



Consultatiedocument

Leidraad

Tariefafspraken zzp'ers



Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	4
2. Wat houdt het kartelverbod in?.....	6
3. Wanneer is een zzp'er een onderneming (en wanneer niet)?	8
4. Wanneer geldt de cao-uitzondering op het kartelverbod?.....	12
5. Wanneer geldt de bagatel-uitzondering op het kartelverbod?.....	13
6. Wanneer geldt de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen?	15
7. Hoe houdt de ACM toezicht op afspraken tussen en met zzp'ers?.....	19

CONSULTATIEDOCUMENT

Leidraad tariefafspraken zzp'ers

Deze Leidraad is bedoeld voor zzp'ers die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben. De Leidraad laat zien welke ruimte de Mededingingswet biedt aan deze groep zzp'ers voor collectieve onderhandelingen en afspraken met opdrachtgevers over tarieven en andere voorwaarden. De Leidraad identificeert in essentie drie mogelijkheden.

***In de eerste plaats** merkt de ACM zzp'ers die feitelijk “zij-aan-zij” werken met werknemers in loondienst voor die activiteiten **niet aan als een onderneming** in het kader van de Mededingingswet. Om die reden is het kartelverbod op die werkzaamheden van zzp'ers niet van toepassing. Met andere woorden, voor die activiteiten waarbij zzp'ers “zij-aan-zij” werken met werknemers mogen zij met elkaar afspraken maken en, al dan niet in het kader van een CAO, collectief onderhandelen en afspraken maken met opdrachtgevers over tarieven en andere voorwaarden.*

Het kartelverbod is wel van toepassing op de situatie waarin zzp'ers wel ondernemingen zijn. Voor die zzp'ers zijn afspraken (met elkaar en collectief met opdrachtgevers) over tarieven en andere voorwaarden verboden, tenzij één van de twee hieronder beschreven uitzonderingen van toepassing is.

***In de tweede plaats** geldt het kartelverbod niet voor afspraken van geringe betekenis, de zogeheten **bagateluitzondering**. Deze uitzondering geldt voor twee situaties, namelijk voor (i) afspraken binnen groepen van maximaal 8 zzp'ers met een gezamenlijke totale omzet aan diensten van niet meer dan 1,1 miljoen euro en voor (ii) afspraken tussen zzp'ers met een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 10 procent.*

***De derde mogelijkheid** voor collectieve afspraken over tarieven of andere voorwaarden wordt geboden door de **algemene uitzondering** op het kartelverbod **voor efficiëntieverbeteringen**. Hiervoor moet aan verschillende voorwaarden worden voldaan. De afspraak moet de sociale bescherming van zzp'ers verbeteren, en mag niet verder gaan dan voor dat doel noodzakelijk is. Afnemers van de diensten van zzp'ers moeten deze verbetering van de sociale bescherming van zzp'ers bovendien beschouwen als een kwaliteitsverbetering en bereid zijn de verwachte prijsverhoging daarvoor te betalen.*

*Ten slotte maakt de ACM in deze Leidraad kenbaar hoe zij toezicht houdt op afspraken tussen zzp'ers (en collectieve afspraken met opdrachtgevers). Ten eerste zal de ACM geen boetes opleggen voor afspraken tussen zzp'ers die **minimumtarieven voor die zzp'ers** beogen te waarborgen, voor zover die niet op een hoger niveau liggen en geen breder toepassingsbereik hebben dan het wettelijke minimumtarief dat door het kabinet is aangekondigd of een daarmee vergelijkbaar minimumtarief. Ten tweede zal de ACM niet met boetes optreden tegen afspraken tussen zzp'ers en opdrachtgevers die beogen de zzp'ers een **minimumarbeidsinkomen** te garanderen en die te goeder trouw en in alle openheid tot stand zijn gekomen, maar die achteraf toch in strijd met de Mededingingswet blijken te zijn, mits de afspraken door de betrokken partijen in overeenstemming met de wet worden gebracht.*

1. Inleiding

1. De Autoriteit Consument & Markt (ACM) is een onafhankelijke toezichthouder. De missie van de ACM is om markten goed te laten werken voor mensen en bedrijven. De ACM ziet toe op de naleving van (onder meer) de Mededingingswet.
2. De Mededingingswet waarborgt een effectieve en eerlijke concurrentie. Daarvoor is nodig dat ondernemingen hun marktgedrag niet onderling afstemmen. Dit waarborgt rivaliteit tussen ondernemingen om de gunst van de afnemers. Ondernemingen worden daardoor gestimuleerd om goedkoper, beter en innovatiever te produceren of diensten aan te bieden. Dit komt de samenleving als geheel ten goede.
3. Ondernemingen of brancheorganisaties die willen weten op welke manier zij mogen samenwerken met concurrenten, kunnen aan de hand van de Leidraad Samenwerken tussen concurrenten¹ zelf beoordelen welke afspraken tussen concurrenten zijn toegestaan en welke niet. Deze Leidraad bouwt voort op deze algemene voorlichting en biedt specifieke voorlichting over collectieve afspraken tussen zelfstandigen zonder personeel die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben. In het vervolg hebben we het over zzp'ers of zelfstandigen.
4. Het aantal zzp'ers in Nederland is de laatste jaren sterk gegroeid en neemt nog altijd toe, mede door de opkomst van digitale platforms. De flexibilisering van de arbeidsmarkt, waarvan deze groei een uiting is, heeft positieve gevolgen voor de economie en de samenleving. Het geeft een impuls aan ondernemerschap en roept nieuwe vormen van dienstverlening in het leven. Dat is goed voor de economie als geheel en in veel gevallen kunnen de voordelen van het ondernemerschap door zzp'ers worden benut om een goede inkomenspositie te bereiken. Maar er zijn ook zorgen.
5. De zorgen betreffen allereerst de kwetsbare positie van sommige groepen zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt waar de onderhandelingsmacht van individuele zzp'ers beperkter is dan aan de bovenkant. Sommige groepen zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt ervaren onzekerheid over inkomsten, rechtspositie en rechten en dragen zelf de gevolgen van risicovol werk. Er zijn zzp'ers die veel meer dan 40 uur moeten werken om aan een minimuminkomen te komen. Een grote groep zzp'ers heeft een huishoudinkomen dat onder de lage-inkomensgrens zit², het aantal zzp'ers dat in armoede leeft groeit sinds 2017 en zzp'ers lopen van alle werkenden het grootste risico op armoede.³
6. Bovendien zijn niet alleen deze zzp'ers zelf kwetsbaar. De groei van deze groep zzp'ers kan ook bestaande sociale verworvenheden van werknemers, zoals vastgelegd in het wettelijk minimumloon en in collectieve arbeidsovereenkomsten, ondermijnen. Als werkgevers in de verleiding komen om werknemers in loondienst in belangrijke mate te vervangen door 'goedkope' zzp'ers, kan dit de

¹ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten>.

