



Leidraad

Tariefafspraken zzp'ers

Inhoudsopgave

1	Inleiding	5
2	Wat houdt het kartelverbod in?	7
3	Wanneer is een zzp'er een onderneming (en wanneer niet)?	9
4	Wanneer geldt de cao-uitzondering op het kartelverbod?	15
5	Wanneer geldt de bagatel-uitzondering op het kartelverbod?	17
6	Wanneer geldt de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen?	19
7	Hoe houdt de ACM toezicht op afspraken tussen en met zzp'ers?	25

Samenvatting 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 of het tot stand brengen van werken met 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.

Eerste mogelijkheid: de Mededingingswet is niet van toepassing op afspraken met of tussen zzp'ers die geen onderneming zijn.

Zzp'ers die feitelijk “zij-aan-zij” **werken met werknemers** in loondienst, zijn voor die activiteiten **geen ondernemingen** in de zin van de Mededingingswet. Daarom is het kartelverbod niet van toepassing. Zzp'ers mogen voor activiteiten waarbij zij “zij-aan-zij” werken met werknemers met elkaar afspraken maken over tarieven of andere voorwaarden. Zij mogen daarover ook collectief onderhandelen en afspraken maken met opdrachtgevers, al dan niet in het kader van een CAO.

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 omdat zij de concurrentie beperken, **tenzij** één van de twee hieronder beschreven **uitzonderingen** van toepassing is.

Tweede mogelijkheid: de bagateluitzondering.

Het kartelverbod geldt 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.

Derde mogelijkheid: de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen.

Op het kartelverbod geldt een uitzondering voor afspraken die, hoewel zij de concurrentie beperken, per saldo bijdragen aan de consumentenwelvaart. Om daaronder te vallen 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 ook voordeel hebben van de afspraak, bijvoorbeeld omdat deze het voortbestaan of de kwaliteit van de betreffende diensten waarborgen. Of omdat de afnemers de verbetering van de sociale bescherming van zzp'ers als zodanig als een kwaliteitsverbetering waarderen en bereid zijn de verwachte prijsverhoging daarvoor te betalen.

Toezicht van de ACM

Ten slotte maakt de ACM in deze Leidraad kenbaar hoe zij toezicht houdt op afspraken tussen zzp'ers (en collectieve afspraken met opdrachtgevers).

De ACM zal geen boetes opleggen voor afspraken tussen en met zzp'ers die **een bestaansminimum voor die zzp'ers** beogen te waarborgen. De afgesproken minimumtarieven mogen niet op een hoger niveau liggen en geen breder toepassingsbereik hebben dan vereist is om in het noodzakelijke levensonderhoud te voorzien.

De ACM verwacht alle afspraken die zzp'ers in het kader van deze Leidraad maken te goeder trouw, zorgvuldig en in alle openheid tot stand komen. Als blijkt dat zij desondanks niet (geheel) aan de

Mededingingswet voldoen, maar partijen bereid zijn om hun afspraken snel aan te passen om deze in overeenstemming met de wet te brengen, dan ziet de ACM geen reden tot optreden met een boete.

Let op!

De ACM benadrukt dat zij in deze Leidraad alleen informatie geeft over de toepassing van de Mededingingswet en het toezicht van de ACM op collectieve tariefafspraken tussen en met zzp'ers. De Leidraad heeft dus uitdrukkelijk geen betrekking op de juridische status van zzp'ers binnen andere domeinen, zoals het arbeidsrecht of het fiscaalrecht.

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 Samenwerking tussen concurrenten*¹ 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 en met 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 ervaren onzekerheid over inkomsten, rechtspositie en rechten, en dragen zelf de gevolgen van risicovol werk. Er zijn zzp'ers die 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

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.

verleiding komen om werknemers in loondienst in belangrijke mate te vervangen door 'goedkope' zzp'ers, kan dit de functie van het wettelijk minimumloon en de onderhandelingspositie van werknemers en vakbonden bij cao-besprekingen uithollen.

7. Het kabinet heeft op 15 juni 2020 in de kamerbrief "Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige'" het eerdere voornemen tot een wettelijk minimumtarief voor zzp'ers ingetrokken. Wel wil het kabinet zzp'ers nog steeds 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.⁴
8. Hierdoor blijft er 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 problemen.⁵ Met deze Leidraad laat de ACM daarom zien welke mogelijkheden zzp'ers hebben om zich te organiseren en collectief afspraken te maken over tarieven en andere voorwaarden waaronder zij hun diensten aanbieden.
9. Deze Leidraad ziet enkel op *zzp'ers die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid of het tot stand brengen van werken met hun eigen arbeid hebben*. Dit omvat ook zzp'ers die eigen hulpmiddelen zoals gereedschap, een laptop, camera of transportmiddel gebruiken om hun arbeid aan te kunnen bieden. De Leidraad is niet bedoeld voor zzp'ers die goederen aanbieden of bemiddelen bij het aanbieden van goederen of diensten van derden.
10. De Leidraad is ook bedoeld voor opdrachtgevers die zzp'ers inhuren, werkgevers- en werknemersorganisaties (vakbonden), brancheorganisaties die hun belangen behartigen en adviseurs.
11. 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 op hun situatie een uitzondering op het kartelverbod van toepassing is. Deze leidraad is daarbij een hulpmiddel. De Leidraad vervangt de *Leidraad tariefafspraken voor zzp'ers in cao's* uit 2017.⁶

