



Leidraad

Tariefafspraken zzp'ers



Inhoudsopgave

Tariefafspraken zzp'ers	1
Samenvatting	3
Schematische weergave van de Leidraad	5
1 Inleiding	6
<i>Leeswijzer</i>	8
2 Wat houdt het kartelverbod in?	9
<i>Wanneer geldt het kartelverbod niet?</i>	9
<i>Bagatel-uitzondering</i>	9
<i>Uitzondering voor efficiëntieverbeteringen</i>	10
3 Zelfstandigen voor wie het kartelverbod niet geldt	14
<i>Het begrip 'onderneming' volgens het mededingingsrecht</i>	14
<i>Schijnzelfstandigen (onjuist gekwalificeerd)</i>	14
4 Collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden tussen zzp'ers en opdrachtgevers buiten het kartelverbod	18
<i>Collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's)</i>	18
<i>Andere collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden</i>	19
• Ad a: Economisch afhankelijke zelfstandigen zonder personeel	20
• Ad b: Zelfstandigen zonder personeel "zij aan zij" werkend met werknemers	20
• Ad c: Zelfstandigen zonder personeel die werken via digitale arbeidsplatformen	21
5 Hoe houdt de ACM toezicht op afspraken tussen en met zzp'ers?	23
<i>De ACM zal geen boetes opleggen wanneer sprake is van onvoldoende onderhandelingsmacht van zzp'ers tegenover hun opdrachtgevers</i>	23
<i>De ACM zal geen boetes opleggen in het geval van afspraken tussen en met zzp'ers die een minimumtarief voor zzp'ers bevatten ter waarborging van het bestaansminimum</i>	23
<i>Toezicht op afspraken tussen en met zzp'ers die in het kader van deze leidraad worden gemaakt</i>	24

Samenvatting

Deze Leidraad is bedoeld voor zzp'ers die diensten leveren door middel van hun eigen arbeid, zoals bijvoorbeeld schoonmakers, pakketbezorgers, kunstenaars en archeologen. Deze Leidraad is in het bijzonder bedoeld voor zzp'ers die een relatief laag inkomen, een onzekere bestaans- en inkomenspositie en een zwakke onderhandelingspositie hebben.

De Leidraad legt uit in welke situaties zzp'ers collectief afspraken kunnen maken over tarieven en andere (arbeids)voorwaarden zonder het kartelverbod uit de Mededingingswet te overtreden. In de Leidraad is verder beschreven in welke gevallen de ACM niet met boetes zal optreden. Deze Leidraad is met name geschikt voor partijen die (collectief) namens zzp'ers of met zzp'ers onderhandelen, zoals bijvoorbeeld vakbonden enerzijds en (verenigingen van) opdrachtgevers of werkgevers anderzijds, alsmede voor hun adviseurs. Voor zzp'ers en andere belangstellenden is er een verkorte en vereenvoudigde versie van de Leidraad beschikbaar op de website van de ACM: [Mogelijkheden voor zzp'ers om samen afspraken te maken | ACM.nl](https://www.acm.nl/nl/mogelijkheden-voor-zzp-ers-om-samen-afspraken-te-maken)

Na deze samenvatting en voorafgaand aan de inleiding volgt op bladzijde 5 een schematische weergave van de Leidraad. Vervolgens geeft de ACM in deze Leidraad uitleg bij wat het kartelverbod inhoudt en bij wanneer het kartelverbod in zijn algemeenheid niet van toepassing is. Dat is het geval bij **afspraken die onder de zogenaamde bagateluitzondering vallen en afspraken waarvoor de efficiëntie-uitzondering geldt**.

De Leidraad vervolgt met uitleg over het ondernemingsbegrip. **Zzp'ers moeten als werknemers worden aangemerkt als ze schijnzelfstandig zijn en dus een arbeidsverhouding verhoudt wordt.** Dergelijke zzp'ers zijn, net als andere werknemers, voor hun activiteiten geen ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Daarom is het kartelverbod niet van toepassing. Zzp'ers mogen voor activiteiten waarbij zij schijnzelfstandig zijn met elkaar afspraken maken over tarieven of andere (arbeids)voorwaarden. Zij mogen daarover ook collectief onderhandelen en afspraken maken met opdrachtgevers.

Ook mogen werkgevers/opdrachtgevers met werknemers en zzp'ers die schijnzelfstandigen zijn **collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's)** sluiten. Deze uitzondering op het kartelverbod is gebaseerd op Europese rechtspraak en artikel 16 van de Mededingingswet.

Naast schijnzelfstandige zzp'ers zijn er ook echt zelfstandige zzp'ers. Het kartelverbod is wel van toepassing op echt zelfstandige zzp'ers. Zij zijn namelijk ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Voor die zzp'ers zijn concurrentiebeperkende afspraken (met elkaar en collectief met opdrachtgevers) over tarieven en andere (arbeids)voorwaarden verboden. Voor de hieronder genoemde drie categorieën (echte) zzp'ers geldt echter een uitzondering op het kartelverbod.

Buiten het kartelverbod vallen – in overeenstemming met de richtsnoeren van de Europese Commissie – **de met opdrachtgevers collectief onderhandelde afspraken over tarieven en andere arbeidsvoorwaarden van zzp'ers die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers**, ongeacht of zij wel of niet als schijnzelfstandigen kunnen worden aangemerkt. Dit is het geval in één of meer van de volgende drie categorieën:

- De zzp'er is economisch afhankelijk van zijn opdrachtgever;
- De zzp'er werkt feitelijk "zij-aan-zij" met werknemers in loondienst;
- De zzp'er werkt via een digitaal arbeidsplatform.

Zzp'ers in één van deze categorieën mogen collectief onderhandelen en afspraken maken, waaronder ook cao's, met opdrachtgevers over tarieven en andere arbeidsvoorwaarden. Deze mogelijkheid geldt dus niet wanneer zzp'ers alleen onderling onderhandelen en afspraken maken, of de collectieve onderhandelingen en afspraken van zzp'ers met opdrachtgevers niet gaan over arbeidsvoorwaarden.

Toezicht van de ACM

Ook maakt de ACM in deze Leidraad kenbaar hoe zij toezicht houdt op onderhandelingen en afspraken tussen zzp'ers onderling en op collectieve onderhandelingen en afspraken met opdrachtgevers waarop één van de hiervoor genoemde, algemene en specifieke, uitzonderingen niet van toepassing zijn.

De ACM zal geen boetes opleggen als er sprake is van **onvoldoende onderhandelingsmacht van zzp'ers tegenover hun opdrachtgevers**. Dat is het geval als één of meerdere opdrachtgevers de hele sector of bedrijfstak vertegenwoordigen en als zzp'ers onderhandelen of collectieve afspraken maken met één of meerdere opdrachtgevers met een totale (gecombineerde) jaarlijkse omzet van meer dan 2 miljoen euro of bij wie minimaal 10 personen werkzaam zijn.

Evenmin legt de ACM boetes op in het geval van **afspraken** over arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder tariefafspraken, die dienen **ter waarborging van het bestaansminimum** nodig voor het noodzakelijke levensonderhoud.

De ACM verwijst tot slot naar de door de Europese Commissie in haar richtsnoeren bedoelde **wetgeving die collectieve onderhandelingen en afspraken over tarieven en andere arbeidsvoorwaarden** voor bepaalde categorieën zzp'ers **mogelijk maakt**.

Slotopmerking

Deze Leidraad vervangt de Leidraad Tariefafspraken zzp'ers van juli 2020 van de ACM. De aanleiding hiervoor is de publicatie op 29 september 2022 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel van de Europese Commissie.

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 onderhandelingen en afspraken over (arbeids)voorwaarden, zoals tarieven, tussen en met zzp'ers. De Leidraad heeft dus uitdrukkelijk geen betrekking op de juridische status van zzp'ers in andere domeinen, zoals het arbeidsrecht of fiscaal recht.