² CBS – Publicatie Armoede en sociale uitsluiting 2018. Bij een inkomen onder de lage-inkomensgrens spreekt het CBS van een huishouden met een laag inkomen of van een huishouden met kans op armoede. Het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid schat in dat ongeveer 17% van de zzp'ers een tarief hanteert waarmee zij bij een volledige werkweek onder het sociaal minimum uitkomen.

³ CBS, Statistische Trends – Armoederisico in 2017 toegenomen, maart 2019.

functie van het wettelijk minimumloon en de onderhandelingspositie van werknemers en vakbonden bij cao-besprekingen uithollen.

7. Als oplossing voor deze problemen heeft het kabinet op 24 juni 2019 in de kamerbrief “Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige'”⁴ aangekondigd dat zij voor zzp'ers aan de onderkant van de arbeidsmarkt in 2021 een wettelijk minimumtarief in zal voeren.⁵ Hiermee wil het kabinet zzp'ers beschermen tegen armoede en voorkomen dat zij tegen een te laag tarief ingehuurd worden en dat opdrachtgevers aan de onderkant van de arbeidsmarkt alleen vanwege lagere kosten kiezen om te werken met zelfstandigen.
8. Naast deze voorgenomen wettelijke regeling en in ieder geval totdat deze tot stand is gekomen, blijft er echter behoefte bestaan aan informatie over de ruimte die de Mededingingswet biedt voor afspraken die verder kunnen bijdragen aan het voorkomen of verminderen van de gesignaleerde sociale problemen⁶ Met deze Leidraad laat de ACM daarom zien welke mogelijkheden zzp'ers hebben die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben, om zich te organiseren en collectief afspraken te maken over tarieven en andere voorwaarden waaronder zij hun diensten aanbieden.⁷
9. Deze Leidraad ziet enkel op zzp'ers die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben, en is daarnaast bedoeld voor de ondernemingen die hen inhuren, werkgevers- en werknemersorganisaties (vakbonden), brancheorganisaties die hun belangen behartigen en adviseurs. De Leidraad is dus niet bedoeld voor zzp'ers die goederen aanbieden of die bemiddelen bij het aanbieden van goederen of diensten van derden.
10. De ACM verleent geen ontheffingen van het kartelverbod. Dat betekent dat ondernemingen die willen samenwerken – en dus ook zzp'ers die collectief afspraken willen maken– in de eerste plaats zelf verantwoordelijk zijn voor de naleving van de mededingingsregels en voor het beantwoorden van de vraag of de uitzonderingen van toepassing zijn. Deze leidraad is daarbij een hulpmiddel. De Leidraad vervangt de *Leidraad tariefafspraken voor zzp'ers in cao's* uit 2017.⁸

⁴ Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/06/24/kamerbrief-voortgang-uitwerking-maatregelen-039-werken-als-zelfstandige039>.

⁵ In de kamerbrief noemt het kabinet een minimumtarief van 16 euro per uur.

⁶ Daarnaast kunnen zzp'ers baat hebben bij andere onderdelen van de Mededingingswet (bijvoorbeeld het verbod op misbruik van een economische machtspositie) en andere wetgeving waarop de ACM toezicht houdt. Zo strekt wetgeving ter bescherming van consumenten in bepaalde gevallen mede ter bescherming van zelfstandigen met een onderneming aan huis; zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-aanpassing-consumentenwetgeving-moet-mensen-beter-beschermen> en <https://www.acm.nl/nl/publicaties/geef-ondernemers-een-woonhuis-energie-tegen-consumentenvoorwaarden>.

⁷ In hoofdstuk 6 komen nog enkele andere soorten afspraken ter sprake in relatie tot de mededingingsregels.

⁸ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16978/Leidraad-tariefafspraken-voor-zzpers-in-caos>.

2. Wat houdt het kartelverbod in?

11. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt “overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.”
12. De hoofdregel is dat het kartelverbod verbiedt dat concurrenten prijsafspraken maken, onderling klanten of afzetgebieden verdelen, samen de productiecapaciteit beperken of vooroverleg hebben bij inschrijving op aanbestedingen. De Leidraad *Samenwerken tussen concurrenten*⁹ biedt meer voorlichting over dergelijke vormen van concurrentievervalsing en over andere vormen van samenwerking tussen concurrenten.
13. Het begrip “prijsafspraken” moet ruim worden gezien: “het rechtstreeks of zijdelings bepalen van aan- of verkoopprijzen”¹⁰ kan betrekking hebben op vaste prijzen of minimumprijzen, maar volgens de rechtspraak ook op prijscomponenten en toeslagen, op beperkingen voor het verlenen van kortingen en op afspraken tot verplichte doorberekening van kosten in de prijzen. Afspraken over (minimum)tarieven tussen zzp’ers kunnen dus als “prijsafpraak” onder het kartelverbod vallen.
14. Het kartelverbod beperkt zzp’ers niet alleen in hun mogelijkheden om collectieve prijsafspraken te maken, het beschermt hen ook tegen concurrentievervalsing door andere ondernemingen waarvan zij bijvoorbeeld producten afnemen of aan wie zij hun diensten leveren. In de Leidraad *Samenwerking tussen concurrenten* heeft paragraaf 3.8 specifiek op deze mogelijkheid betrekking.

Wanneer geldt het kartelverbod niet?

15. De toepassing van het kartelverbod is op verschillende manieren ingeperkt. Afspraken – zelfs prijsafspraken – kunnen bij uitzondering zijn toegestaan, ondanks hun mededingingsbeperkende karakter.
16. Ten eerste geldt het kartelverbod alleen voor *ondernemingen* (en hun verenigingen). In **hoofdstuk 3** van deze Leidraad legt de ACM uit wanneer zzp’ers als onderneming in de zin van de Mededingingswet zijn te beschouwen, en wanneer niet. In **hoofdstuk 4** wordt toegelicht welke mogelijkheden een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) kan bieden voor collectieve afspraken tussen zzp’ers die geen onderneming zijn.
17. Ten tweede kent de Mededingingswet een uitzondering op het kartelverbod voor afspraken die weinig invloed kunnen hebben op de mededinging. Deze behandelen we in **hoofdstuk 5** van de Leidraad.

⁹ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten>.

¹⁰ Ontleend aan de tekst van het Europese kartelverbod, dat voorbeelden heeft van verboden gedragingen.