⁴ Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2019 - 2020, 31311, 'Voortgangsbrief 'Werken als Zelfstandige', 15 juni 2020, beschikbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/06/15/voortgangsbrief-werken-als-zelfstandige>.

⁵ 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>.

⁶ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16978/Leidraad-tariefafspraken-voor-zzpers-in-caos>.

2 Wat houdt het kartelverbod in?

12. Artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet 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.*”
13. De hoofdregel is dat het kartelverbod verbiedt dat concurrenten prijsafspraken maken, onderling klanten of afzetgebieden verdelen, samen de afzet of de productiecapaciteit beperken, of vooroverleg hebben bij inschrijving op aanbestedingen. De *Leidraad Samenwerking tussen concurrenten*⁷ biedt meer voorlichting over dergelijke vormen van concurrentievervalsing en over andere vormen van samenwerking tussen ondernemingen die met elkaar concurreren.
14. Het begrip “prijsafspraken” moet ruim worden gezien: “het rechtstreeks of zijdelings bepalen van aan- of verkoopprijzen”⁸ 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.
15. Adviezen van brancheverenigingen over de prijzen die hun leden zouden moeten hanteren, vallen ook onder het kartelverbod. Brancheverenigingen hebben wel mogelijkheden om hun leden te ondersteunen bij een gezonde bedrijfsvoering, door binnen de grenzen van de Mededingingswet calculatieschema’s, rekenvoorbeelden, kostenramingen en vergelijkingsmodellen voor hen op te stellen. Paragraaf 3.2 van de *Leidraad Samenwerking tussen concurrenten* beschrijft hoe zij dit kunnen doen zonder de Mededingingswet te overtreden.
16. Het kartelverbod *beperkt* zzp’ers niet alleen in hun mogelijkheden om collectieve prijsafspraken te maken, het *beschermt* hen ook tegen concurrentievervalsing door andere ondernemingen. Ook de toeleveranciers waarvan zzp’ers producten afnemen of de opdrachtgevers aan wie zij hun diensten leveren, moeten zich immers aan de Mededingingswet houden. In de *Leidraad Samenwerking tussen concurrenten* heeft paragraaf 3.8 specifiek betrekking op afspraken tussen ondernemingen over de inkoop van arbeid en de inhuur van diensten van zzp’ers.

Wanneer geldt het kartelverbod niet?

17. De toepassing van het kartelverbod is op verschillende manieren ingeperkt. Afspraken – zelfs ook prijsafspraken – kunnen bij uitzondering zijn toegestaan, ondanks hun mededingingsbeperkende karakter.
18. Ten eerste geldt het kartelverbod alleen voor *ondernemingen* (en ondernemersverenigingen). In **hoofdstuk 3** van deze Leidraad legt de ACM uit wanneer zzp’ers als onderneming in de zin van

⁷ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten>.

⁸ Ontleend aan de tekst van het Europese kartelverbod, dat voorbeelden noemt van verboden gedragingen.

de Mededingingswet zijn te beschouwen, en wanneer niet. Aangezien de Mededingingswet een specifieke uitzondering voor collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's) kent, wordt in **hoofdstuk 0** nader toegelicht welke mogelijkheden dit kan bieden voor zzp'ers die geen onderneming zijn.

19. Ten tweede kent de Mededingingswet een uitzondering op het kartelverbod voor kleinschalige afspraken die weinig invloed kunnen hebben op de mededinging. Deze behandelen we in **hoofdstuk 5** van de Leidraad.
20. 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.
21. **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.

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

22. 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.
23. Het simpele antwoord op de vraag, wanneer een zzp'er onder (het kartelverbod van) de Mededingingswet valt, is: wanneer hij of zij activiteiten verricht als een **onderneming**.
24. Volgens het mededingingsrecht is elke economische eenheid die goederen of diensten aanbiedt op een markt een onderneming. Ook een natuurlijke persoon kan een onderneming zijn. 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, inschrijving bij de KvK, de juridische vorm van contracteren en de eigendom en financiering van de onderneming, of de aanwezigheid van een winstogmerk 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.
25. 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.
26. 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, 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 dat zij kunnen (mee-) profiteren van cao-afspraken..
27. Voor de vraag of de zelfstandigheid van de zzp'er slechts fictief is moet worden gekeken of de zzp'er zich in een situatie bevindt *die vergelijkbaar is met die van een werknemer*.⁹ 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.