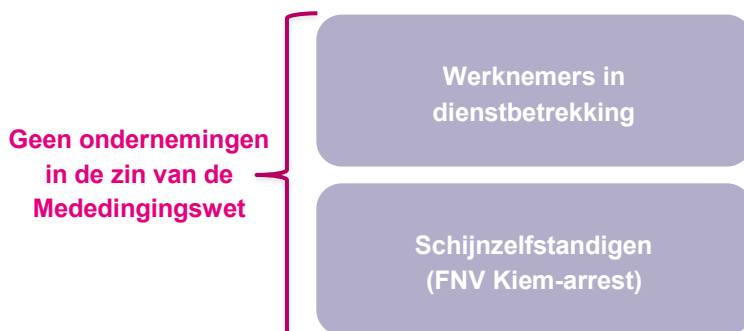
Schematische weergave van de Leidraad

Hoofdstuk 2: Kartelverbod niet van toepassing

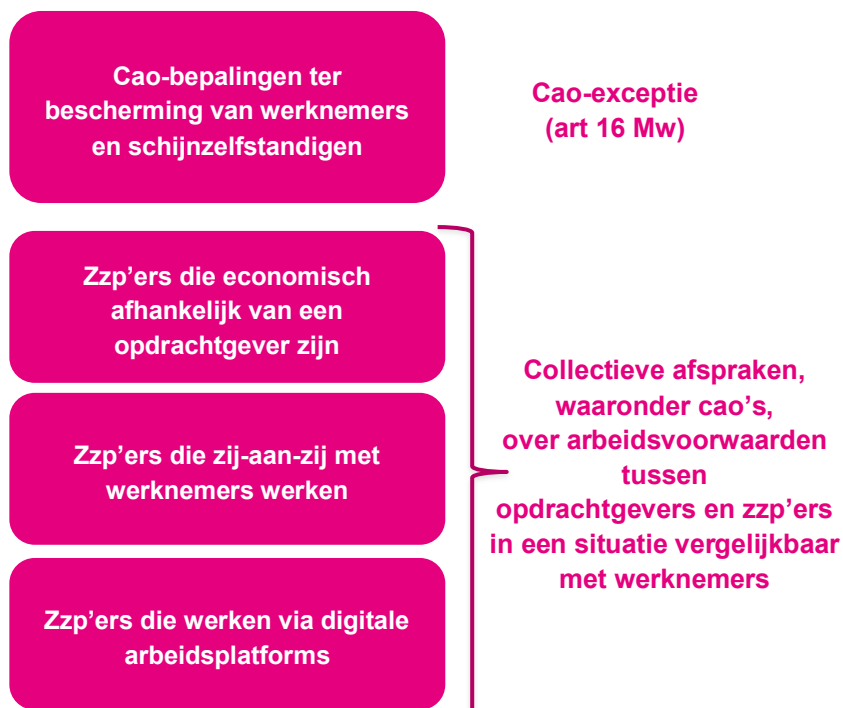
Overeenkomsten van/met
zzp'ers met weinig invloed op
de mededinging (art 7 Mw)

Overeenkomsten van/met
zzp'ers met efficiëntie-
verbeteringen (art 6 lid 3 Mw)

Hoofdstuk 3: Kartelverbod niet van toepassing



Hoofdstuk 4: Uitgezonderd van het kartelverbod



Hoofdstuk 5: ACM treedt niet op met boete

Zzp'ers die overeenkomsten sluiten met economisch sterke opdrachtgevers

Zzp'ers die minimumtarieven afspreken die het bestaansminimum waarborgen

Wetgeving die collectieve afspraken voor zzp'ers mogelijk maakt

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 en stimuleert ondernemingen 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 ondernemingen onderling mogen samenwerken, kunnen aan de hand van de *Leidraad Samenwerking tussen concurrenten*¹ zelf beoordelen welke onderlinge afspraken zijn toegestaan en welke niet. Deze Leidraad bouwt voort op die 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, waarbij in sommige situaties een werk tot stand wordt gebracht. In het vervolg hebben we het over zzp'ers of zelfstandigen.
4. Het aantal flexwerkers en het aantal zzp'ers in Nederland is in de afgelopen jaren sterk gegroeid.² Ook in andere Lidstaten van de Europese Unie is het aandeel zzp'ers in de werkzame beroepsbevolking toegenomen.³ Voorts is sprake van de opkomst van digitale arbeidsplatforms en platformwerk.⁴ Om deze redenen heeft de Europese Commissie op 29 september 2022 de *Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel* gepubliceerd.⁵
5. De flexibilisering van de arbeidsmarkt, waarvan de groei van het aantal zzp'ers 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.
6. De zorgen betreffen allereerst de kwetsbare positie van sommige groepen zzp'ers, met name 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. Van alle werkenden, is het percentage met een laag inkomen het grootst onder zzp'ers en daarbij hebben sommige beroepsklassen een groter risico op armoede dan andere.⁶
7. 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

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

² CBS, *Aantal flexwerkers in 15 jaar met drie kwart gegroeid* (2019), *Ontwikkelingen flexwerk* (2022) en *Flexwerk in Nederland en de EU* (2022) in (<https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-flexwerk>). Flexwerk is oa uitzendwerk, payrolling en oproepwerk.

³ CBS, *Is elders in de EU het aandeel zzp'ers zo hoog als in Nederland?* (<https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-zzp/is-elders-in-de-eu-het-aandeel-zzp-ers-zo-hoog-als-in-nederland->). Eurofound, *Exploring self-employment in the European Union*, Publications Office of the European Union (2017).

⁴ ING Economisch Bureau, *Platformen kunnen arbeidsmarkt drastisch veranderen* (november 2018), SER, *Hoe werkt de platformeconomie?* (oktober 2020) en Eurofound, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union (2018).

⁵ MEDEDELING VAN DE COMMISSIE, Richtsnoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel, (2022/C 374/02).

⁶ CBS, *Armoede en sociale uitsluiting 2021*, Hoofdstuk 4.

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

8. 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.⁷ Wel wilde het kabinet zzp'ers nog steeds beschermen tegen armoede en voorkomen dat opdrachtgevers hen tegen een te laag tarief inhuren en dat opdrachtgevers aan de onderkant van de arbeidsmarkt alleen vanwege lagere kosten kiezen om te werken met zelfstandigen.⁸ In de brieven over de arbeidsmarkt en over zelfstandigen d.d. 5 juli 2022 en 16 december 2022 schrijft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onder meer over een gelijk speelveld voor werknemers en zelfstandigen, verduidelijking van de beoordeling van arbeidsrelaties, het rechtsvermoeden van werknemerschap en het tegengaan van schijnzelfstandigheid.⁹
9. Vanwege de hiervoor genoemde ontwikkelingen en zorgen bestaat er behoefte aan informatie over de ruimte die de Mededingingswet biedt voor afspraken die verder kunnen bijdragen aan het verbeteren van de (arbeidsmarkt)positie van zzp'ers.¹⁰ 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 (arbeids)voorwaarden waaronder zij hun diensten aanbieden.
10. Deze Leidraad ziet enkel op zzp'ers die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben, waarbij in sommige situaties, zoals bij fotografen, tektschrijvers, stukadoors, metselaars en webdevelopers, een werk tot stand wordt gebracht. 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.
11. De ACM verleent geen ontheffingen van het kartelverbod. Dat betekent dat ondernemingen die willen samenwerken – en dus ook zzp'ers en opdrachtgevers die collectieve 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.
12. De uitleg in deze Leidraad is vooral gericht op (juristen en beleidsmedewerkers bij) opdrachtgevers die zzp'ers inhuren, werkgevers- en werknemersorganisaties (vakbonden), brancheorganisaties die de belangen van zzp'ers behartigen en adviseurs op onder andere het gebied van het collectief arbeidsrecht. Er is een verkorte versie beschikbaar op de website van de ACM, gericht op individuele zzp'ers en overige belangstellenden: [Mogelijkheden voor zzp'ers om samen afspraken te maken | ACM.nl](#)

⁷ Zie overigens het Besluit van 24 juni 2020 tot wijziging van het Besluit tarieven in strafzaken 2003, het Besluit beëdigde tolken en vertalers en het Besluit proceskosten bestuursrecht in verband met het instellen van minimumtarieven en het borgen van de kwaliteit en integriteit van beëdigde tolken en vertalers, Besluit van 24-06-2020, Stb. 2020, 220 en inwerkingtredingsbesluit van 24-06-2020, Stb. 2020, 221.