18. Ten derde kent de Mededingingswet een algemene uitzondering op het kartelverbod voor afspraken die leiden tot efficiëntieverbeteringen en per saldo voordelig zijn voor directe en indirecte afnemers. Hierover gaat **hoofdstuk 6** van de Leidraad.
19. **Hoofdstuk 7** van deze Leidraad geeft ten slotte informatie over hoe de ACM afspraken tussen en met zzp'ers benadert in haar handhavingspraktijk. De ACM heeft de beschikking over verschillende instrumenten om het toezicht op de Mededingingswet vorm te geven en kan die binnen bepaalde grenzen naar eigen inzicht inzetten.

CONSULTATIEDOCUMENT

3. Wanneer is een zzp'er een onderneming (en wanneer niet)?

20. Zzp'ers vormen een zeer heterogene groep; zij zijn werkzaam in uiteenlopende economische sectoren. Van de bouw tot kunst en toneel, van de mediawereld tot advies en consultancy en van bezorging tot zakelijke dienstverlening. En dat is beslist geen uitputtende opsomming.
21. Het simpele antwoord op de vraag, wanneer een zzp'er onder (het kartelverbod van) de Mededingingswet valt, is: wanneer hij/zij activiteiten verricht als een **onderneming**.
22. Daarbij gaat het niet om de hoedanigheid of de eigenschappen van de persoon in kwestie, maar om de *activiteiten* die hij op dat moment verricht. Het is goed mogelijk dat iemand voor bepaalde activiteiten een werknemer is en daarmee geen onderneming drijft op basis van een bijvoorbeeld een deeltijdarbeidscontract, maar buiten dat arbeidscontract wel een eigen onderneming drijft. De rechtsvorm die men daarvoor kiest, de juridische vorm van contracteren en de eigendom en financiering van de onderneming of de aanwezigheid van een winsttoogmerk zijn allemaal niet bepalend – voor zzp'ers die hun eigen arbeid aanbieden gaat het in de kern om de vraag of zij *zelfstandig diensten aanbieden* op een markt. Zelfstandigen die een onderneming drijven, dragen zelf de financiële en commerciële risico's van hun activiteiten. Dat betekent dat de inkopen, investeringen, kosten, schade en verliezen die gepaard gaan met het werk dat zij aanbieden, voor eigen rekening komen.
23. "Zelfstandigheid" is daarmee een essentieel kenmerk van het begrip onderneming. In veel gevallen kiezen zzp'ers er bewust voor zelfstandig te zijn en hun werkzaamheden in concurrentie met andere ondernemingen aan te bieden. Dan moeten zij zich houden aan het kartelverbod – het zou leiden tot concurrentievervalsing als de ACM ondernemingen die op dezelfde markt actief zijn verschillend zou behandelen, al naar gelang hun omvang, interne organisatie of rechtsvorm.
24. Een zzp'er die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van zijn eigen arbeid heeft, is niet per se daadwerkelijk zelfstandig. Als zijn zelfstandigheid slechts fictief is en er feitelijk bezien sprake is van een arbeidsverhouding, wordt een zzp'er voor de doeleinden van de Mededingingswet **voor de betreffende werkzaamheden** niet aangemerkt als een onderneming. De zzp'er wordt in dat geval ook wel aangeduid als "schijnzelfstandige". Het gevolg daarvan is dat het kartelverbod dan niet van toepassing is op eventuele onderlinge tariefafspraken met andere schijnzelfstandigen en/of "gewone" werknemers die zien op deze werkzaamheden.
25. Voor de vraag of er feitelijk bezien sprake is van een arbeidsverhouding moet worden gekeken of de zzp'er zich in een situatie bevindt *die vergelijkbaar is met die van een werknemer*.¹¹ Dit kan alleen gelden voor zzp'ers die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben. Het gaat hierbij niet om de juridische vorm waarin partijen hun werkrelatie vastleggen, maar om de feitelijke verhoudingen die tussen hen bestaan.

¹¹ Arrest van 4 december 2014, zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten Informatie en Media tegen Staat der Nederlanden), <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14074/Antwoord-van-EU-Hof-van-Justitie-over-minimumtarieven-voor-zzpers-in-caos>.

26. De Europese rechter noemt de volgende criteria om te bepalen wanneer een zzp'er zich in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van een werknemer:
- De zzp'er bepaalt in de praktijk niet zelfstandig zijn marktgedrag, maar dat wordt in de praktijk gedictieerd door zijn opdrachtgevers. Dat geldt des te sterker als de zzp'er maar één opdrachtgever heeft.
 - Hij levert feitelijk onder gezag van de opdrachtgever specifieke prestaties tegen beloning. Ondergeschiktheid – de juridische of feitelijke verplichting instructies op te volgen zoals ook werknemers dat moeten doen – is een belangrijk kenmerk voor een zelfstandige die zich in een situatie bevindt die vergelijkbaar is met die van een werknemer.
 - Hij handelt op instructie van de opdrachtgever wat betreft zijn tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de aan hem toevertrouwde taken. Je kunt hem in dit opzicht vergelijken met een werknemer die bij de opdrachtgever in de praktijk hetzelfde werk doet.
 - Hij deelt niet in de financiële en commerciële risico's van de opdrachtgever. Ook dat komt overeen met werknemers, die recht hebben op loon voor de arbeid die zij verrichten, ongeacht de prestaties van hun werkgever in de markt.
 - Hij is voor de duur van de arbeidsverhouding opgenomen in de onderneming en maakt daar voor de buitenwereld deel van uit.
27. Het gaat om “het totale beeld”, het geheel van elementen en omstandigheden die de relatie kenmerken, en om meer dan een momentopname. De ACM gebruikt hiervoor als praktische **vuistregel** dat wanneer een zzp'er feitelijk **zij-aan-zij** werkt met één of meer werknemers en in de dagelijkse gang van zaken niet te onderscheiden is van die werknemers, de zzp'er voor die activiteiten **niet** is aan te merken als een onderneming in de zin van de Mededingingswet. De vuistregel is bedoeld als hulpmiddel voor zzp'ers om te bepalen of zij een onderneming zijn in de zin van de Mededingingswet. Het is niet uitgesloten dat behalve zij-aan-zij werkenden nog andere zzp'ers niet als onderneming kunnen worden aangemerkt op basis van toetsing aan bovengenoemde criteria uit het arrest FNV KIEM.
28. Maar let op: een zzp'er kan dus voor de ene opdracht wel kwalificeren als onderneming en voor de andere niet. Dat hangt af van de omstandigheden waaronder de werkzaamheden worden verricht en moet per opdracht worden beoordeeld.
29. Zelfstandigen die *niet* kwalificeren als een onderneming in de zin van Mededingingswet vallen niet onder deze wet en voor hen geldt dus ook niet het kartelverbod. Zij mogen voor de betreffende werkzaamheden samenwerken en onderling of samen met (vertegenwoordigers van) werknemers en opdrachtgevers tariefafspraken maken, of bijvoorbeeld meedoen aan collectieve acties die tot doel hebben betere arbeidsvoorwaarden af te dwingen. Zij kunnen de collectieve afspraken in dat geval direct met elkaar maken, of met werkgevers(organisaties) in het kader van een cao (mits de cao-vrijstelling van toepassing is; zie daarover hoofdstuk 4). Ook mogen zij zich aansluiten bij brancheorganisaties (of deze zelf oprichten) die voor hen adviestarieven geven of tarieven bindend voorschrijven als dat op grond van hun interne reglementen mogelijk is.