⁹ 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> ("arrest FNV KIEM").

28. De Europese rechter noemt de volgende kenmerken 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 gedicteerd 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.
29. 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.
30. Bij de toepassing van de vuistregel geldt dat zzp'ers ook in dezelfde situatie kunnen verkeren met werknemers die niet bij dezelfde opdrachtgever werken, maar bij andere ondernemingen die actief zijn in dezelfde sector. De vergelijking beperkt zich wat de ACM betreft wel tot werkzaamheden in Nederland.
31. Zzp'ers die zij-aan-zij werken met werknemers kunnen behoren tot de groep kwetsbare zzp'ers waarover maatschappelijke zorgen bestaan, maar de toepassing van de vuistregel is daar in principe niet toe beperkt. Ook voor beter betaalde zzp'ers kan de zij-aan-zij regel opgaan, terwijl zzp'ers die een lage beloning krijgen, niet per definitie zij-aan-zij werken met werknemers.
32. Het aantal opdrachtgevers waarvoor de zzp'er werkt en de duur en het aantal uren dat met de opdracht gemoeid is, is niet relevant bij de toepassing van de zij-aan-zij regel.
33. Opdrachtgevers kunnen in plaats van zzp'ers direct in te huren, ook tussenpartijen (intermediairs, of zzp-dienstverleners) inschakelen. Vaak hebben de betreffende zzp'ers in zo'n geval alleen een overeenkomst met de tussenpartij en niet met de onderneming waar zij feitelijk de opdracht uitvoeren. In dergelijke gevallen moet voor de toepassing van de zij-aan-zij regel worden gekeken naar de situatie waarin de zzp'er zijn opdracht uitvoert bij de eindopdrachtgever en niet naar zijn verhouding met de tussenpartij.

34. Een variant daarop is dat zzp'ers hun arbeid aanbieden via internetplatforms. Deze platforms bestaan in verschillende vormen en kunnen de vraag van bedrijven naar personeel en/of de vraag van consumenten en het aanbod van zelfstandigen bij elkaar brengen. Voorbeelden daarvan zijn (maaltijd)koeriers, schoonmakers en taxichauffeurs. Voor de toepassing van de zij-aan-zij regel moet de situatie van de zzp'er die via een online platform werkt, worden vergeleken met die van werknemers van de ondernemingen in de betreffende branche. Om bijvoorbeeld te beoordelen of een maaltijdbezorger die via een platform zijn diensten aanbiedt zij-aan-zij werkt, moet dus worden gekeken naar de situatie van maaltijdbezorgers die in loondienst zijn bij bijvoorbeeld een snackbar of pizzeria.
35. Hierboven is uitgelegd hoe de ACM de zij-aan-zij vuistregel toepast in bepaalde specifieke situaties. In het kader hieronder staan nog enkele concrete voorbeelden. In de praktijk zullen zich ook andere situaties voordoen die vragen kunnen oproepen over hoe de zij-aan-zij regel daarin moet worden toegepast. Het is daarbij in eerste instantie aan marktpartijen om de zij-aan-zij regel toe te passen op de manier die het meeste recht doet aan de feitelijke situatie.
36. De zij-aan-zij 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 een grondige toetsing aan de bij punt 28 genoemde criteria uit het arrest FNV KIEM. Zo'n toetsing is altijd mogelijk en kan bijvoorbeeld nodig zijn als er in een sector geen werknemers meer werkzaam zijn om de situatie waarin de zzp'er zijn opdracht vervult mee te vergelijken.
37. Het is goed om in het oog te houden dat een zzp'er voor de ene opdracht wel kan 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.
38. 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 (organisaties van) werknemers en opdrachtgevers tariefafspraken maken. 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 0). Verder 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. Dit alles geldt ook voor zzp'ers die via platforms werken, wanneer zij dit zij-aan-zij met werknemers in loondienst doen (zoals bij punt 34 toegelicht).
39. De ACM benadrukt dat de zij-aan-zij vuistregel alleen antwoord geeft op de vraag of een zzp'er een onderneming is in de zin van het mededingingsrecht. De vuistregel zegt dus niets over de juridische status van zzp'ers op grond van andere domeinen, zoals het arbeidsrecht of fiscaalrecht. Omgekeerd is de juridische status van een zzp'er op grond van die andere

domeinen ook niet bepalend voor de beoordeling van de activiteiten van een zzp'er onder het mededingingsrecht.¹⁰

Casus Orkestremplaçanten.

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. Niet in alle gevallen zal de zij-aan-zij regel zó letterlijk opgaan als bij orkestmusici, maar de ratio ervan acht de ACM wel duidelijk.

Voorbeelden: onderneming of niet?

