederlandse beleidspraktijk blijkt uit de grote aandacht die wordt gegeven aan de bestrijding van schijnzelfstandigheid. Deze strijd verloopt echter moeizaam, mede omdat een precieze afbakening en identificatie van schijnzelfstandigheid geen sinecure is. Op deze cruciale kwestie komen wij verderop (kort) terug.

Een onderneming met personeel is vaak niet hetzelfde als een ondernemer zonder personeel. Op veel markten is een éénpitter feitelijk vooral een eenzame ondernemer, en geen onderneming, die even machteloos staat tegenover opdrachtgevers als een eenzame werknemer tegenover werkgevers. Dat betekent dat veel zzp-ers de facto moeten opereren op arbeidsmarkten met een veel machtiger vraagzijde, vaak ook in concurrentie met (potentiële) werknemers. Wat is het verschil in “economische activiteit” tussen een programmeur in dienst van Philips of een tegelzetter op de loonlijst van De Baderie en die van een gelijk(w)aardige programmeur en tegelzetter die door bedrijven á la Philips en De Baderie als zelfstandige voor hetzelfde werk worden ingehuurd? In plaats van een arbeidscontract voor een baan wordt gesproken over een inhuurcontract voor een project, maar dat laat onverlet dat de feitelijke economische activiteit dezelfde is. In het ene geval wordt de werkende als een onderneming behandeld die valt onder het mededingingsrecht; in het

andere geval gaat het om een werknemer die kan profiteren van de vruchten van collectieve onderhandelingen omdat het kartelverbod opzij is gezet.

In deze context kan worden opgemerkt, zoals hiervoor is aangestipt, dat in Duitsland en Frankrijk (en binnenkort mogelijk ook Ierland) uitzonderingen in het mededingingsrecht zijn opgenomen die een ruimere mogelijkheid tot collectief onderhandelen impliceert voor “op werknemer lijkende personen”. In 2004 heeft de toenmalige NMa een visiedocument op inkoopmacht gepubliceerd (NMa, 2004). Daarin wordt in voetnoot 12 op pagina 12 het volgende opgemerkt: “Als voorbeelden van misbruik in de zin van het verbod van artikel 24 Mw zijn, naar analogie van artikel 82 EG, te beschouwen ... het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijkwaardige voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarbij nadeel berokkenend bij de mededinging.” In hetzelfde visiedocument wijst de NMa zelfs op de mogelijkheid dat inkoopmacht gepaard gaat met “uitbuiting” (2004, p. 25). Is hiervan sprake op arbeidsmarkten waar de facto gelijk(w)aardige zzp-ers moeten concurreren met gelijk(w)aardige werknemers? Uiteraard is het antwoord op deze vraag afhankelijk van de definitie van “uitbuiting”, maar zeker is dat zzp-ers in het algemeen en die binnen de creatieve industrie in het bijzonder in bruto-inkomen ver achter blijven bij gelijk(w)aardige werknemers die dezelfde economische activiteit verrichten. Het is daarom vermoedelijk geen toeval dat de Duitse, Franse en Nederlandse uitzonderingen vooral betrekking hebben op zelfstandigen in (de kern van) de creatieve industrie.

Een aanvullende opmerking is op nog zijn plaats in verband met de verstrekkende invloed van moderne digitale technologieën op allerlei markten (zie voor analyse en voorbeelden Van den Oord c.s., 2016). Het Internet in combinatie met de *smartphone* heeft veel markten opgeschud; ook ontstaan nieuwe markten. In veel gevallen betekent dit dat de grens tussen traditionele arbeids-, consumenten- en productmarkten wordt vertroebeld, en dat traditionele economische activiteiten en rollen door elkaar gaan lopen. In dit verband spreken de voorbeelden van platformen zoals Uber en AirBnB boekdelen. Met behulp van moderne technologie worden tweezijdige markten gecreëerd waarop werkenden zzp-ers worden en /of consumenten aanbieders. Deze nieuwe markt vormen stellen de wetgever voor nieuwe uitdagingen, ook op het vlak van mededingingsrecht. Deze nieuwe markt vormen impliceren immers dat consumenten “prosumenten” zijn geworden: niet alleen raken de rollen van ondernemer en werkende steeds meer vermengd, maar ook die van consument en producent.