De zaak FNV KIEM ging over musici die invallen in orkesten en die soms wel maar vaak niet in loondienst waren bij het orkest.

Het Hof Den Haag oordeelde in de einduitspraak: “Anders dan ‘echte’ ondernemingen bevinden zelfstandige remplaçanten zich gedurende de contractuele relatie in een ondergeschiktheidsrelatie. Zij moeten niet alleen de aanwijzingen van de dirigent opvolgen maar ook volgens een aan hen ter beschikking gesteld rooster aanwezig zijn voor repetities en concerten, dit alles niet anders dan de musici die bij het orkest als werknemer in dienst zijn. Van enige flexibiliteit of zelfstandigheid voor wat betreft de bepaling van het tijdschema, de plaats en de wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken is geen sprake.”

Weliswaar is de zzp'er vrij om een opdracht al dan niet te aanvaarden, maar het gaat om de relatie nadat de opdracht is aanvaard. In de uitvoering daarvan beschikt hij niet over reële vrijheid.

De zinsnede “dit alles niet anders dan de musici die bij het orkest als werknemer in dienst zijn” maakt het volgens de ACM mogelijk de zij-aan-zij regel als praktische vuistregel te hanteren.

Voorbeelden: onderneming of niet?

Tektschrijver

Een tektschrijfster zit op inhuurbasis voor 20 uur per week bij het tijdschrift “de Trochlodiet” dat ook verschillende tektschrijvers als werknemer in vaste dienst heeft. Zij doet bij het tijdschrift precies hetzelfde werk als haar collega's in vaste dienst, ze heeft dezelfde vaste werktijden en moet ook de instructies van het management opvolgen. De rest van de week doet zij freelance opdrachten voor allerlei verschillende media.

De tektschrijfster kan voor haar activiteiten bij de Trochlodiet niet aangemerkt worden als onderneming in de zin van de Mededingingswet. Het kartelverbod is daarom niet van toepassing op afspraken over deze activiteiten. Als de toepasselijke (algemeen-verbindend verklaarde) cao daarin voorziet, valt de tektschrijver daaronder. Voor andere activiteiten die de tektschrijfster verricht moet apart worden beoordeeld of zij daarbij als onderneming kan worden aangemerkt.

Onderzoeksjournalist

Een freelance onderzoeksjournalist van naam en faam werkt voor diverse media. Zijn werk lijkt op dat van onderzoeksjournalisten die in vaste dienst zijn bij zijn opdrachtgevers, maar hij heeft meer vrijheid om de voorwaarden waaronder hij werkt en zijn werkwijze zelf te bepalen. Hij bepaalt bijvoorbeeld zelf de onderwerpen die hij onderzoekt en wanneer hij daarover schrijft. De onderzoeksjournalist is een onderneming, volgens de Mededingingswet.

Acteur

Een acteur speelt rollen in Nederlandse televisieseries en theateruitvoeringen. Hij doet hiervoor audities bij verschillende castingbureaus en concurreert daarbij met andere acteurs om een rol te krijgen. Als hij een rol krijgt aangeboden, bepaalt de opdrachtgever feitelijk zijn beloning en beschikbaarheid. De theatergezelschappen waar de acteur opdrachten voor doet hebben een kleine vaste kern van acteurs in dienst die zij aanvullen met freelance acteurs wanneer dat nodig is

voor een uitvoering.

De acteur is geen onderneming in de zin van de Mededingingswet bij de rollen die hij speelt in opdracht van theatergezelschappen. Hij werkt in het theater zij-aan-zij met de vaste acteurs van de theatergezelschappen en is daar in de dagelijkse gang van zaken niet te onderscheiden.

Vertaalster

Een freelance vertaalster doet vertaalklussen voor verschillende opdrachtgevers, waaronder de overheid. De overheid heeft een vast bedrag vastgesteld dat zij per woord betaalt voor vertalingen. De overheid stelt alleen deadlines voor wanneer een vertaling klaar moet zijn, maar de vertaler bepaalt zelf hoe en wanneer zij haar vertaalwerk verricht. Verschillende overheidsinstanties hebben ook vertalers in vaste dienst.

De vertaalster is een onderneming in de zin van de Mededingingswet. Hoewel de overheid ook vertalers in vaste dienst heeft, werkt zij niet zij-aan-zij met de vertalers die in vaste dienst zijn bij de overheid, omdat zij zelf kan bepalen waar en wanneer zij haar vertaalwerk uitvoert.

Pakketbezorger

Een pakketbezorger werkt voor één grote bezorgdienst. Hij was eerst in vaste dienst bij de bezorgdienst, maar werkt nu als opdrachtnemer. De bezorgdienst werkt alleen nog maar met opdrachtnemers en heeft geen bezorgers in vaste dienst. Voor de pakketbezorger is er niet veel veranderd sinds hij zelfstandig is. Anders is wel dat hij de pakketjes rondbrengt met een eigen busje. De bezorgdienst bepaalt het tarief dat hij krijgt per pakketje, wanneer hij de pakketjes moet afleveren en welke kleding hij moet dragen en hoe zijn bus eruit moet zien bij het rondbrengen van de pakketjes.