Tekstschrijver

Een tekstschrijfster werkt op opdrachtbasis voor 20 uur per week bij het tijdschrift "de Trochlodiet" dat ook verschillende tekstschrijvers als werknemer in loondienst heeft. Zij wordt per uur betaald. Zij doet bij het tijdschrift precies hetzelfde werk als haar collega's in loondienst, kan haar onderwerpen niet zelf kiezen en 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 tekstschrijfster werkt zij-aan-zij en zal 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

¹⁰ Als de zelfstandige de opdracht op grond van een door de Belastingdienst in het kader van de Wet Deregulering Beoordeling Arbeidsrelaties beoordeelde Modelovereenkomst vervult sluit dat dus niet per definitie uit dat sprake kan zijn van zij-aan-zij werken. Het gebruik van zo'n Modelovereenkomst kan bij een diepergaande toetsing aan de criteria van het arrest FNV KIEM wel een aanwijzing vormen dat de zzp'er in het kader van het vervullen van de opdracht op grond van het mededingingsrecht als onderneming moet worden aangemerkt.

(algemeen-verbindend verklaarde) cao daarin voorziet, valt de tekstschrijver daaronder. Voor andere activiteiten die de tekstschrijfster daarnaast 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. Haar werk lijkt op dat van onderzoeksjournalisten die in loondienst zijn bij haar opdrachtgevers, maar zij heeft meer vrijheid om de voorwaarden waaronder zij werkt en haar werkwijze zelf te bepalen. Zij werkt alleen (niet in teamverband) en bepaalt zelf de onderwerpen die zij onderzoekt, hoe lang zij daaraan werkt en wanneer zij daarover schrijft. Af en toe bezoekt zij een redactievergadering om haar werk af te stemmen met de krant of omroep in kwestie.

De onderzoeksjournalist werkt niet zij-aan-zij en 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. Enkele 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 waarvoor hij repeteert en die hij speelt in opdracht van theatergezelschappen. Hij werkt in het theater regelmatig zij-aan-zij met de vaste acteurs van de theatergezelschappen en is daar in de dagelijkse gang van zaken niet te onderscheiden.

Pakketbezorger

Een pakketbezorger werkt voor één grote bezorgdienst. Hij was eerst in loondienst bij de bezorgdienst, maar werkt nu als opdrachtnemer. De bezorgdienst werkt alleen nog maar met opdrachtnemers en heeft geen bezorgers in loondienst. Andere bezorgdiensten werken nog wel met een mix van vaste werknemers en zelfstandigen. Voor de pakketbezorger is er niet veel veranderd sinds hij zelfstandige is. Zijn situatie is daardoor vergelijkbaar met die van werknemers bij andere bezorgdiensten. Anders is dat hij de pakketjes rondbrengt met een eigen busje. De bezorgdienst bepaalt het tarief dat hij krijgt per pakket, wanneer hij de pakketten moet afleveren, welke kleding hij moet dragen en hoe zijn bus eruit moet zien bij het rondbrengen van de pakketjes.

De situatie waarin de pakketbezorger zijn opdracht vervult kan worden vergeleken met de situatie van vaste werknemers bij andere bezorgdiensten en is daarvan niet te onderscheiden. Hij heeft dezelfde beperkte mate van vrijheid om zelf te bepalen hoe hij zijn opdracht uitvoert en moet op dezelfde wijze de instructies van de bezorgdienst opvolgen. Dat hij een eigen vervoermiddel gebruikt doet daaraan niet af. De pakketbezorger is daarom op grond van de vuistregel geen onderneming in de zin van de Mededingingswet.

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

40. 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 coöperatie moet beslissende invloed kunnen uitoefenen op het marktgedrag van de afzonderlijke leden en er mag geen mogelijkheid tot onderlinge concurrentie meer bestaan.
41. 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?

42. In cao's maken (organisaties 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 beschermen of verbeteren van arbeidsvoorwaarden en werkgelegenheid, staat er in artikel 16 van de Mededingingswet een uitzondering op het kartelverbod. Dit is de cao-exceptie.¹¹
43. 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.
 - Ze leiden voor werknemers rechtstreeks tot verbetering van de arbeidsvoorwaarden en/of bescherming van de werkgelegenheid.
44. 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 wanneer die zzp'ers geen ondernemingen zijn. Schijnzelfstandigen worden immers aan werknemers gelijkgesteld. Aan werknemerskant worden de vakbonden in dat geval gewoon gezien als werknemersorganisaties en aan het doelveerste is eveneens voldaan. Ook al zijn de betrokken zzp'ers geen onderneming, de werkgevers (hun opdrachtgevers) zijn dat natuurlijk wel, en werkgeversorganisaties zijn ondernemersverenigingen. Dat betekent dat het werkgevers niet vrijstaat om buiten de cao-exceptie om gezamenlijk afspraken te maken met zzp'ers die geen ondernemingen zijn.
45. De cao-exceptie geldt niet voor zzp'ers die wel ondernemingen zijn. Zij kunnen geen gebruik maken van de cao-exceptie om tariefafspraken te maken met (organisaties van)opdrachtgevers in de vorm van een cao, omdat zulke afspraken dan niet voortkomen uit een 'sociale dialoog'. Dit geldt ook wanneer traditionele vakbonden zzp'ers die ondernemingen zijn vertegenwoordigen, omdat de vakbond in dat geval wordt gezien als ondernemersvereniging waardoor er geen sprake is van een sociale dialoog tussen organisaties van werkgevers en werknemers.¹² Dat mogelijk ook werknemers baat kunnen hebben bij minimumtarieven voor de desbetreffende zelfstandigen, maakt dit niet anders. Dat de cao-exceptie 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.
46. 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 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.