⁸ Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2019 - 2020, 31311, Voortgangsbrief 'Werken als Zelfstandige', 15 juni 2020.

⁹ Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2021 – 2022, 29544, nr 1112, 5 juli 2022 en "Voortgangsbrief werken met en als zelfstandige(n)" d.d. 16 december 2022. Zie ook de brief "Kabinetsreactie op initiatiefnota 'Herovering van de platformeconomie' d.d. 3 juni 2022 (35230, nr 4) en de brief "Kabinetsreactie rapporten ARK en ADR" d.d. 24 juni 2022, Nr. 1094, van de staatssecretaris van Financiën en van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer.

¹⁰ 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> .

13. Deze leidraad vervangt de vorige versie, de Leidraad Tariefafspraken zzp'ers van juli 2020. De wijzigingen ten opzichte van de vorige versie zijn met name ingegeven door de sindsdien verschenen Richtsnoeren van de Europese Commissie. In lijn met de doelstelling van de wetgever beoogt de ACM de Mededingingswet zoveel mogelijk conform het Europese mededingingsrecht te interpreteren en toe te passen, met oog voor de specifieke omstandigheden in Nederland.

Leeswijzer

14. Na de inleiding in **hoofdstuk 1** geeft de ACM in **hoofdstuk 2** uitleg bij wat het kartelverbod inhoudt en bij wanneer het kartelverbod niet van toepassing is.
15. De Leidraad vervolgt met de navolgende hoofdstukken.
16. Ten eerste geldt het kartelverbod alleen voor ondernemingen (en ondernemersverenigingen). In **hoofdstuk 3** van deze Leidraad gaat de ACM hierop in en legt zij uit wanneer zzp'ers als ondernemingen in de zin van de Mededingingswet zijn te beschouwen, en wanneer niet.
17. Ten tweede wordt in **hoofdstuk 4** uitgelegd welke collectieve afspraken tussen opdrachtgevers en zzp'ers, ongeacht of zij wel of niet als onderneming in de zin van de Mededingingswet zijn te beschouwen, volgens deze Leidraad verder niet onder het kartelverbod vallen. In dit hoofdstuk zal de ACM ook ingaan op een specifieke uitzondering voor collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's)
18. **Hoofdstuk 5** van deze Leidraad geeft ten slotte informatie over hoe de ACM afspraken tussen zzp'ers en afspraken met hun opdrachtgevers benadert in haar handhavingspraktijk. De ACM noemt een aantal situaties waarin zij geen boetes zal opleggen.

2 Wat houdt het kartelverbod in?

19. 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.”
20. 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*¹¹ biedt meer voorlichting over dergelijke vormen van concurrentievervalsing en over andere vormen van samenwerking tussen ondernemingen die met elkaar concurreren.
21. Het begrip “prijsafspraken” moet ruim worden gezien: “het rechtstreeks of zijdelings bepalen van aan- of verkoopprijzen”¹² kan betrekking hebben op vaste prijzen of minimumprijzen, maar 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.
22. 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.
23. 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?

24. Het kartelverbod geldt niet voor afspraken die niet mededingingsbeperkend zijn. De toepassing van het kartelverbod is voorts op verschillende manieren ingeperkt. Afspraken – zelfs ook prijsafspraken – kunnen volgens mededingingsregels bij uitzondering zijn toegestaan, ondanks hun mededingingsbeperkende karakter. Hieronder gaat de ACM in op de bagatel-uitzondering en de uitzondering voor efficiëntie-verbeteringen. Collectieve afspraken over tarieven en andere arbeidsvoorwaarden tussen zzp'ers en hun opdrachtgevers, die volgens deze Leidraad niet onder het kartelverbod vallen, komen aan de orde in hoofdstuk 4.

Bagatel-uitzondering

25. De Mededingingswet kent een uitzondering op het kartelverbod voor kleinschalige afspraken die weinig invloed kunnen hebben op de mededinging. Dit is de zogenaamde bagatelbepaling die staat in artikel 7 van de Mededingingswet. Soms wordt de (mogelijke) invloed van de betrokken

¹¹ Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten>.

¹² Ontleend aan de tekst van het Europese kartelverbod, dat voorbeelden noemt van verboden gedragingen.

ondernemingen op de mededinging bij voorbaat zo gering geacht, dat hun afspraken zijn uitgezonderd van het kartelverbod.

26. 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, als het gaat om ondernemingen die voornamelijk diensten verlenen, de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar niet hoger is dan EUR 1.100.000.
27. Het kartelverbod is ook niet van toepassing op afspraken tussen concurrenten onderling 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.
28. De ACM hanteert als uitgangspunt dat van een merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten geen sprake is bij zelfstandigen die een afspraak maken die onder een 5%-marktaandeedrempel blijft en de gezamenlijke jaaromzet van de onder de overeenkomst vallende diensten niet meer dan 40 miljoen EUR bedraagt. In dat geval geldt het kartelverbod niet en mogen zelfstandigen onderling tariefafspraken maken. Overeenkomsten die niet voldoen aan de hier uiteengezette criteria, beïnvloeden niet automatisch de handel tussen lidstaten op merkbare wijze, maar vereisen een nader onderzoek.¹⁴
29. 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 concurrenten*¹⁵ geeft meer informatie over marktafbakening.

Voorbeeld: Bagatel

Stel een zelfstandige koördinant wil afspraken maken met drie andere koördinanten 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.

Uitzondering voor efficiëntieverbeteringen

30. Artikel 6, derde lid, Mededingingswet biedt een wettelijke uitzondering op het kartelverbod voor efficiëntieverbeteringen (positieve economische voordelen) die opwegen tegen de

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

¹⁴ MEDEDELING VAN DE COMMISSIE, Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, (2004/C 101/07).

¹⁵ Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/leidraad-samenwerking-tussen-concurrenten>.

concurrentiebeperking en per saldo voordelig zijn voor directe en indirecte afnemers.

31. Deze wettelijke uitzondering op het kartelverbod in artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet 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”*.
32. Artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet stelt vier voorwaarden aan de wettelijke uitzondering op het kartelverbod voor efficiëntieverbeteringen die opwegen tegen de concurrentiebeperking. 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, moet aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden zijn voldaan:
- De afspraak waarborgt een objectief gerechtvaardigd niveau van sociale bescherming.
 - Zonder de afspraak komt deze bescherming niet tot stand en de afspraak gaat niet verder dan voor het bereiken van dit doel noodzakelijk is.
 - Een billijk deel van de voordelen van de afspraken komt ten goede aan de directe en indirecte afnemers.
 - Er blijft nog voldoende ruimte over voor concurrentie tussen de zelfstandigen.
33. Hieronder worden deze vier voorwaarden kort 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. In de praktijk kan niet heel vaak aan de vier cumulatieve voorwaarden van deze uitzondering worden voldaan. Het is dan ook aan te bevelen, eerst na te gaan of de in hoofdstukken 4 en/of 5 genoemde gevallen van toepassing zijn.