De pakketbezorger werkt niet zij-aan-zij met andere werknemers in vaste dienst. De bezorgdienst heeft namelijk geen werknemers in vaste dienst en de pakketbezorger bezorgt de pakketjes met zijn eigen busje. Het is echter niet uitgesloten dat de bezorger op basis van directe toetsing aan de criteria uit het arrest FNV KIEM toch geen onderneming is in de zin van de Mededingingswet. .¹²

Afspraken tussen zzp'ers die deel uitmaken van een coöperatie, maatschap of VOF

30. Als zzp'ers deel uitmaken van een samenwerkingsverband dat een economische eenheid vormt met zijn deelnemers, zoals een coöperatie, VOF of maatschap, kunnen zij *binnen* die economische eenheid de afspraken maken die zij willen; daarvoor geldt het kartelverbod niet. Zelfstandigen die dat willen, geven dan wel een deel van hun zelfstandigheid uit handen aan het samenwerkingsverband. Om binnen zo'n eenheid bijvoorbeeld uniforme tarieven te kunnen hanteren geldt als voorwaarde dat de leden van de coöperatie duurzaam een gezamenlijk economisch doel na moeten streven. De

¹² Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de pakketbezorger in dit geval geen "agent" is van de bezorgdienst. Zijn werkzaamheden bestaan namelijk niet uit het namens de bezorgdienst onderhandelen over en/of het sluiten van contracten over de verkoop van bezorgdiensten. Voor meer informatie over agentuur, zie randnummer 21 van de "Leidraad afspraken tussen leveranciers en afnemers" (<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/leidraad-afspraken-tussen-leveranciers-en-afnemers.pdf>).

coöperatie moet beslissende invloed kunnen uitoefenen op het marktgedrag van de afzonderlijke leden en er mag geen mogelijkheid tot onderlinge concurrentie meer bestaan.

31. Met andere woorden, de coöperatie is in feite “de onderneming” die op de markt met andere ondernemingen in concurrentie treedt en de deelnemers zijn dat zelf voor de taken of activiteiten die zij in de coöperatie hebben ondergebracht, niet meer. Dat is voor veel zelfstandigen mogelijk niet aantrekkelijk, maar voor hen die dit overwegen, is het goed te weten dat deze mogelijkheid bestaat.

4. Wanneer geldt de cao-uitzondering op het kartelverbod?

32. In cao's maken (vertegenwoordigers van) werkgevers en werknemers afspraken over arbeidsvoorwaarden, zoals loon en pensioen. Zulke afspraken zijn in beginsel concurrentiebeperkend omdat zij de concurrentie op de inkoopmarkt voor arbeid belemmeren en omdat ze de loonkosten van werkgevers harmoniseren waardoor hun marge om op prijs te concurreren wordt verkleind. Maar om cao-partijen niet ernstig te belemmeren in het bereiken van hun sociale doelen, staat er in artikel 16 van de Mededingingswet een uitzondering op het kartelverbod. Dit is de cao-exceptie.¹³
33. Cao-bepalingen vallen volgens die exceptie niet onder het kartelverbod als deze voldoen aan de volgende twee voorwaarden:
 - Ze zijn het resultaat van een sociale dialoog tussen organisaties van werkgevers en werknemers. Dit is het ‘aard-vereiste’.
 - Ze leiden voor werknemers rechtstreeks tot verbetering van de arbeidsvoorwaarden en/of bescherming van de werkgelegenheid. Dit is het ‘doel-vereiste’.
34. Uit het in hoofdstuk 3 genoemde arrest FNV KIEM volgt dat in cao's bepalingen met betrekking tot tarieven van zzp'ers mogen worden opgenomen die geen ondernemingen zijn. Zij worden immers aan werknemers gelijkgesteld. Aan werknemerskant worden de vakbonden in dat geval gewoon gezien als werknemersorganisaties en aan het doelvereiste is eveneens voldaan.¹⁴
35. De cao-exceptie staat echter niet toe dat cao's ook tarieven regelen van zzp'ers die wel ondernemingen zijn. Belangenorganisaties van zulke zzp'ers kunnen niet aan het kartelverbod ontsnappen door met (organisaties van) opdrachtgevers afspraken te maken in de vorm van een cao. Minimumtarieven beperken de concurrentie zonder voort te komen uit een ‘sociale dialoog’. Voor zover de traditionele vakbonden ‘echte’ zelfstandigen vertegenwoordigen die voor de Mededingingswet als onderneming moeten worden aangemerkt, worden de vakbonden mededingingsrechtelijk gezien als ondernemersvereniging en voldoen de betreffende cao-bepalingen daarom niet aan het aard-vereiste.¹⁵ Dat mogelijk ook werknemers baat kunnen hebben bij minimumtarieven voor de desbetreffende zelfstandigen, maakt dit niet anders. Dat de cao-exceptie

¹³ De cao-exceptie is overgenomen uit de Europese rechtspraak. De exceptie geldt dus ook voor toepassing van de Europese mededingingsregels.

¹⁴ Ook al zijn de betrokkenen zzp'ers geen onderneming, de werkgevers (hun opdrachtgevers) zijn dat natuurlijk wel, en werkgeversorganisaties zijn ondernemersverenigingen.

¹⁵ Arrest FNV KIEM (voetnoot 7), ov. 28-30.

niet kan worden ingeroepen, sluit overigens niet uit dat een beroep kan worden gedaan op andere, in hoofdstuk 5 en 6 te behandelen uitzonderingen op het kartelverbod.

36. Om te bepalen of de cao-exceptie van toepassing is, is het volgende van belang. Cao-partijen moeten aan de hand van de criteria genoemd in hoofdstuk 3 goed onderscheid te maken tussen verschillende zzp'ers die in de betrokken bedrijfstak of onderneming werkzaam kunnen zijn en niet iedereen over één kam te scheren. Het is immers mogelijk dat slechts een deel daarvan niet kwalificeert als onderneming in de zin van de Mededingingswet.
37. Cao-partijen moeten zoveel mogelijk feitelijke en concrete gegevens verzamelen en documenteren over de werksituatie van de zzp'ers die onder een cao vallen, om te kunnen vaststellen of die werksituatie vergelijkbaar is met die van werknemers. Denk daarbij aan een feitelijke beschrijving van de werkzaamheden en arbeidsomstandigheden of een onafhankelijk arbeidsmarktonderzoek onder zzp'ers (enquêtes, interviews etc.).
38. Cao-partijen moeten duidelijk en transparant zijn over welke zzp'ers zij niet en welke zij wel aanmerken als onderneming, bijvoorbeeld door een functiebeschrijving in de cao op te nemen en een duidelijke afbakening van de cao overeen te komen. Er moet duidelijk naar voren komen dat de cao-tariefbepalingen alleen gelden voor de zzp'ers die geen onderneming zijn in de zin van de Mededingingswet omdat zij bij de uitoefening van hun werkzaamheden feitelijk niet zijn te onderscheiden van de werknemers waarmee zij zij-aan-zij werken.

Casus Cao Architectenbureaus 2015 – 2017

De cao Architectenbureaus 2015 – 2017 bevatte onder andere bepalingen over minimumtarieven voor zogenaamde 'zelfstandig professionals'. De ACM heeft deze tariefbepalingen beoordeeld en concludeerde dat het niet aannemelijk was dat ze voldeden aan de cao-exceptie.