¹¹ De cao-exceptie is overgenomen uit de Europese rechtspraak. De exceptie geldt dus ook voor toepassing van het Europese kartelverbod van artikel 101 VWEU.

¹² Arrest FNV KIEM (voetnoot 9), ov. 28-30.

47. Cao-partijen moeten met feitelijke en concrete gegevens duidelijk en transparant maken welke zzp'ers zij niet en welke zij wel aanmerken als onderneming. 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. Zij moeten voldoende 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.).

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?

48. Een andere wettelijke uitzondering op het kartelverbod is de zogenaamde bagatelbepaling die staat in artikel 7 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.
49. Het kartelverbod geldt niet voor afspraken tussen een beperkt aantal kleine ondernemingen.¹³ 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.
50. 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.
51. 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%-marktaandreedrempel blijft. In dat geval geldt het kartelverbod dus niet en mogen zelfstandigen onderling tariefafspraken maken.
52. 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 te voren gedocumenteerde marktafbakening is dus noodzakelijk om met vertrouwen een beroep te kunnen doen op de bagatelbepaling. De Leidraad Samenwerken tussen concurrenten¹⁴ geeft meer informatie over marktafbakening.

¹³ <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-02/concurrenten-mogen-samenwerken-maar-er-zijn-grenzen-26-2-2019.pdf>

¹⁴ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten>.

Voorbeeld: Bagatel

Stel een zelfstandige koordirigent wil afspraken maken met drie andere koordirigenten in Utrecht. 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 bijeenkomst van de branchevereniging het plan smeden om minimumtarieven te gaan hanteren. Aangenomen dat zij samen in Nederland een marktaandeel hebben van minder dan 10%, is het kartelverbod niet van toepassing op die afspraken (de tweede bagatel-uitzondering). Het plan kan doorgaan.

6 Wanneer geldt de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen?

53. Deze wettelijke uitzondering op het kartelverbod staat in artikel 6 lid 3 van de Mededingingswet en geldt voor afspraken tussen ondernemingen die wel de mededinging beperken, maar die niettemin per saldo de consumentenwelvaart vergroten, en die tevens voldoende voordeel opleveren voor de gebruikers van de producten of diensten van de betrokken ondernemingen. Onder gebruikers rekenen we directe en indirecte (huidige en toekomstige) afnemers. De wet omschrijft de voordelen 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”.
54. 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 *objectief* beschouwd met de afspraak bereikt worden en niet slechts om voordelen in de ogen van de partijen bij de overeenkomst.
55. Ook het waarborgen van de sociale bescherming van werknemers en zelfstandigen die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben, kan voor de toepassing van deze uitzonderingsbepaling als een voordeel of verbetering van de algemene voorwaarden voor de productie worden beschouwd.¹⁵ Vanuit dit gezichtspunt toetst de ACM hierna aan de vier vereisten die de Mededingingswet stelt aan toepassing van deze uitzondering.

Toepassing van de uitzondering op zzp'ers

56. Vertaald naar de situatie van de zzp'ers waarvoor deze leidraad is bedoeld en die (als ondernemingen) collectief willen onderhandelen, die afspraken willen maken over minimumtarieven of voor wie een branchevereniging (bindende) adviestarieven wil voorschrijven: er moet aan vier cumulatieve voorwaarden worden voldaan:
- a) De afspraak waarborgt een objectief gerechtvaardigd niveau van 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 nog voldoende ruimte over voor concurrentie tussen de zelfstandigen.

¹⁵ 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 productievoorzwaarden, met name in een ongunstige economische conjunctuur, valt binnen de doelstellingen die met artikel [101 lid 3], kunnen worden nagestreefd”* (ov. 43).

57. 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 objectief gerechtvaardigd niveau van sociale bescherming?