Ad a: Waarborgt de afspraak een objectief gerechtvaardigd niveau van sociale bescherming?

34. Door sociale bescherming kunnen inkomensrisico's op korte en lange termijn voorkomen en verminderd worden. 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 minimum arbeidsinkomen ter waarborging van een objectief vast te stellen niveau van sociale bescherming 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 een objectief gerechtvaardigd minimum niveau aan inkomen of andere arbeidsvoorwaarden, waaronder opleiding, veiligheid en gezondheid, verzekering en sociale zekerheid, werkt. Dat niveau is alleen als een efficiëntieverbetering is te beschouwen, wanneer het de (sociale) voorwaarden voor de productiviteit en de (sociale) condities voor de arbeidsprestaties steunt en/of verbetert.¹⁶
35. Het is van belang dat de betrokken zelfstandigen het inkomensniveau en het niveau van sociale bescherming dat zij door middel van collectieve afspraken willen garanderen, alsmede de efficiëntieverbetering die dat oplevert, 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,

¹⁶ 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” (r.o. 43).

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 minimum arbeidsinkomen gewaarborgd blijft.

36. Om van deze uitzondering gebruik te kunnen maken, is het van belang dat de voordelen van de afspraak die de 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.

Ad b: Is de afspraak noodzakelijk en gaat zij niet verder dan nodig?

37. De noodzakelijkheidseis houdt in dat de afspraken noodzakelijk zijn voor het bereiken van het doel (waarborging van een objectief gerechtvaardigd niveau van sociale bescherming). De deelnemers aan de afspraak moeten voorts aannemelijk maken dat er realistisch gezien geen andere, minder verstrekkende afspraken denkbaar zijn die hetzelfde doel kunnen bereiken. 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.

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

38. 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.
39. 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.¹⁷
40. Afnemers kunnen voordeel hebben van de afspraak, omdat tegenover het afgesproken hogere tarief staat dat de continuïteit en kwaliteit en diversiteit van de dienstverlening beter worden gewaarborgd. Een andere mogelijkheid is 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 en waarvoor zij bereid zijn de verwachte prijsverhoging te betalen. Ook in dit geval is van belang dat de betrokken zelfstandigen het voordeel en deze waardering van hun sociale bescherming door afnemers en hun bereidheid om daarvoor een hogere prijs te betalen objectief onderbouwen en zo mogelijk kwantificeren.

Ad d. Blijft er nog voldoende ruimte over voor concurrentie?

41. 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. Kunnen de 'buitenstaanders' 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

¹⁷ 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.

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.

3 Zelfstandigen voor wie het kartelverbod niet geldt

Het begrip ‘onderneming’ volgens het mededingingsrecht

42. 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. Dit is beslist geen uitputtende opsomming. De vraag of een zzp'er onder het bereik van het mededingingsrecht, en daarmee het kartelverbod, valt, hangt ervan af of hij of zij activiteiten verricht als een onderneming.¹⁸
43. Elke economische eenheid die goederen of diensten aanbiedt op een markt is een onderneming, ongeacht de entiteit of de manier waarop die entiteit wordt gefinancierd. Dit betekent dat ook natuurlijke personen voor de toepassing van het mededingingsrecht een onderneming kunnen zijn. Zzp'ers die een onderneming drijven, dragen zelf de financiële en commerciële risico's van hun activiteiten. Zij handelen voor eigen rekening. Voor zzp'ers die hun eigen arbeid aanbieden, gaat het in de kern om de vraag of zij *zelfstandig diensten aanbieden op een markt*.
44. Zzp'ers die deel uitmaken van een samenwerkingsverband dat met zijn deelnemers een economische eenheid vormt (zoals een coöperatie, VOF of maatschap), kunnen binnen dat verband iedere, door hen gewenste, afspraak maken. Het kartelverbod geldt niet voor afspraken binnen een economische eenheid. Als voorwaarde geldt dat de deelnemers binnen het samenwerkingsverband duurzaam een gezamenlijk economisch doel nastreven en dat het samenwerkingsverband (de economische eenheid) beslissende invloed moet kunnen uitoefenen op het marktgedrag van haar leden. Ook mag er geen onderlinge concurrentie meer bestaan. Zzp'ers die willen deelnemen aan zo'n samenwerkingsverband geven dus een deel van hun zelfstandigheid op. Niet de afzonderlijke leden, maar het samenwerkingsverband is dan de onderneming die op de markt met andere ondernemingen in concurrentie treedt.
45. Bepaalde activiteiten en werkzaamheden kunnen als werknemer in loondienstverband worden verricht. Voor die activiteiten is die persoon geen onderneming en is het kartelverbod niet van toepassing. Het is mogelijk dat diezelfde persoon naast die activiteiten een (eigen) onderneming drijft door goederen of diensten op een markt aan te bieden. Op die andere activiteiten is het mededingingsrecht wel van toepassing.

Schijnzelfstandigen (onjuist gekwalificeerd)

46. Zzp'ers die zelfstandig diensten aanbieden op een markt zijn in beginsel ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht. Een zzp'er die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van zijn eigen arbeid heeft, is echter niet per se altijd daadwerkelijk zelfstandig. Als die zelfstandigheid fictief is, is een zzp'er voor de betreffende werkzaamheden geen onderneming in de zin van het mededingingsrecht, maar een werknemer in de zin van artikel 153, lid 1 VWEU.¹⁹ In dat geval is sprake van een onjuiste kwalificatie en is de zzp'er een "schijnzelfstandige". Uiteindelijk is het aan de bevoegde overheids- of rechterlijke instanties om uit te maken of iemand als werknemer en niet als onderneming in de zin van het mededingingsrecht moet worden gekwalificeerd.

¹⁸ Het ondernemingsbegrip volgens het mededingingsrecht zegt 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.

¹⁹ Arrest van 13 januari 2004, zaak C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18 (Allonby), r.o. 66-71. Zie ook artikel 45, lid 1 VWEU.

47. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich in het FNV KIEM-arrest uitgemaakt op basis van welke criteria, van geval tot geval, te bepalen is of van de hiervoor bedoelde fictieve zelfstandigheid of schijnzelfstandigheid sprake is en dus een arbeidsverhouding verhuld wordt. Zo moet worden gekeken of de zzp'er zich in een situatie bevindt *die vergelijkbaar is met die van een werknemer*.²⁰ Dit kan alleen gelden voor zzp'ers die als enige bedrijfsactiviteit de levering van diensten door middel van hun eigen arbeid hebben, ongeacht de juridische vorm waarin partijen hun werkrelatie vastleggen. Het gaat om de feitelijke verhoudingen die tussen hen bestaan.
48. Het Hof van Justitie van de Europese Unie beschouwt een zzp'er als schijnzelfstandige, die niet als onderneming maar als werknemer dient te worden gekwalificeerd, als:²¹
- Hij of zij onder leiding van zijn/haar werkgever handelt en in het bijzonder wat betreft de vrijheid om zijn/haar tijdschema, de plaats en de inhoud van het werk te kiezen; en
 - Hij of zij niet deelt in de commerciële risico's van de werkgever; en
 - Tijdens de duur van de arbeidsverhouding is opgenomen in de onderneming van de werkgever.²²

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:²³

“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 (zelfstandige) orkestremplaçanten in dit voorbeeld zijn schijnzelfstandigen, die voor de toepassing van het mededingingsrecht niet kwalificeren als ondernemingen.

*Voorbeelden: onderneming of niet?*²⁴

Tekstschriftster

Een tekstschriftster 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.

²⁰ Arrest van 4 december 2014, zaak C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411, r.o. 33 – 37 en 42 (FNV Kunsten Informatie en Media tegen Staat der Nederlanden). Zie ook <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14074/Antwoord-van-EU-Hof-van-Justitie-over-minimumtarieven-voor-zzpers-in-caos>.