Eén van de redenen daarvoor was dat ze gingen over *alle* typen zelfstandig professionals die een architectenbureau inhuurt, zoals de functiegroepen architectuur, projectcoördinatie, ondersteuning etc., en dat het onderscheid ontbrak tussen 'echte' zelfstandig professionals (ondernemingen in de zin van de Mededingingswet) en professionals in feitelijk dezelfde werksituatie als werknemers.

5. Wanneer geldt de bagatel-uitzondering op het kartelverbod?

39. Een andere uitzondering op het kartelverbod is de zogenaamde bagatelbepaling voor ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Soms wordt de (mogelijke) invloed van de betrokken ondernemingen op de mededinging bij voorbaat zo gering geacht, dat hun onderlinge afspraken zijn uitgezonderd van het kartelverbod.

40. Het kartelverbod geldt niet voor afspraken tussen een beperkt aantal kleine ondernemingen.¹⁶ Deze uitzondering is van toepassing als er bij de afspraak niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn waarvan de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar niet hoger is dan EUR 5.500.000 als het ondernemingen betreft waarvan de activiteiten zich in hoofdzaak richten op levering van goederen, en niet hoger dan EUR 1.100.000 in geval van diensten, zoals bij de zzp'ers waarvoor deze leidraad is geschreven altijd het geval zal zijn.
41. Het kartelverbod is ook niet van toepassing op afspraken tussen ondernemingen met een klein marktaandeel. De gedachte is dat wanneer ondernemingen gezamenlijk een gering marktaandeel hebben, zij niet in staat zijn om de mededinging effectief te beperken. Voor deze uitzondering gelden twee vereisten:
- Het gezamenlijk marktaandeel van de ondernemingen mag op geen enkele betrokken markt hoger zijn dan 10 procent.
 - De handel tussen Lidstaten van de Europese Unie mag door de afspraak niet merkbaar worden beïnvloed.
42. De ACM hanteert als uitgangspunt dat van een merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten niet snel sprake zal zijn bij zelfstandigen die een afspraak maken die onder de 10%-marktaandeedrempel blijft. In dat geval geldt het kartelverbod dus niet en mogen zelfstandigen onderling tariefafspraken maken.
43. Wel moeten zelfstandigen er rekening mee houden dat het aandeel van 10 procent op de *relevante* markt al snel bereikt zal zijn, omdat het doel van de tariefafpraak juist is om de tarieven te kunnen verhogen door de onderlinge mededinging te beperken. Om dat te kunnen realiseren is in het algemeen een marktaandeel van meer dan 10% noodzakelijk. Een goede en objectieve, van tevoren gedocumenteerde marktafbakening is dus noodzakelijk om met vertrouwen een beroep te kunnen doen op de bagatelbepaling. De Leidraad Samenwerken tussen concurrenten¹⁷ geeft meer informatie over marktafbakening.

Voorbeeld: Bagatel

Stel een zelfstandige vrachtwagenchauffeur wil afspraken maken met drie andere vrachtwagenchauffeurs. Als hun gezamenlijke omzet niet meer dan 1,1 miljoen euro is, hoeven zij zich niet af te vragen wat de relevante markt is en of de afspraken de mededinging kunnen beperken, want ze vallen onder de eerste bagatel-uitzondering: het kartelverbod is dus niet van toepassing.

Hetzelfde geldt voor de 20 freelance tekstschrijvers die op een feestelijke bijeenkomst van de branchevereniging het plan smeden om minimumtarieven te gaan hanteren. Aangenomen dat zij samen een marktaandeel hebben van minder dan 10%, is het kartelverbod niet van toepassing op die afspraken (de tweede bagatel-uitzondering). Het plan kan doorgaan.

¹⁶ <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-02/concurrenten-mogen-samenwerken-maar-er-zijn-grenzen-26-2-2019.pdf>

¹⁷ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten>.

6. Wanneer geldt de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen?

44. Deze algemene uitzondering op het kartelverbod geldt voor afspraken tussen ondernemingen die de mededinging beperken, maar die niettemin per saldo voordelig zijn voor directe en indirecte (huidige en toekomstige) afnemers. De wet omschrijft dit als het *“bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang”*. Dat wordt ook wel kortweg aangeduid met “efficiëntieverbeteringen”.
45. De ACM hanteert bij de toepassing van het begrip “efficiëntieverbeteringen” een brede uitleg. Onder de hier bedoelde verbeteringen kunnen bijvoorbeeld ook de bescherming van het milieu, dierenwelzijn of bevordering van de duurzaamheid van de economie vallen. Het moet gaan om voordelen die, uit het oogpunt van de directe en indirecte afnemers, objectief beschouwd met de afspraak bereikt worden en niet slechts om voordelen in de ogen van de partijen bij de overeenkomst.
46. Ook het waarborgen van een minimum aan sociale bescherming van werknemers en zelfstandigen die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben, is een voordeel dat in het kader van deze uitzondering kan worden meegenomen, mits aan de andere voorwaarden voor deze uitzondering is voldaan.¹⁸ Vanuit dit gezichtspunt toetst de ACM aan de vereisten die de wet stelt aan deze uitzondering.

Toepassing van de uitzondering op zzp'ers

47. Vertaald naar de situatie van de groep zzp'ers waarvoor deze leidraad is bedoeld en die (als ondernemingen) collectief willen onderhandelen, afspraken willen maken over minimumtarieven of wiens branchevereniging (bindende) adviestarieven wil voorschrijven, kunnen de vier cumulatieve voorwaarden waaraan moet worden voldaan als volgt worden omschreven:
 - a) De afspraak waarborgt een objectief vast te stellen minimum sociale bescherming.
 - b) Zonder de afspraak komt deze bescherming niet tot stand en de afspraak gaat niet verder dan voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is.
 - c) Een billijk deel van de voordelen van de afspraken komt ten goede aan de directe en indirecte afnemers.
 - d) Er blijft voldoende ruimte over voor concurrentie tussen de zelfstandigen.

¹⁸ In het arrest Metro SB-Großmärkte 25 van oktober 1977 (ECLI:EU:C:1977:167) heeft het Hof al eens overwogen dat *“het behoud van de werkgelegenheid een stabiliserende factor is die, in het kader van de verbetering van de algemene productievoorwaarden, met name in een ongunstige economische conjunctuur, valt binnen de doelstellingen die met artikel [101 lid 3], kunnen worden nagestreefd”* (ov. 43).

48. Hieronder worden deze vier voorwaarden nader toegelicht. De bewijslast of aan deze voorwaarden is voldaan berust bij de zelfstandigen (of organisaties die hen vertegenwoordigen) die op deze uitzondering een beroep willen doen.

a) Waarborgt de afspraak een minimum sociale bescherming?