58. Stel dat zelfstandigen gedwongen zijn om zulke lage tarieven aan te bieden voor hun eigen arbeid dat zij op basis van een 40-urige werkweek niet aan een minimumarbeidsinkomen kunnen komen, dan kunnen ongewenste 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.
59. Ook werknemers waarmee zij concurreren kunnen nadelen ondervinden, bijvoorbeeld wanneer zelfstandigen hun onderhandelingspositie en de bestaande 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 lijden 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 sociale bescherming en afspraken die dat niveau bewerkstelligen, vormt vanuit dat oogpunt een efficiëntieverbetering, aangezien het de voorwaarden voor de productie en arbeidsprestaties steunt en/of verbetert.
60. Het is van belang dat de betrokken zelfstandigen het bestaansniveau dat zij door middel van collectieve afspraken willen garanderen objectief kunnen onderbouwen. Dit kan bijvoorbeeld op basis van algemeen aanvaarde normen van instanties als het UWV of het NIBUD, officiële beleidsdoelen van betrokken departementen of beleidsonderzoeken van departementen, onderzoeksbureaus of officiële regeringsstandpunten. Hierbij kan ook rekening worden gehouden met de kosten die zzp'ers maken in verband met hun diensten en werkzaamheden, zodat het minimumarbeidsinkomen gewaarborgd blijft.
61. Om van deze uitzondering gebruik te kunnen maken, is het van belang dat de voordelen van de afspraak die deze ongewenste effecten ondervangt, worden onderbouwd en zo mogelijk gekwantificeerd. Deze moeten immers opwegen tegen de beperking van de mededinging die het gevolg is van de afspraak. Een onderbouwde schatting van de voordelen is ook van belang voor de toetsing aan de overige vereisten.

b) Is de afspraak noodzakelijk en gaat zij niet verder dan nodig voor het doel het objectief gerechtvaardigde niveau van sociale bescherming te waarborgen?

62. 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.

63. 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. Onderdeel van deze Code is dat opdrachtgevers hun opdrachtnemers niet uitsluitend op basis van de laagste prijs selecteren maar ook op basis van kwaliteit de “economisch meest voordelige aanbieder” kiezen. Hiermee wordt voorkomen dat opdrachtnemers alleen nog op prijs kunnen concurreren, zonder dat het hun vrijheid om zelf hun tarieven te bepalen beperkt.
64. 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?

65. Een billijk deel van de voordelen van de afspraak moet toevallen aan de directe of indirecte, huidige of toekomstige afnemers van de diensten van de betreffende zzp'ers.
66. Voordelen voor personen buiten de kring van(in)directe (huidige of toekomstige) afnemers van de diensten van de betreffende zzp'ers tellen niet mee bij het toetsen aan dit criterium.
67. De gedachte hierachter is dat degenen die nadeel ondervinden van de afspraken, omdat zij de afgesproken hogere tarieven moeten betalen, daarvoor op de een of andere manier en op enig moment moeten worden gecompenseerd. Het netto-effect moet voor hen op zijn minst neutraal zijn; ze moeten er per saldo niet op achteruit gaan. De hier bedoelde voordelen kunnen toevallen aan de directe afnemers maar ook – deels of geheel – aan afnemers lager in de bedrijfskolom. Daaronder vallen (uiteindelijk) ook de consumenten.¹⁶
68. Afnemers kunnen voordeel hebben van de afspraak, omdat tegenover het afgesproken hogere tarief een kwaliteitsverbetering staat, of omdat de continuïteit en kwaliteit en diversiteit van de dienstverlening beter worden gewaarborgd. Een tariefafpraak tussen zzp'ers kan voorkomen dat zzp'ers qua prijsstelling verwickeld raken in een race naar de bodem, met het risico dat de kwaliteit van de verrichte diensten op termijn achteruitgaat en/of het risico dat zzp'ers die

¹⁶ De reden voor deze voorwaarde is dat het niet aan de ACM is om als niet democratisch gelegitimeerd orgaan welvaart te herverdelen. De ACM kan daarom alleen bepalen dat het gerechtvaardigd is dat afnemers meer gaan betalen voor de diensten van zzp'ers die onderling afspraken hebben gemaakt, als ten minste een billijk deel van de voordelen van die afspraken aan hen zal toevallen.

kwaliteitsdiensten aanbieden worden uitgeschakeld door averechtse selectie. Als opdrachtgevers de kwaliteit van de aangeboden diensten echter wel goed kunnen beoordelen, zullen zij hun opdrachtnemers op basis van de prijs én de kwaliteit kunnen selecteren, zodat genoemde risico's niet noodzakelijk door prijsconcurrentie hoeven op te treden. Het beoordelen van kwaliteit kan onder meer mogelijk zijn op basis van keurmerken, reviews, kwaliteitseisen of -standaarden.¹⁷ Omdat het risico van kwaliteitsverlies zich lang niet overal voordoet, moeten de betrokken zelfstandigen het verband tussen hun tariefafspraken en de kwaliteitsborging aantonen. Ook dienen zij het voordeel van de kwaliteitshandhaving of –bevordering voor (in)directe afnemers aannemelijk te maken, bijvoorbeeld aan de hand van onderzoek naar marktontwikkelingen of benchmarks van het huidige en verwachte kwaliteitsniveau van de dienstverlening in de sector.