SCHIJNZELFSTANDIGHEID

Een belangrijke bedenking is op zijn plaats in verband met de cruciale vraag wanneer zzp-ers op de relevante markt moeten worden beschouwd als een werkenden (in Nederlands jargon: als schijnzelfstandigen). Immers: voor schijnzelfstandigen kunnen in cao's tariefbepalingen worden opgenomen. Het arbeidsrecht prevaleert in dat geval over het mededingingsrecht. Voor echte zelfstandigen moeten dergelijke afspraken daarentegen als *hardcore* kartelbepalingen beschouwd worden: hier geldt onverkort het mededingingsrecht. Uit de rechtsspraak volgt dat cao's niet gebruikt mogen worden om verkapt kartelovereenkomsten te realiseren. De conclusie is onontkoombaar dat bij zzp-ers een onderscheid gemaakt moet worden tussen ondernemers (echte zelfstandigen) en werkenden (schijnzelfstandigen). Hoe dat onderscheid gemaakt wordt, is vooralsnog een zaak van het arbeidsrecht en het belastingrecht geweest. De vraag rond (schijn)zelfstandigheid stellen is echter helaas veel eenvoudiger dan deze beantwoorden. De worsteling van het beleid rond de VAR (Verklaring ArbeidsRelatie) en het uitstel van de invoering van DBS (Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties) spreken boekdelen. Daarom willen wij een extra stapje zetten in de vorm van een korte beschrijving van een alternatieve optie.

De kern van de problematiek ligt in het begrip “gezagsverhouding”. Zodra daarvan sprake is, wordt gesproken van schijnzelfstandigheid omdat de relatie tussen de opdrachtgever verticaal is – dat wil zeggen: als die tussen een principaal en agent, net zoals die tussen een werkgever en een werknemer. Vaststelling of sprake is van een gezagsverhouding is in het geval van een zzp-er vaak echter geen sinecure. Misschien is het daarom verstandig van dat moeizame criterium afscheid te nemen. Een alternatief is om, evenals op arbeidsmarkten, de onderkant van de zzp-populatie toe te staan via collectieve vereniging met opdrachtgevers over minimumtarieven te onderhandelen. Evenals de onderkant van de arbeidsmarkt is hier het economische argument dat van deze zzp-onderkant kan worden verwacht dat de onderhandelingsmacht buitengewoon gering is omdat onderscheiding via productdifferentiatie en/of kwaliteit niet aan de orde is.⁵ Op de arbeidsmarkt vertaalt deze constatering zich in het traditionele gebruik om geen cao af te sluiten voor de bovenkant van de arbeidsmarkt. Uiteraard is de onvermijdelijke en lastige vervolgvraag waar die onderkant eindigt en

⁵ Vanuit het perspectief van de traditionele economische veronderstelling inzake “rationale keuze” (zie de inleiding) kan hieraan worden toegevoegd dat het redelijk lijkt te verwachten dat aan de onderkant van de zzp-populatie verhoudingsgewijs veel gedwongen zelfstandigen zijn te vinden. Hiernaar is verder empirisch onderzoek nodig.

waar de bovenkant begint. Deze vraag moet door de politiek worden beantwoord, bijvoorbeeld in de vorm van een criterium inzake het gemiddelde uurtarief voor de relevante groep zzp-ers.⁶

Deze alternatieve route impliceert overigens dat rechtstreeks wordt ingegrepen op de arbeidsmarktposities van zzp-ers, in plaats van indirect via het beïnvloeden (verstoren) van de productmarkt. Overigens kan dat ook door bijvoorbeeld een minimumuurtarief in te voeren, vergelijkbaar met het minimumloon, of door de sociale zekerheid voor zzp-ers toegankelijker te maken. Advisering daaromtrent valt, strikt genomen, uiteraard buiten de opdracht van de vaste commissie van Economische Zaken. De relevante conclusie in dat laatste verband is vooral dat op basis van een economische analyse kan worden geconcludeerd dat de Mededingingswet geen aanpassing behoeft in het licht van de positie van zzp-ers. De wet biedt immers voldoende ruimte voor het maken van uitzonderingen. Daarnaast moet worden geconcludeerd dat de gesignaleerde problematiek van (groepen van) zzp-ers in eerste aanleg een lastige classificatiekwestie betreft. Indien (groepen van) zzp-ers worden beschouwd als een variant van werkenden, is eerder het arbeids- dan het mededingingsrecht van toepassing.