49. Stel dat zelfstandigen gedwongen zijn om zulke lage tarieven aan te bieden voor de verhuur van hun eigen arbeid dat zij op basis van een 40-urige werkweek niet aan een minimumarbeidsinkomen kunnen komen, dan kunnen ongewenst effecten optreden voor henzelf, voor werknemers waarmee zij concurreren en voor de samenleving als geheel. Zelfstandigen in een bepaalde sector kunnen onderling in een *'race to the bottom'* zijn verwickeld, waardoor uiteindelijk iedereen onder het minimumarbeidsinkomen werkt.
50. Ook werknemers waarmee zij concurreren kunnen nadelen ondervinden, bijvoorbeeld wanneer zelfstandigen hun arbeidsvoorwaarden ondergraven, in het bijzonder op het gebied van beloning, maar ook met betrekking tot overige arbeidsvoorwaarden, zoals arbeidsduur. Dit wordt ook wel sociale dumping genoemd. Tot slot kan ook de samenleving als geheel hierdoor schade leiden omdat deze groep zzp'ers doorgaans onverzekerd is tegen arbeidsongeschiktheid en geen geld heeft om te sparen, waardoor bij tegenslag direct een beroep zal moeten worden gedaan op de collectieve sociale voorzieningen. Een objectief vast te stellen niveau van minimum sociale bescherming en afspraken die dat bewerkstelligen vormt vanuit dat oogpunt een efficiëntieverbetering.
51. Het is van belang dat de betrokken zelfstandigen het bestaansminimum dat zij door middel van collectieve afspraken willen garanderen objectief kunnen onderbouwen. Dit kan bijvoorbeeld op basis van het sociaal minimum, het niveau van de bijstandsuitkering, en op een zodanig wijze dat zzp'ers de mogelijkheid hebben om op voltijdsbasis in hun levensonderhoud te voorzien en zich kunnen verzekeren of reserveringen kunnen maken voor risico's op inkomensverlies (vakantie, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid/leegloop). Daarbij mag ook rekening gehouden worden met een vaste opslag voor niet direct aan de opdracht gerelateerde, indirecte kosten. Directe kosten kunnen bovenop het tarief in rekening worden gebracht. Ook algemeen aanvaarde normen van instanties als het UWV of het NIBUD, officiële beleidsdoelen van betrokken departementen of beleidsonderzoeken van departementen, onderzoeksbureaus of officiële regeringsstandpunten kunnen een rol spelen bij het onderbouwen van het bestaansminimum dat de betrokken zelfstandigen willen garanderen.
52. Om van deze uitzondering gebruik te kunnen maken, is het van belang dat de voordelen van de afspraak die deze ongewenste effecten ondervangt, zoveel mogelijk worden gekwantificeerd. Dat kan op basis van een onderbouwde schatting van deze voordelen. In het kader van deze uitzondering dienen immers de gekwantificeerde voordelen voor directe en indirecte (huidige en toekomstige) afnemers van de diensten van de zzp'ers te worden afgewogen tegen de gekwantificeerde nadelen voor deze afnemers, doorgaans in de vorm van een tariefsverhoging die wordt beoogd met de mededingingsbeperkende afspraak.

b) Is de afspraak noodzakelijk en gaat zij niet verder dan nodig voor het doel om minimum sociale bescherming te waarborgen?

53. De noodzakelijkheidseis houdt in dat de afspraken redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor het bereiken van het doel. De deelnemers aan de afspraak moeten aannemelijk maken dat er realistisch gezien geen andere, minder verstrekkende afspraken denkbaar zijn die hetzelfde doel kunnen bereiken. Dit kan bijvoorbeeld door te laten zien dat een collectieve afspraak nodig is omdat geen partij zich het kan veroorloven om (als eerste) zelfstandig zijn gedrag te veranderen.
54. Afspraken die de mededinging beperken dienen dus altijd vergeleken te worden met andere afspraken die hetzelfde doel nastreven maar een minder grote beperking van de mededinging opleveren. In sommige sectoren maken partijen aan beide kanten van de markt afspraken die minder ingrijpen op vrij ondernemerschap. Zo bestaat er een Brede Code Verantwoordelijk Marktgedrag, ondertekend door opdrachtgevers (zoals AWWN, de Rijksoverheid, NS, Schiphol en UWV), opdrachtnemers, vakbonden en bemiddelaars. Hierin staan afspraken over de inkoop van dienstverlenende werkzaamheden. Het betreft de schoonmaak- en glazenwassersbranche, cateringbranche, beveiligingsbranche. Er wordt hierbij naar zowel kwaliteit als prijs gekeken.
55. Een ander voorbeeld voor een afspraak die minder ver gaat dan afgesproken minimumtarieven, is het bepalen van kwaliteitsstandaarden. In sommige gevallen zijn die standaarden door de overheid opgelegd, maar in andere sectoren zijn die afspraken door de sector zelf gemaakt om te verhinderen dat er een race naar de bodem ontstaat.

c) Komt een billijk deel terecht bij de directe en indirecte afnemers?

Een billijk deel van de voordelen van een afspraak die onder deze uitzondering moet worden gebracht, moeten toevallen aan de directe en indirecte afnemers van de arbeid die door de zelfstandige wordt verricht.

56. Voordelen voor personen die noch direct, noch indirect afnemer zijn of zullen worden van de producten of diensten die met de arbeid van de zelfstandigen worden geproduceerd, tellen niet mee voor deze doeleinden.
57. De gedachte hierachter is dat degenen die nadeel ondervinden van de afspraken, bijvoorbeeld afnemers als gevolg van afgesproken hogere tarieven voor de arbeid die zij inhuren, op enig moment worden gecompenseerd door de voordelen die deze afspraken met zich brengen. Het netto-effect moet voor hen op zijn minst neutraal zijn. De voordelen kunnen toevallen aan de directe afnemers maar ook – deels of geheel – aan afnemers lager in de bedrijfskolom. Daaronder vallen (uiteindelijk) ook de consumenten.
58. Het gaat er dus om dat aannemelijk wordt gemaakt dat de tariefsverhoging die het gevolg zal zijn van de afspraak tussen zelfstandigen, voordelen met zich brengen waarvan een billijk deel ten goede komt aan degenen die deze hogere tarieven moeten betalen. Deze voordelen kunnen er bijvoorbeeld uit bestaan dat afnemers de sociale bescherming van zzp'ers die door de afspraken wordt gewaarborgd, beschouwen als een kwaliteitsverbetering van de dienst of het product waar de betreffende zzp'ers met hun arbeid aan hebben bijgedragen waarvoor zij bereid zijn de verwachte prijsverhoging te betalen. Het is dan van belang dat de betrokken zelfstandigen deze waardering van

hun sociale bescherming door afnemers en hun bereidheid om daarvoor een hogere prijs te betalen objectief onderbouwen. Dit kan bijvoorbeeld met rapporten van onderzoeksbureaus.

d) Blijft er voldoende ruimte voor concurrentie?