69. Een andere mogelijkheid is dat afnemers de sociale bescherming van zzp'ers die door de afspraken wordt gewaarborgd, zelf ook beschouwen als een kwaliteitsverbetering van de dienst of het product waar de betreffende zzp'ers met hun arbeid aan hebben bijgedragen en waarvoor zij bereid zijn de verwachte prijsverhoging te betalen. Ook in dit geval is 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 en zo mogelijk kwantificeren. Dit kan bijvoorbeeld met rapporten van onderzoeksbureaus of enquêtes onder afnemers. Hierbij kan ook worden gekeken naar de bereidheid van eindafnemers/consumenten om de verwachte prijsverhoging van het uiteindelijke product of de uiteindelijke dienst die zij afnemen en die met de duurdere arbeid van de betreffende zzp'ers wordt geleverd, te betalen.

d) Blijft er nog voldoende ruimte voor concurrentie?

70. Bij de voorwaarde dat afspraken niet voor een wezenlijk deel van de betrokken diensten de mededinging mogen uitschakelen, gaat het eerst om de vraag 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. De ondernemingsvrijheid van zzp'ers die als onderneming kwalificeren brengt immers met zich 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. De 'buitenstaanders' kunnen zorgen voor voldoende concurrentiedruk. Ook bestaat in veel gevallen de mogelijkheid van voldoende concurrentie op andere aspecten dan de afgesproken prijs, zoals kwaliteit, service, snelheid en beschikbaarheid van de diensten van de betrokken zzp'ers. 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.

¹⁷ De aanwezigheid hiervan (of de mogelijkheid zulke standaarden in het leven te roepen) is ook van belang voor de toetsing aan het vereiste van noodzakelijkheid (sub b).

Voorbeeld: toepassing uitzondering voor efficiëntieverbeteringen

In de bouwsector zijn de tarieven van zelfstandige timmermannen (m/v)¹⁸ door de onderlinge concurrentie volgens hen zo laag dat hun sociale bescherming onder druk staat. Een groep zelfstandige timmermannen maakt daarom gezamenlijk afspraken over hogere tarieven zodat zij zich adequaat kunnen verzekeren tegen een aantal bedrijfsrisico's, zoals werkloosheid en arbeidsongeschiktheid). Zij spreken af dat zij in het vervolg minimaal 35 euro per uur zullen vragen voor hun diensten.

De gezamenlijke afspraak over een minimumtarief van 35 euro per uur beperkt de concurrentie tussen zelfstandige timmermannen, omdat zij niet vrij zijn om een voor een lager tarief hun diensten aan te bieden. De tariefafpraak is daarom op het eerste gezicht in strijd met het kartelverbod. De zelfstandige timmermannen kunnen echter een beroep doen op de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen. Daarvoor dienen zij aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden voor de toepassing van deze uitzondering is voldaan.

Het kunnen verzekeringen tegen bedrijfsrisico's is een belangrijk onderdeel van de sociale bescherming van zzp'ers. De zelfstandige timmermannen dienen het niveau van verzekeringen dat zij willen afsluiten objectief te onderbouwen. Zij kunnen daarvoor bijvoorbeeld algemeen aanvaarde normen voor het verzekeren tegen bedrijfsrisico's voor zzp'ers in de bouwsector gebruiken. De betrokken zzp'ers moeten de verwachte voordelen zoveel mogelijk kwantificeren, bijvoorbeeld door aan te geven hoeveel zelfstandige timmermannen met het voorgenomen tarief de beoogde verzekeringen zouden kunnen afsluiten.

De zelfstandige timmermannen dienen daarnaast aannemelijk te maken dat de tariefafpraak noodzakelijk is om ervoor te zorgen dat zij de beoogde verzekeringen kunnen afsluiten en vakopleidingen kunnen volgen. Zij kunnen daartoe bijvoorbeeld onderbouwen dat zij zich de beoogde verzekeringen bij de huidige tarieven in de markt niet kunnen afsluiten en dat het tarief minimaal 35 euro per uur zou moeten zijn om dat wel te kunnen. Zij kunnen daarbij laten zien dat een collectieve afspraak daarover noodzakelijk is, omdat zelfstandige timmermannen het zich individueel niet kunnen veroorloven om (als eerste) 35 euro per uur te vragen omdat zij dan niet zullen worden ingehuurd in de huidige markt. De timmermannen zullen in dit verband ook moeten laten zien dat een minder vergaande afspraak om hun doel te bereiken, bijvoorbeeld door een kwaliteitslabel of keurmerk in te voeren op basis van vrijwilligheid, niet het gewenste gevolg heeft.