²¹ FNV KIEM-arrest, r.o. 31-37. Zie ook de beschikking van het Hof van Justitie in zaak C-692/19, 22 april 2020, ECLI:EU:C:2020:288 (Yodel), r.o. 27-31 (voor casusspecifieke factoren van ‘echte’ zelfstandigheid zie r.o. 32, 43 en 45).

²² Arrest van 16 september 1999, zaak C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419 (Becu), r.o. 26.

²³ Arrest van 1 september 2015 van het Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305, r.o. 2.3, 2.4 en 2.6.

²⁴ Zie ter vergelijking “Arbeidsovereenkomst – of niet?” in de beschikking d.d. 9 februari 2021 van de rechtbank Amsterdam in zaak ECLI:NL:RBAMS:2021:545 (Het Balletorkest).

Deze in opdracht werkende tekstschrijfster is voor haar activiteiten bij de Trochlodiet te beschouwen als een schijnzelfstandige, waarbij dus een arbeidsrelatie verhuld wordt, en zij dient niet als onderneming in de zin van het mededingingsrecht, maar als werknemer, te worden geclassificeerd. Het kartelverbod is daarom niet van toepassing op afspraken over deze activiteiten. Als de toepasselijke (algemeen-verbindend verklaarde) cao daarin voorziet, valt de tekstschrijfster 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.

Deze onderzoeksjournalist werkt als een 'echte' zelfstandige en is een onderneming volgens het mededingingsrecht.

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. Hij is, net als de vaste acteurs, opgenomen in de organisatie van de theatergezelschappen.

De acteur biedt als zelfstandige in concurrentie met andere acteurs diensten aan op een markt, maar verliest diens zelfstandigheid bij het verkrijgen van een opdracht. Deze acteur is geen onderneming in de zin van de mededingingsregels, maar dient eigenlijk te worden geclassificeerd als werknemer, bij de rollen waarvoor hij repeteert en die hij speelt in opdracht van theatergezelschappen.

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. 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, is die van een schijnzelfstandige, volgens het mededingingsrecht. Hij heeft een beperkte mate van vrijheid om zelf te bepalen hoe hij zijn opdracht uitvoert en moet de instructies van de bezorgdienst opvolgen. Dat hij een eigen vervoermiddel gebruikt doet daaraan niet af. De pakketbezorger dient niet als onderneming in de zin van het mededingingsrecht, maar als werknemer, te worden gekwalificeerd.

49. Als met toepassing van de eerdergenoemde criteria kan worden vastgesteld dat er sprake is van schijnzelfstandigheid en dus een arbeidsrelatie verhuld wordt, heeft dit als gevolg dat de zzp'er voor de betreffende activiteit niet als onderneming in de zin van het mededingingsrecht valt aan te merken, maar eigenlijk als een werknemer gekwalificeerd moet worden. Dit betekent dat deze zzp'ers niet onder de Mededingingswet vallen en dus ook niet onder 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 (zie daarover het volgende hoofdstuk). 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.

4 Collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden tussen zzp'ers en opdrachtgevers buiten het kartelverbod

50. Dit hoofdstuk ziet enkel op overeenkomsten die collectief zijn onderhandeld en/of gesloten tussen bepaalde categorieën zelfstandigen zonder personeel enerzijds en hun opdrachtgever(s) aan welke zij hun diensten leveren anderzijds ('collectieve afspraken'), voor zover zij door hun aard en doel de arbeidsvoorwaarden van dergelijke zzp'ers betreffen.²⁵ De arbeidsvoorwaarden omvatten zaken als beloning, werktijden en werkroosters, vakantie, verlof, de fysieke werkplek, opleiding, veiligheid en gezondheid, verzekering en sociale zekerheid, en de voorwaarden waaronder de zzp'er mag stoppen met het verlenen van diensten, bijvoorbeeld als reactie op inbreuken van de overeenkomst die betrekking hebben op de arbeidsvoorwaarden.
51. De afstemming en coördinatie tussen zzp'ers onderling en tussen opdrachtgevers onderling, voor zover nodig en proportioneel om tot collectieve onderhandelingen en afspraken te kunnen komen, vallen eveneens onder dit hoofdstuk (ook wanneer de collectieve onderhandelingen mislukken).²⁶ Tevens vallen onder dit hoofdstuk gevallen waarin zzp'ers zich willen aansluiten bij een al bestaande collectieve afspraak van zzp'ers met hun opdrachtgever(s).
52. Dit hoofdstuk ziet niet op besluiten van samenwerkingsverbanden van zzp'ers of overeenkomsten tussen zzp'ers buiten de context van (voorbereiding op) onderhandelingen met een opdrachtgever of opdrachtgevers om de arbeidsomstandigheden van zzp'ers te verbeteren. Meer in het bijzonder is dit hoofdstuk niet van toepassing op overeenkomsten die verder gaan dan de regeling van de arbeidsomstandigheden door de voorwaarden vast te leggen (met name, de prijzen) waaronder diensten door zzp'ers of de opdrachtgever(s) worden aangeboden aan consumenten. Evenmin geldt dit hoofdstuk voor overeenkomsten tussen opdrachtgevers onderling die de arbeidsvoorwaarden, waaronder de inhuur(prijzen), van dienstverleners eenzijdig bepalen.

Collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's)

53. In het hiervoor genoemde FNV KIEM-arrest en eerdere Europese rechtspraak²⁷ is overwogen dat collectieve arbeidsovereenkomsten buiten het kartelverbod vallen. Artikel 16 van de Mededingingswet bevat bovendien een wettelijke uitzondering op het kartelverbod.²⁸ 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. Dit verkleint hun marge om op prijs te concurreren. Maar om cao-partijen niet ernstig te belemmeren in het beschermen of verbeteren van arbeidsvoorwaarden en

²⁵ De collectieve onderhandelingen kunnen zijn gedaan en de collectieve afspraken kunnen zijn gemaakt via de sociale partners of andere verenigingen van zzp'ers of door rechtstreekse onderhandelingen door een groep zelfstandigen zonder personeel met hun tegenpartijen of verenigingen van die tegenpartijen. Ook kan het gaan om gevallen waarin zzp'ers wensen te vallen onder een reeds bestaande collectieve overeenkomst die is gesloten tussen de tegenpartij voor wie zij werken en een groep werknemers/zelfstandigen zonder personeel.

²⁶ Zo heeft dit hoofdstuk betrekking op de coördinatie tussen opdrachtgevers onderling om te beslissen over een vergoedingsbereik dat ze met (vertegenwoordigers van) zzp'ers kunnen bespreken tijdens collectieve onderhandelingen. Dit valt onder dit hoofdstuk voor zover dit nodig en proportioneel is voor de collectieve onderhandelingen of het sluiten van een collectieve overeenkomst. Er is dan geen sprake van een mededingingsbeperkende afspraak waarop het kartelverbod van toepassing is. Daarvan kan wel sprake zijn wanneer de opdrachtgevers de via de coördinatie uitgewisselde informatie gebruiken als uitgangspunt om eenzijdig minimumvergoedingen vast te stellen ten aanzien van (andere) zzp'ers. Dit gaat verder dan nodig en is niet proportioneel om collectieve onderhandelingen te voeren en collectieve overeenkomsten te sluiten met zzp'ers.

²⁷ Onder andere het arrest d.d. 21 september 1999 van het Hof van Justitie in de zaak C-67/96, Albany, ECLI:EU:C:1999:430.

²⁸ Dit geldt niet in geval (bepalingen uit) cao's gebruikt worden als dekmantel voor een kartel.

werkgelegenheid, worden cao's in artikel 16 Mededingingswet uitgezonderd van het kartelverbod. Dit is de cao-exceptie.