59. Bij de voorwaarde dat afspraken niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen, wordt eerst gezien welk deel van de zzp'ers bij de afspraak is aangesloten. Niet alle zzp'ers die actief zijn op een bepaalde markt hoeven immers aan de afspraken mee te doen.¹⁹ Daarbij wordt ook de mogelijkheid van voldoende concurrentie op andere concurrentieparameters van het product of de dienst (zoals kwaliteit, service, snelheid, beschikbaarheid) meegewogen. Verder kan meewegen dat er een reële mogelijkheid is voor degenen die daartoe in staat zijn, om de eigen arbeid te prijzen boven het afgesproken minimum. Zolang gebruikers dergelijke aspecten waarop zelfstandigen met elkaar kunnen concurreren voldoende kunnen beoordelen, is er ondanks de afspraken over minimumtarieven nog steeds ruimte voor onderlinge concurrentie tussen zelfstandigen.

¹⁹ Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de ondernemingsvrijheid van zzp'ers die als onderneming kwalificeren met zich brengt dat zij vrij zijn om niet deel te nemen aan collectieve afspraken over minimumtarieven en ook niet tegen hun wil kunnen worden gebonden aan dergelijke afspraken.

7. Hoe houdt de ACM toezicht op afspraken tussen en met zzp'ers?

60. Het beeld bestaat dat de Mededingingswet veel vormen van samenwerking verbiedt en dat steeds een boete dreigt. In de praktijk omvat het toezicht door de ACM een veel ruimer scala aan instrumenten om partijen op de markt ertoe aan te zetten om zich aan de mededingingsregels te houden (voorlichting, bindende aanwijzing, last onder dwangsom, of bindend verklaren van toezeggingen van de kant van marktpartijen).
61. Voor de ACM staat het oplossen van mededingingsproblemen centraal. De ACM richt zich dan ook op snelle en effectieve aanpassing van de ongewenste elementen van de samenwerking en houdt rekening met de context waarin de afspraken zijn gemaakt. De ACM kijkt anders aan tegen geheime tariefafspraken die in bedekte termen in spreekwoordelijke achterkamertjes zijn gemaakt, dan tegen afspraken die in alle openbaarheid op basis van een zorgvuldige analyse van deze leidraad te goeder trouw zijn gemaakt tussen (vertegenwoordigende organisaties van) zzp'ers en opdrachtgevers. Als laatstgenoemde categorie afspraken achteraf bezien toch niet voldoen aan de Mededingingswet en de betrokken partijen – zo nodig op verzoek van de ACM – op voortvarende wijze zorgdragen voor bijstelling, ziet de ACM geen reden voor optreden dat strekt tot het opleggen van een boete.

De ACM zal geen boetes opleggen in het geval van afspraken tussen zzp'ers die beogen het voorgenomen wettelijke minimumtarief voor zzp'ers nu reeds te waarborgen

62. Het kabinet heeft in de kamerbrief "Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige'"²⁰ het voornemen kenbaar gemaakt om in 2021 een wettelijk minimumtarief voor zzp'ers in te voeren.²¹ Het doel van het minimumtarief is het garanderen van een bestaansminimum. Hiermee wil het kabinet zzp'ers beschermen tegen armoede en voorkomen dat zij tegen een te laag tarief ingehuurd worden en dat opdrachtgevers aan de onderkant van de arbeidsmarkt alleen vanwege lagere kosten kiezen om te werken met zelfstandigen. Het kabinet hanteert ten aanzien van het minimumtarief als uitgangspunten dat:
- Het bestaansminimum is gebaseerd op het niveau van de bijstandsuitkering.
 - Werkenden de mogelijkheid hebben om in hun levensonderhoud te voorzien en dat zij zich kunnen verzekeren of reserveringen kunnen maken voor risico's op inkomensverlies.
 - Zzp'ers die voltijd werken er het bestaansminimum mee kunnen verdienen, rekening houdend met het gemiddelde percentage declarabele uren.
 - Het tarief geldt voor alle direct aan de opdracht gerelateerde uren en dat direct aan de opdracht gerelateerde kosten daar bovenop in rekening moeten worden gebracht.
 - Rekening wordt gehouden met een opslag voor indirecte kosten van 15%.

²⁰ Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/06/24/kamerbrief-voortgang-uitwerking-maatregelen-039-werken-als-zelfstandige039>.

²¹ In de kamerbrief noemt het kabinet een minimumtarief van 16 euro per uur.

63. Gelet op het voornemen van het kabinet, zal de ACM in de periode voor invoering van het minimumtarief geen boetes opleggen wegens afspraken tussen zzp'ers die uitsluitend beogen het voorgenomen minimumtarief of een daarmee vergelijkbaar minimumtarief nu al te waarborgen.
64. Het kan zijn dat bepaalde (groepen) zzp'ers meer kosten hebben dan de gemiddelde kosten waarmee het kabinet rekening houdt bij de hoogte van het voorgenomen wettelijke minimumtarief. In dat geval kunnen (vertegenwoordigende organisaties van) zzp'ers en opdrachtgevers afspraken maken over een hoger tarief dan het voorgenomen wettelijk minimumtarief om te waarborgen dat de betreffende zzp'ers een bestaansminimum kunnen verdienen door hen voor deze hogere kosten te compenseren. De ACM zal voor dergelijke afspraken geen boetes opleggen, als deze met instemming van de opdrachtgever(s), in alle openbaarheid, op basis van een zorgvuldige analyse van deze leidraad en te goeder trouw zijn gemaakt.
65. Zzp'ers die collectieve afspraken willen maken over minimumtarieven zijn zelf verantwoordelijk voor de naleving van de mededingingsregels en voor het beantwoorden van de vraag of de uitzonderingen van toepassing zijn. Deze leidraad biedt hen een hulpmiddel om deze beoordeling te maken. Wanneer nodig kunnen zij uiteraard ook extern advies inwinnen voor de beoordeling van voorgenomen initiatieven. Als blijkt dat zij bij breder spelende concrete vraagstukken daarna toch meer duidelijkheid nodig hebben over de mogelijkheden en eventuele risico's van voorgenomen afspraken, kunnen zij daarover met de ACM in gesprek gaan.