De timmermannen moeten voorts aannemelijk maken dat hun afnemers een billijk deel van de voordelen van de afspraak zullen krijgen. Zij kunnen bijvoorbeeld met een enquête onder hun afnemers laten zien dat deze de verbetering van de sociale bescherming beschouwen van de timmermannen beschouwen als een kwaliteitsverbetering van hun diensten en dat zij bereid zijn om daarvoor de verwachte meerprijs te betalen. Zij mogen daarbij zowel kijken naar voordelen voor directe afnemers, zoals de bouwbedrijven die hen inhuren, als indirecte afnemers, zoals

¹⁸ In dit voorbeeld wordt ervan uitgegaan dat de zelfstandige timmermannen ondernemingen zijn in de zin van de Mededingingswet en dat zij niet onder de bagatelvrijstelling vallen..

overheden, projectontwikkelaars of consumenten die bouwbedrijven inhuren om gebouwen te bouwen.

De zelfstandige timmermannen dienen ten slotte aannemelijk te maken dat er voldoende ruimte voor onderlinge concurrentie overblijft. In de eerste plaats kunnen zij aanvoeren dat zij afspraken maken over een minimumtarief en niet over een vast tarief, zodat degenen die daartoe in staat zijn vrij blijven om een hoger tarief dan 35 euro per uur rekenen. Zij kunnen daarnaast laten zien welk deel van de zelfstandige timmermannen meedoet aan de afspraak. Als bijvoorbeeld slechts de helft van de zelfstandige timmermannen meedoet aan de afspraak, blijft er nog voldoende concurrentie over. Zij kunnen ook laten zien of zij ook op andere aspecten dan prijs met elkaar concurreren. Als opdrachtgevers bijvoorbeeld veel waarde hechten aan snelheid en beschikbaarheid, kunnen zij daarop met elkaar blijven concurreren.

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

De ACM zal geen boetes opleggen in het geval van afspraken tussen en met zzp'ers die een minimumtarief voor zzp'ers beogen dat niet hoger dan nodig is om het bestaansminimum te waarborgen

71. In de inleiding van deze leidraad (zie randnummer 5) merkte de ACM al op dat de maatschappelijke zorgen vooral uitgaan naar “de onderkant van de arbeidsmarkt” en de schrijnende situaties die zich daar voordoen. De ACM is daarom terughoudend met optreden tegen afspraken die enkel tot doel hebben een bestaansminimum te verzekeren, en die niet verder gaan dan dat.
72. Daarom zal de ACM geen boetes opleggen in het geval van afspraken tussen en met zzp'ers die een minimumtarief voor zzp'ers beogen dat niet op een hoger niveau ligt en geen breder toepassingsbereik heeft dan vereist is om in het noodzakelijke levensonderhoud te kunnen voorzien. De ACM hanteert ten aanzien van een dergelijk minimumtarief de volgende uitgangspunten.^{19 20}
- Het bestaansminimum is gebaseerd op het niveau van de bijstandsuitkering voor een alleenstaande.
 - Het minimumtarief bewerkstelligt dat zzp'ers in hun levensonderhoud kunnen voorzien en zich mogelijk ook kunnen verzekeren of reserveringen kunnen maken voor ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico's met inkomensverlies
 - Zzp'ers die voltijds (40 uur per week, 46 weken per jaar) werken kunnen er het bestaansminimum mee verdienen, rekening houdend met het gemiddelde percentage declarabele uren (67% in 2012).
 - Het tarief geldt voor alle direct aan de opdracht gerelateerde uren, terwijl direct aan de opdracht gerelateerde kosten daar bovenop in rekening moeten worden gebracht.
 - Rekening kan worden gehouden met een opslag voor indirecte kosten van 15% .

Toezicht op afspraken tussen en met zzp'ers die in het kader van deze leidraad worden gemaakt

73. 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).

¹⁹ Het kabinet heeft op 15 juni 2020 in de kamerbrief “Voortgang uitwerking maatregelen 'werken als zelfstandige'” het voornemen tot een wettelijk minimumtarief voor zzp'ers ingetrokken, maar wil nog steeds zzp'ers beschermen tegen armoede en voorkomen dat opdrachtgevers aan de onderkant van de arbeidsmarkt alleen vanwege lagere kosten kiezen om te werken met zelfstandigen. Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2019 - 2020, 31311, 'Voortgangsbrief 'Werken als Zelfstandige', 15 juni 2020.

²⁰ Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2018 – 2019, 31311, nr 219. In deze brief werden deze uitgangspunten eveneens bij het voornemen voor een wettelijk minimumtarief gehanteerd.

74. 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 tussen zzp'ers 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 Mededingingswet²¹ 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.
75. Zzp'ers die collectieve afspraken willen maken over (minimum)tarieven 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.

²¹ Bijvoorbeeld omdat de betreffende zzp'ers ten onrechte niet als ondernemingen zijn aangemerkt of omdat de bagateluitzondering onjuist is toegepast.