54. Cao-bepalingen vallen volgens de 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 (en schijnzelfstandigen); en
 - Ze leiden voor werknemers (en schijnzelfstandigen) rechtstreeks tot verbetering van de arbeidsvoorwaarden en/of bescherming van de werkgelegenheid.
55. Uit het FNV KIEM-arrest volgt dat in cao's bepalingen met betrekking tot tarieven van zzp'ers mogen worden opgenomen wanneer die zzp'ers schijnzelfstandigen zijn, dus een arbeidsrelatie verhuld wordt, en derhalve geen ondernemingen zijn. Schijnzelfstandigen worden immers aan werknemers gelijkgesteld (zie vorige hoofdstuk). Van geval tot geval dient aan de hand van de FNV KIEM-criteria te worden vastgesteld of sprake is van schijnzelfstandigheid en aldus de zzp'er(s) voor de betreffende activiteit(en) niet als onderneming(en) in de zin van het mededingingsrecht is/zijn aan te merken, maar eigenlijk als (een) werknemer(s) gekwalificeerd moet(en) worden .
56. De cao-exceptie geldt niet voor zzp'ers die wel ondernemingen zijn. Dit is het geval wanneer zij geen werknemers en ook geen schijnzelfstandigen 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 vertegenwoordigen die ondernemingen zijn.²⁹ Geldt de cao-exceptie niet, dan kan nog altijd sprake zijn van collectieve overeenkomsten over arbeidsvoorwaarden uit de hierna te noemen drie categorieën collectieve afspraken die buiten toepassing van het kartelverbod vallen.

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 schijnzelfstandigen.

Andere collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden

57. De Europese Commissie verduidelijkt in de *Richt snoeren betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel* dat drie categorieën overeenkomsten over arbeidsvoorwaarden die collectief zijn onderhandeld tussen zzp'ers en hun opdrachtgevers buiten het kartelverbod vallen. Het gaat om collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden van zzp'ers die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers, ongeacht of zij als werknemers, zoals in het geval van schijnzelfstandigen (zie vorige hoofdstuk), kunnen worden aangemerkt.

²⁹ FNV KIEM-arrest, r.o. 28-30.

Volgens de Europese Commissie en de ACM is daarvan sprake bij de volgende drie categorieën³⁰:

- a) Economisch afhankelijke zelfstandigen zonder personeel;
- b) Zelfstandigen zonder personeel “zij aan zij” werkend met werknemers;
- c) Zelfstandigen zonder personeel die werken via digitale arbeidsplatformen.

• **Ad a: Economisch afhankelijke zelfstandigen zonder personeel**

58. Zzp'ers die hun diensten exclusief of voornamelijk verrichten voor één opdrachtgever zijn waarschijnlijk economisch afhankelijk van die opdrachtgever. In het algemeen bepalen dergelijke zzp'ers hun marktgedrag niet onafhankelijk en zijn ze grotendeels afhankelijk van hun opdrachtgever, in wiens onderneming ze zijn opgenomen. Daarenboven krijgen ze waarschijnlijk instructies over de manier waarop ze hun werk moeten uitvoeren.
59. Een zzp'er wordt geacht economisch afhankelijk te zijn als hij of zij over een periode van één of twee jaar gemiddeld ten minste 50 % van zijn of haar totaal jaarlijks beroepsinkomen via één opdrachtgever verwerft.³¹ Daarom vallen collectieve overeenkomsten in verband met de verbetering van de arbeidsomstandigheden die zijn gesloten tussen dergelijke zzp'ers en hun opdrachtgever niet onder het kartelverbod.³²

• **Ad b: Zelfstandigen zonder personeel “zij aan zij” werkend met werknemers**

60. Zzp'ers die “zij aan zij” met werknemers voor de opdrachtgever dezelfde of vergelijkbare taken uitvoeren, bevinden zich in een situatie die vergelijkbaar is met die van werknemers. Zij verrichten diensten onder leiding van hun opdrachtgever en dragen niet de commerciële risico's voor de activiteit van de opdrachtgever of ze zijn niet onafhankelijk bij de uitvoering van de economische activiteit in kwestie.³³ In de praktijk komt het voor dat deze zzp'ers (nog) niet zijn aangemerkt als werknemers door de bevoegde overheids- of rechterlijke instanties, maar ter verbetering van hun arbeidsomstandigheden wel moeten kunnen profiteren van collectieve onderhandelingen. Zo zijn in Nederland collectieve overeenkomsten van toepassing op werknemers én zelfstandigen die actief zijn in dezelfde sector, namelijk in kunst en toneel.³⁴
61. Derhalve vallen collectieve overeenkomsten over arbeidsvoorwaarden tussen een opdrachtgever en zelfstandigen zonder personeel die samen met werknemers zij aan zij dezelfde of vergelijkbare taken uitvoeren voor dezelfde opdrachtgever, buiten het toepassingsgebied van het kartelverbod.³⁵ Ook als de zzp'ers in kwestie (nog) niet als werknemers, zoals in het geval van schijnzelfstandigheid, zijn aangemerkt. Hetzelfde geldt voor collectieve overeenkomsten over arbeidsvoorwaarden die zowel van toepassing zijn op werknemers als op zelfstandigen zonder personeel bij verschillende opdrachtgevers in dezelfde sector of branche.

³⁰ Zie deel III van de *Richtlijn betreffende de toepassing van het mededingingsrecht van de EU op collectieve overeenkomsten inzake de arbeidsvoorwaarden van zelfstandigen zonder personeel* van de Europese Commissie.

³¹ Dit geldt ook wanneer de zzp'er diensten korter dan een jaar zijn diensten voor dezelfde opdrachtgever verricht.

³² Bij deze categorie kan in het geval zzp'ers contracteren met een hoofdaannemer of tussenpersoon de organisatie of onderneming in ogenschouw worden genomen waar en/of waarvoor de werkzaamheden feitelijk worden verricht.

³³ Bij de toepassing van deze “zij aan zij”-categorie in Nederland geldt dat zzp'ers ook in dezelfde situatie kunnen verkeren als werknemers die niet bij dezelfde opdrachtgever werken, maar bij andere ondernemingen die actief zijn in dezelfde branche of sector.

³⁴ Zie bijvoorbeeld artikel 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst die in de toneel- en danssector werd gesloten tussen de Kunstenbond en de Nederlandse Associatie voor Podiumkunsten voor de periode van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2021, beschikbaar op <https://www.napk.nl/wp-content/uploads/2019/12/Cao-TD-2020-2021.pdf>.

³⁵ Bij deze categorie kan in het geval zzp'ers contracteren met een hoofdaannemer of tussenpersoon de organisatie of onderneming in ogenschouw worden genomen waar en/of waarvoor de werkzaamheden feitelijk worden verricht.