VERSTORING

De vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer heeft de pijlen gericht op de Mededingingswet als instrument om mogelijk de positie van zzp-ers te verbeteren. Bij wijze van epiloog willen wij graag kort beargumenteren waarom deze route, op grond van een economische analyse, niet direct geëigend is. Voor ons is de onderliggende vraag tweeledig:

1. Is het nodig de arbeidsmarktpositie van zzp-ers te verbeteren?;
2. Zo ja, hoe kan dat het beste gebeuren?"

De Kamercommissie lijkt de eerste vraag bevestigend te beantwoorden en zoekt de oplossing in de richting van aanpassing) van de Mededingingswet. Een dergelijke oplossing ons op zijn hoogst *second best*. Niet alleen wordt hiermee een indirecte weg bewandeld om het eigenlijke probleem aan te pakken, maar daarnaast kan zodoende serieuze nevenschade ontstaan in de vorm van de directe verstoring van productmarkten. Veel van het economisch denken over mededinging is gebaseerd op

⁶ Het lijkt erop alsof dat met enige regelmaat al is gedaan, ook in het buitenland, gezien de dominante voorkeur voor uitzonderingen in de (kern van de) creatieve industrie.

een simpel model, waarin de aanbodzijde relatief geconcentreerd is en de vraagzijde gefragmenteerd. In dat model levert een beperkt aantal grote bedrijven direct aan eindverbruikers. Bedrijven hebben marktmacht, terwijl consumenten prijsnemers zijn. Concurrentie dwingt de bedrijven tot innoveren en om te voldoen aan de wensen van de consumenten. Bij intensieve concurrentie is de marktmacht van individuele bedrijven gering.

In de praktijk zijn de meeste markten intermediaire markten waarop bedrijven met elkaar zaken doen. In dit geval is het bovenstaande model niet direct van toepassing: beide zijden van de markt hebben een zekere marktmacht. In deze zogenaamde *B2B*-markten focust het mededingingsrecht zich voornamelijk op verkoopmacht aan de zijde van de toeleveranciers. Het idee dat daaraan ten grondslag ligt is dat, bij voldoende concurrentie, afnemende bedrijven gedwongen zijn prijsaanpassingen van toeleveranciers door te geven aan afnemers. Bij een prijsverhoging van de toeleveranciers worden uiteindelijk alle stroomafwaartse segmenten van de bedrijfskolom geschaad, terwijl ook prijsverlagingen deels worden doorgeven. Hoe groter de concurrentie, hoe groter het deel dat wordt doorgeven. Als een bedrijf inkoopmacht heeft, dan dwingt concurrentie op de verkoopmarkt dit bedrijf om het inkoopvoordeel (deels) door te geven aan haar afnemers. Deze essentiële gedachtegang, die zich concentreert op het vraagstuk van verkoopmacht, hebben we hiervoor ook al uit de doeken gedaan; en dit idee is juist.

Op basis van dit idee (dat we ook in diverse visiedocumenten van ACM en NZA terug vinden) geven mededingingsautoriteiten minder prioriteit aan inkoopmacht. Inkoopmacht wordt pas een probleem als die bestaat bij een bedrijf dat ook een zekere mate van verkoopmacht heeft. In dit geval kan inkoopmacht wel een mededingingsrechtelijk probleem vormen. Als verkoopmacht en inkoopmacht gebundeld zijn, kan inkoopmacht tot hogere consumentenprijzen leiden. Verschillende mechanismen zijn denkbaar. Ten eerste kan inkoopmacht gebruikt worden om concurrenten die op hetzelfde niveau van de bedrijfstak actief zijn, uit de markt te drukken. Ten tweede kan inkoopmacht ertoe leiden dat stroomopwaarts toeleveranciers de markt verlaten, waardoor op dat niveau de concurrentie afneemt. Alleen gedetailleerde studie van de markt en de verdeling van de onderhandelingsmacht kan uitsluitsel bieden of deze gevaren zich daadwerkelijk voordoen. In ieder geval geldt dat inkoopmacht een mededingingsprobleem kan zijn. Mededingingsautoriteiten besteden hieraan dan ook terecht aandacht; en zij beschikken over de instrumenten om in te grijpen. Doyle en Inderst (2007) geven een overzicht en verdere economische argumentatie. Vanuit dit

perspectief bezien is de vraag slechts of mededingingsautoriteiten voldoende prioriteit aan problemen van inkoopmacht geven.