• **Ad c: Zelfstandigen zonder personeel die werken via digitale arbeidsplatformen**

62. De opkomst van de online platformeconomie en het aanbieden van werk via digitale arbeidsplatformen heeft een nieuwe realiteit gecreëerd voor bepaalde zzp'ers. Zij komen ten aanzien van de digitale platforms waarmee of waarvoor ze werken terecht in een situatie die vergelijkbaar is met die van werknemers.³⁶ Zzp'ers kunnen afhankelijk zijn van digitale platformen, voornamelijk wat betreft het bereiken van klanten, en kunnen te maken krijgen met werkaanbiedingen die "te nemen of te laten" zijn en weinig of geen ruimte laten om te onderhandelen over hun arbeidsvoorwaarden, waaronder de beloning. Digitale arbeidsplatformen kunnen gewoonlijk eenzijdig voorwaarden opleggen, zonder vooraf de zzp'ers te informeren of te raadplegen.
63. Voor de toepassing van deze Leidraad, wordt, overeenkomstig de richtsnoeren van de Europese Commissie, onder de term "digitaal arbeidsplatform" begrepen³⁷ elke natuurlijke of rechtspersoon die een commerciële dienst aanbiedt die aan alle volgende vereisten voldoet;
- Het platform verricht de dienst, ten minste gedeeltelijk, op afstand via elektronische middelen, zoals een website of een mobiele applicatie; en
 - Het platform verricht de dienst op verzoek van een ontvanger van de dienst; en
 - Dit omvat, als noodzakelijk en essentieel onderdeel, de organisatie van het werk dat door individuele personen wordt verricht, ongeacht of het werk online of op een bepaalde locatie wordt verricht.
64. Digitale arbeidsplatformen verschillen van andere onlineplatformen in dat zij werk organiseren dat door personen wordt verricht op verzoek, eenmalig of herhaald, van de afnemer van een door het platform verleende dienst. De organisatie van het werk dat door individuele personen wordt verricht, houdt ten minste in dat er in belangrijke mate sprake is van het afstemmen van de vraag naar en aanbod van de dienst die door een individueel persoon wordt aangeboden en die een contractuele relatie heeft met het platform. De organisatie van het werk kan daarnaast ook andere activiteiten inhouden, zoals het verwerken van betalingen. Platformen die het werk van de individuele personen niet organiseren, maar alleen een middel aanbieden waardoor de zzp'ers eindgebruikers kunnen bereiken – bijvoorbeeld door aanbiedingen van of verzoeken om diensten te publiceren of te adverteren of door zonder verdere betrokkenheid de beschikbaarheid van aanbieders van diensten in een bepaald gebied weer te geven – zijn geen digitale arbeidsplatformen. Een platform dat bijvoorbeeld alleen de gegevens van beschikbare loodgieters in een specifiek gebied verzamelt en publiceert en daarmee de klanten de mogelijkheid biedt op aanvraag van hun diensten gebruik te maken, is geen digitaal arbeidsplatform omdat het werk van deze dienstverleners niet organiseert. De definitie van "digitaal arbeidsplatform" wordt beperkt tot aanbieders van een dienst die voor de organisatie van het werk dat door individuele personen wordt verricht, zoals personen- of goederenvervoer of schoonmaakdiensten, noodzakelijk en essentieel is, en niet slechts een ondergeschikt en bijkomstig onderdeel is.
65. Gelet op voorgaande randnummers vallen collectieve overeenkomsten tussen zzp'ers en digitale arbeidsplatformen die door hun aard en doel een verbetering van de arbeidsomstandigheden

³⁶ De ACM constateert dat Nederlandse rechtspraak voorbeelden bevat van gevallen waarin zzp'ers die voor digitale platformen werken als werknemers worden beschouwd. Zie bijvoorbeeld het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392 (Deliveroo), het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3978 (Deliveroo), de conclusie van p-g De Bock van 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 (Deliveroo) en het vonnis van het kantongerecht Amsterdam van 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (Uber). Zie ook het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 21 september 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2741 (Helpling).

³⁷ Zie ook Voorstel voor een RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD betreffende de verbetering van de arbeidsvoorwaarden bij platformwerk COM/2021/762 final d.d. 9 december 2021. De definitie van de term "digitaal arbeidsplatform" kan de Europese Commissie heroverwegen indien de definitie in de richtlijn platformwerk daartoe aanleiding geeft.

beogen, buiten het toepassingsgebied van het kartelverbod, zelfs als de zzp'ers in kwestie (nog) niet als werknemers, ook niet bij schijnzelfstandigheid, zijn aangemerkt.

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

De ACM zal geen boetes opleggen wanneer sprake is van onvoldoende onderhandelingsmacht van zzp'ers tegenover hun opdrachtgevers

66. In sommige gevallen kunnen zzp'ers die zich niet in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers, in een zwakke onderhandelingspositie ten opzichte van hun opdrachtgevers staan en daardoor niet in staat zijn hun arbeidsvoorwaarden voldoende te beïnvloeden. Daardoor, ook al zouden hun collectieve overeenkomsten met opdrachtgevers niet worden geacht buiten het toepassingsgebied van het kartelverbod te vallen, kunnen deze zzp'ers geconfronteerd worden met problemen die vergelijkbaar zijn met zzp'ers die zich wel in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van werknemers en dus wel gebruik kunnen maken van deze Leidraad.
67. De ACM legt, in lijn met de handhavingsprioriteiten van de Europese Commissie, geen boetes op als zzp'ers collectief onderhandelen of collectieve overeenkomsten sluiten over arbeidsvoorwaarden met één of meerdere opdrachtgevers die de hele sector of bedrijfstak vertegenwoordigen en als zzp'ers collectief onderhandelen of collectieve overeenkomsten sluiten met een opdrachtgever met een totale jaarlijkse omzet van meer dan EUR 2 miljoen of bij wie minimaal 10 personen werkzaam zijn, of met meerdere opdrachtgevers die samen een van deze drempels overschrijden. In met name die gevallen wordt aangenomen dat de zzp'ers ten opzichte van hun opdrachtgever(s) over onvoldoende onderhandelingsmacht beschikken om hun arbeidsvoorwaarden te beïnvloeden. De ACM kan wel optreden met boetes indien duidelijk blijkt dat sprake is van zzp'ers die vanwege hun schaarste, expertise, kwalificaties of het essentiële belang van hun dienstverlening over meer dan voldoende onderhandelingsmacht ten opzichte van deze opdrachtgever(s) beschikken.

De ACM zal geen boetes opleggen in het geval van afspraken tussen en met zzp'ers die een minimumtarief voor zzp'ers bevatten ter waarborging van het bestaansminimum

68. In de inleiding van deze leidraad (zie randnummer 6) 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 niet tot doel hebben de mededinging te beperken, maar enkel tot doel hebben een bestaansminimum te verzekeren en die niet verder gaan dan dat. Dergelijke afspraken moeten altijd worden gezien in de context van de situatie zonder die afspraken.
69. In artikel 20 Grondwet is het recht op een toereikende levensstandaard neergelegd. Dit recht garandeert het kunnen leiden van een menswaardig bestaan. Artikel 34 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt eveneens het recht op sociale zekerheid en sociale bijstand.³⁸ In Nederland is het recht op algemene bijstand, dat wil zeggen de bijstand ter voorziening in de algemeen noodzakelijke kosten van het bestaan, geregeld in de

³⁸ Zie ook artikelen 13 en 30 van het Europees Sociaal Handvest, artikel 3, lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en artikelen 9 en 151 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Zie voorts de inter-institutionele proclamatie betreffende de Europese pijler van sociale rechten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie d.d. 17 november 2017, punten 12 en 14.

Participatiewet.³⁹ Het bestaansminimum is in Nederland gebaseerd op het niveau van de bijstandsuitkering voor een alleenstaande. Indien zonder afspraken tussen en met zzp'ers sprake zou zijn van tarieven en beloning die hen onder het (wettelijk) niveau van het bestaansminimum doen uitkomen, is sprake van een situatie die indruist tegen het beginsel een waardig leven te kunnen leiden.⁴⁰ Dat is geen situatie die de mededingingsregels beogen te beschermen.⁴¹

70. Daarom zal de ACM geen boetes opleggen in 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 (wettelijk) bestaansminimum voor het noodzakelijke levensonderhoud te kunnen voorzien. Deze afspraken beschermen opdrachtnemende zzp'ers tegen armoede, door te voorkomen dat ze tegen te lage tarieven (moeten) werken.
71. De ACM verwijst tot slot naar de door de Europese Commissie in haar richtsnoeren bedoelde wetgeving die collectieve onderhandelingen en afspraken over tarieven en andere arbeidsvoorwaarden voor bepaalde categorieën zzp'ers mogelijk maakt. Het gaat om nationale wetgeving die, uit een oogpunt van sociale doelstellingen, i) bepaalde groepen zzp'ers uitdrukkelijk het recht op collectieve onderhandelingen toekent of ii) collectieve overeenkomsten van zelfstandigen in bepaalde beroepen uitsluit van het toepassingsgebied van het nationale mededingingsrecht. Hetzelfde geldt voor EU-regelgeving die, ter versterking van de onderhandelingspositie ten opzichte van de opdrachtgevers, het recht op collectieve onderhandelingen en afspraken toekent aan (groepen) zzp'ers. Zoals bijvoorbeeld de auteursrechtenrichtlijn⁴² die auteurs en uitvoerende kunstenaars voorziet in de mogelijkheid om hun contractuele positie te versterken om in hun exploitatiecontracten een eerlijke vergoeding te waarborgen.⁴³

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

72. 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.
73. De ACM verwacht dat alle onderhandelingen en afspraken die zzp'ers en opdrachtgevers in het kader van deze Leidraad maken te goeder trouw, zorgvuldig en in alle openheid tot stand komen.