Daarnaast is het belangrijk om te constateren dat ook in die gevallen waarin inkoopmacht geen mededingingsprobleem vormt, het toch nog als een maatschappelijk probleem gezien kan worden. Het mededingingsbeleid oriënteert zich vooral op het consumentenbelang. Het belangrijkste doel van het mededingingsbeleid is om de concurrentie te handhaven om zo efficiëntie van het economisch systeem en de consumentenwelvaart te dienen. De belangen van de primaire toeleveranciers zijn niet direct een mededingingsbelang. Datzelfde geldt in algemene zin voor de belangen van arbeid en kapitaal. Deze belangen moeten door andere wetgeving geborgd worden. In de praktijk gebeurt dit ook. Het belang van arbeid wordt bijvoorbeeld behartigd via arbeidsrecht (en breder: dat rond sociale zekerheid). De Mededingingswet is daarvoor niet bedoeld.

Anders geformuleerd: het mededingingsbelang (of het consumentenbelang), hoewel belangrijk, is meestal niet het enige publieke belang dat speelt. Een mededingingsautoriteit richt zich, gegeven zijn doelstelling, in eerste instantie op het consumentenbelang, maar dit hoeft niet altijd met het algemeen belang overeen te stemmen. Net zoals concurrentie de winst verlaagt (en dus ten koste gaat van kapitaalverschaffers), dwingt deze tot productiviteitsverhoging of kostenreductie. Dat impliceert dat de lonen en de vergoedingen voor andere toeleveranciers (waaronder zzp-ers) onder druk kunnen komen te staan. De uit vrije concurrentie resulterende lonen of vergoedingen kunnen, vanuit sociaal perspectief, als te laag worden beoordeeld. Het werknemersbelang is geen mededingingsbelang en moet, indien gewenst, door andere wetgeving geborgd worden. Wat over werknemers gezegd wordt, geldt ook voor zzp-ers. De Mededingingswet beoogt niet alle zzp-ers een aantrekkelijk inkomen te bieden. Het gaat overigens echter te ver om alle zzp-ers over één kam te scheren. Concurrentie is een mechanisme dat succes (of efficiëntie) beloont en falen afstraft. De zzp-er die boven het maaiveld uitsteekt, kan van concurrentie profiteren.

Indien de wetgever van oordeel is dat door concurrentie andere publieke belangen in het gedrang komen, kan deze ingrijpen. De kernvraag is dan hoe het mededingingsbelang moet worden afgewogen tegen deze andere belangen. Als andere dan mededingingsbelangen prevaleren, is het economisch gezien onwaarschijnlijk dat de oplossing ligt in het verstoren van de mededinging. Iemand die last heeft van zijn knie, geef je geen mitella. Als het belang van arbeid of van groepen

van zzp-ers beschermd moeten worden, ligt inschakeling van het arbeidsrecht en / of het instellen van een vangnet (en een overeenkomstige inkadering van de mededinging) meer voor de hand. Daarom zouden wij adviseren niet de Mededingingswet in te zetten om wat te doen aan de problematiek rond (groepen) van zzp-ers, maar de oplossing elders te zoeken. Hiertoe hebben wij hiervoor een aanzet gegeven door een alternatieve route te suggereren in de context van de aanslepende discussie inzake schijnzelfstandigheid. Op die manier wordt rechtstreeks op de problematiek ingegrepen, zonder onrechtstreekse verstoring van de werking van het mededingingsrecht.

BESLUIT

In de opdrachtbrief wordt om een antwoord op vijf vragen gevraagd. In de voorgaande analyse zijn deze allemaal, inclusief uitgebreide argumentatie, aan bod gekomen. Bij wijze van besluit volstaan wij met een ultrakort antwoord (in cursief) op elke vraag:

1. Is de Mededingingswet wel actueel genoeg voor de huidige machtsverhoudingen, vooral voor zzp-ers en hun onderhandelingsmacht? *Antwoord: ja, met name via de route van inkoopmacht.*
2. Moet een wijziging komen van de Mededingingswet of moet deze wet anders geïnterpreteerd worden ten aanzien van zzp-ers, zodat zij onderling prijsafspraken kunnen maken? *Antwoord: nee, zeker ook omdat het onderscheid tussen zzp-ers en het MKB discriminator zou uitwerken.*
3. Zijn andere oplossingen mogelijk? *Antwoord: ja, vooral via classificatie als werkenden (en toepassing arbeidsrecht en die rond sociale zekerheid).*
4. Waarom wordt geen gebruik gemaakt van de bagatelregeling van 10%? *Antwoord: weinig bekend en onnodig geacht.*
5. Hoeveel ruimte bestaat in EU-verband om van het kartelverbod af te wijken? *Antwoord: weinig, maar dat is ook niet nodig.*

REFERENTIES

Alvarez, A.M., E.G. Fidalgo, R.J. Sexton & M. Zhang (2000), Oligopsony Power with Uniform Spatial Pricing: Theory and application to milk processing in Spain, *European Review of Agricultural Economics* 27: 347-364.

Blair, R.D. & J.L. Harrison (1990), Antitrust Policy and Monopsony, *Cornell Law Review* 76: 297-340.

Boal, W.M. & M.R. Ransom (1997), Monopsony in the Labor Market, *Journal of Economic Literature* 35: 86-112.

Born, A. van der (2013), *Het einde van de zelfstandigenaftrek: De impact op de creatieve zelfstandige*, Tilburg: Creatief Ondernemerschapslab.

Born, A. van der & A. van Witteloostuijn (2013), The Drivers of Freelance Success, *Journal of Organizational Behavior* 34: 24-46.

CBS (2016), *Toename aantal zzp'ers stopt*. Persbericht, 18 november 2016.

Deutscher Bundestag (2016), *Sachstand: Tarifvertragliche Regelungen für arbeitnehmerähnliche Personen nach dem Tarifvertragsgesetz*,
<https://www.bundestag.de/blob/482664/0a9d764196d96fff4608b029d7b787f6/wd-6-123-16-pdf-data.pdf>.

Doyle, C. & R. Inderst (2007), Some Economics on the Treatment of Buyer Power in Antitrust. *European Competition Law Journal* 28: 210-219.

Europese Commissie (2002) Concurrentiebeleid; nieuwe bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis (de minimis bekendmaking), *Persbericht*, 7 januari 2002.

FNV KIEM (2016), *Hoe is de arbeidsmarkt-en inkomenspositie van zzp'ers in de creatieve sector te verbeteren?*,
<http://kunstenbond.nl/uploads/Rapport%20expertmeeting.pdf>.

Haans, R.F.J. & A. van Witteloostuijn (2017), Expected Job Creation across the Cultural Industries: A sectoral division and its implications for cultural policy, *International Journal of Cultural Policy* (forthcoming).

Hirsch, B.T. & E.J. Schumacher (1995), Monopsony Power and Relative Wages in the Labor Market for Nurses, *Journal of Health Economics* 14: 443-476.

International Labour Organization (2016), *Non-Standard Employment Around the World: Understanding challenges, shaping prospects*, Genève: ILO.

Nederlandse Mededingingsautoriteit (2004), *Visiedocument inkoopmacht*, Den Haag: NMa.

Oord, A. van den, A. van Witteloostuijn, A. van den Born & P. van Klink (2016), *Game Changers: hoe Nederlandse bedrijven het spel veranderen*, Assen: Van Gorcum.

Panteia (2014), *Effecten van de verruimde bagatevrijstelling*, Zoetermeer: Panteia

Rogers, R.T. & R.J. Sexton (1994), Assessing the Importance of Oligopsony Power in Agricultural Markets, *American Journal of Agricultural Economics* 76: 1143-1150.

SER (2016), *Verkenning arbeidsmarkt culturele sector* (i.s.m. de Raad voor Cultuur), Den Haag: SER.

Tweede Kamer (2016), *Evaluatie pilots gedragscode eerlijke handelspraktijken*. Kamerbrief, 6 april 2016

Vukina, T. & P. Leegomonchai (2006), Oligopsony Power, Asset Specificity, and Hold-Up: Evidence from the broiler industry, *American Journal of Agricultural Economics* 88: 589-605.

BIOGRAFIEËN

Arjen van den Born, Eric van Damme en Arjen van Witteloostuijn zijn alle drie als hoogleraar verbonden aan Tilburg Universiteit. Arjan van den Born is een expert op het terrein van ondernemerschap en de zzp-er. Daarnaast is hij directeur van de Jheronimus Academy of Data Science Mariënborg in 's-Hertogenbosch. Eric van Damme heeft lange ervaring in het domein van mededinging. Hij heeft daarover met grote regelmaat geadviseerd. Arjen van Witteloostuijn is mede gespecialiseerd in marktconcurrentie en bedrijfsstrategie, en heeft in die hoedanigheid veel bedrijven en overheden bijgestaan. Hij geeft leiding aan de nieuwe Tilburg School of Governance. Arjen van Witteloostuijn heeft als voorzitter van de werkgroep gefunctioneerd (contactadres: a.vanwitteloostuijn@uvt.nl).

De auteurs zijn unaniem betreffende de hoofdlijnen en de conclusie. Gegeven de zeer beperkte tijd die de opdrachtgever ons gegeven heeft, was het echter niet voor iedere auteur mogelijk om de definitieve versie volledig door te nemen.