³⁹ Wet van 2 juli 2014 tot wijziging van de Wet werk en bijstand, de Wet sociale werkvoorziening, de Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten en enige andere wetten gericht op bevordering deelname aan de arbeidsmarkt voor mensen met arbeidsvermogen en harmonisatie van deze regelingen. Zie onder meer artikelen 5, 11 en 19 Participatiewet.

⁴⁰ Bij het bepalen van het minimumtarief kan, naast de honorering van de direct aan de opdracht gerelateerde uren, rekening worden gehouden met direct aan de opdracht gerelateerde kosten en met indirecte kosten. Ook kunnen verzekeringspremies of reserveringen voor ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico's met inkomensverlies van belang zijn bij het berekenen van het minimumtarief.

⁴¹ Zoals overwogen door het Gerecht en het Hof zijn de mededingingsregels er om te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers, en aldus bijdragen tot het welzijn in de Unie. Zie C-52/09, TeliaSonera, 17 februari 2011, ECLI:EU:C:2011:83, ro. 22, C-377/20, ENEL, 12 mei 2022, ECLI:EU:C:2022:379, ro. 41 en T-458/09, Slovak Telekom, 22 maart 2012, ECLI:EU:T:2012:145, ro 38.

⁴² Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, PE/51/2019/REV/1 (PB L 130 van 17.5.2019, blz. 92).

⁴³ Collectieve onderhandelingen mogen eveneens worden gebruikt in de gevallen die zijn vermeld in artikel 19, lid 5, artikel 20, lid 1, en artikel 22, lid 5, van Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG, PE/51/2019/REV/1 (PB L 130 van 17.5.2019, blz. 92).

Als blijkt dat zij desondanks niet (geheel) aan de Mededingingswet voldoen⁴⁴, maar partijen – zo nodig op verzoek van de ACM – 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.

74. 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.

Voorbeeldcasus: een cao-afspraken voor schoonmakers en de toepassing van de Leidraad

In de schoonmaakbranche is na cao-onderhandelingen tussen vakbonden en werkgevers een cao tot stand gekomen. De cao is algemeen verbindend verklaard, waardoor ook een resterend deel van de werkgevers, met name uit het midden- en kleinbedrijf, aan de cao-afspraken gebonden is. In de cao is voorzien in de verhoging van de beloning. De cao-afspraken is niet bedoeld voor het nastreven van een bepaald kwaliteitsniveau van het schoonmaakwerk. Ingevolge een code voor verantwoordelijk marktgedrag zorgen partijen al voor goede kwaliteit. De vakbonden hebben de (aangesloten) werknemers vertegenwoordigd en de (aangesloten) zelfstandigen. Voor de zelfstandigen is bepaald dat zij vermoed worden werknemers te zijn indien zij minder dan 140% van het cao-loon van de schoonmakers verdienen. De zelfstandigen doen nagenoeg hetzelfde schoonmaakwerk als de werknemers, maar met meer autonomie, op zelf gekozen tijden en ze zijn minder verbonden met de organisatie van de werkgever c.q. opdrachtgever dan de werknemers. Een deel van de zelfstandigen is de meeste tijd voor één opdrachtgever werkzaam en verdient aldaar zeker 80% van hun jaarinkomen en een ander deel werkt voor meerdere opdrachtgevers en verdient per opdrachtgever minder dan 50% van hun jaarinkomen. De eerstbedoelde groep zelfstandigen werkt samen met de werknemers op dezelfde momenten.

Werknemers zijn geen ondernemingen in de zin van de Mededingingswet, maar de werkgevers c.q. opdrachtgevers wel. Om onder de "cao-exceptie" te vallen en dus buiten het kartelverbod, moet de cao het resultaat zijn van de 'sociale dialoog' tussen werknemers en werkgevers en de bepalingen een verbetering van de arbeidsvoorwaarden teweeg brengen. Dat is hier, voor wat betreft de werknemers, het geval. (zie Hoofdstuk 4)

Het in de cao opgenomen vermoeden dat zelfstandigen met een beloning lager dan 140% van het cao-loon werknemers zijn, betekent niet zonder meer dat hier sprake is van schijnzelfstandigen. Daarvoor zouden factoren en omstandigheden bepaald moeten zijn (door de cao-partijen), die duidelijk maken dat voldaan is aan de criteria voor schijnzelfstandigheid uit het FNV Kiem-arrest van het Hof van Justitie. Voor de 'echte' zelfstandigen in dit voorbeeld geldt de cao-exceptie niet.⁴⁵ (zie Hoofdstuk 3)

De groep zelfstandigen die de meeste tijd schoonmaakwerk voor één opdrachtgever doet, zou toch een collectieve afspraak over arbeidsvoorwaarden mogen (laten) maken met opdrachtgevers. Die zelfstandigen verwerven immers gemiddeld ten minste 50 % van hun totaal jaarlijks beroepsinkomen via één opdrachtgever. Zelfs al zou dit niet het geval zijn, dan mogen deze zelfstandigen collectieve afspraken over arbeidsvoorwaarden (laten) maken, omdat deze zelfstandigen "zij aan zij" werken met werknemers, die (bijna) dezelfde werkzaamheden doen, ook al zouden zij (nog) niet als schijnzelfstandige aangemerkt zijn. (zie Hoofdstuk 4)

Voor de groep zelfstandigen die voor meerdere opdrachtgevers schoonmaakwerk doet, gaat het voorgaande niet op. Voor zover de cao-bepaling(en) over de beloning op die groep van toepassing is, valt (vallen) die onder het kartelverbod. De ACM zal evenwel niet optreden met een boete indien en voor zover de collectieve afspraken over de arbeidsvoorwaarden zijn gemaakt met diverse

⁴⁴ Bijvoorbeeld omdat de betreffende zzp'ers ten onrechte niet als ondernemingen zijn aangemerkt of omdat de bagateluitzondering onjuist is toegepast.

⁴⁵ Zie Dictum V in het Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 29 september 2021 tot algemeenverbindendverklaring van bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst voor Architectenbureaus, Staatscourant 2021, 40400.

opdrachtgevers met, individueel dan wel gezamenlijk, meer dan 2 miljoen jaaromzet en meer dan 10 werknemers. Bovendien past niet-optreden binnen de richtsnoeren van de Europese Commissie, aangezien op grond van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van cao's, de collectieve onderhandelingsresultaten voor de zelfstandige schoonmakers algemeen verbindend verklaard zijn door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.⁴⁶ (zie Hoofdstuk 5)

⁴⁶ Zie ter vergelijking de niet-algemeen verbindend verklaring van een cao-bepaling vanwege de benadeling voor niet-vertegenwoordigde zzp'ers, Besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 september 2014 tot algemeen verbindendverklaring van bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst voor het Schilders-, Afwerkings- en Glaszetbedrijf in Nederland, Staatscourant 2014, 19770.