



Leidraad

Tariefafspraken voor zzp'ers in cao's

24 februari 2017

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
www.acm.nl
070 722 20 00

Zijn tariefafspraken voor zzp'ers in een cao toegestaan?

Inleiding

De flexibilisering van de arbeidsmarkt heeft positieve gevolgen voor de economie en samenleving. Maar er zijn ook zorgen. Actuele thema's zijn de inkomensonzekerheid en het gebrek aan sociale bescherming van zelfstandigen zonder personeel, zzp'ers. Hiervoor zijn verschillende oplossingen denkbaar. Eén van de aangehaalde voorstellen is het vastleggen van minimumtarieven voor zzp'ers in een collectieve arbeidsovereenkomst (cao).

Met deze leidraad geeft de Autoriteit Consument & Markt, de ACM, duidelijkheid over de vraag of tariefafspraken voor zzp'ers in een cao op basis van de Mededingingswet zijn toegestaan. Dit document is interactief! Klik op de titels hieronder om meer te weten te komen over de verschillende onderwerpen.

Tariefafspraken voor zzp'ers in een cao vallen onder het kartelverbod

Een kartel is een verboden afspraak tussen ondernemingen, of besluit van hun vertegenwoordigers, om niet met elkaar te concurreren. Het kartelverbod is gericht op ondernemingen. Zzp'ers die zelfstandig economische activiteiten verrichten, zijn in de regel ondernemingen. Ook tariefafspraken voor zzp'ers in een cao vallen daarom onder het kartelverbod. Zulke afspraken zijn namelijk nadelig voor de concurrentie, en voor consumenten.

Cao-tariefafspraken voor werknemers zijn toegestaan

Een cao die de arbeidsvoorwaarden van werknemers regelt, is uitgezonderd van het kartelverbod. Dat is ook het geval als de werksituatie van een zzp'er vergelijkbaar is met die van een werknemer. Dan kan er sprake zijn van 'schijnzelfstandigheid'. Of de werksituatie van een zzp'er vergelijkbaar is met die van een werknemer, hangt vooral af van de daadwerkelijke verhoudingen op de werkvloer en van de vraag hoeveel gezag een opdrachtgever feitelijk over een zzp'er heeft.

Naleving van de concurrentieregels bij cao's is eigen verantwoordelijkheid

Cao-partijen zijn er zelf verantwoordelijk voor dat zij de concurrentieregels niet overtreden. De ACM geeft in deze leidraad enkele aandachtspunten en suggesties mee voor naleving van de concurrentieregels bij het maken van cao-afspraken.

Tariefafspraken voor zzp'ers in een cao vallen onder het kartelverbod

Kartelverbod

Afspraken die nadelig zijn voor de concurrentie vallen onder het *kartelverbod*. Voorbeelden zijn: afspraken tussen concurrenten over tarieven, over productiehoeveelheden en over het verdelen van de klantenkring. Het kartelverbod volgt uit artikel 6 van de Mededingingswet.

Ondernemingen en ondernemersverenigingen

Het kartelverbod geldt voor afspraken tussen *ondernemingen*, en voor besluiten van de vertegenwoordigers van ondernemingen: *ondernemersverenigingen*. Naast rechtspersonen, zoals een BV of NV, kunnen ook natuurlijke personen die zelfstandig een economische activiteit verrichten, ondernemingen zijn. Dit noemen we in de praktijk vaak 'zzp'ers'. Voorbeelden zijn: medisch specialisten, advocaten, architecten en kunstenaars. Voor zover cao-partijen zzp'ers vertegenwoordigen en tariefafspraken voor hen maken, treden zij op als ondernemersvereniging.

Tariefafspraken

Tariefafspraken tussen concurrenten zijn één van de meest ernstige overtredingen van het kartelverbod. Tariefafspraken hebben nadelige invloed op het concurrentieproces. Ze verminderen de concurrentie op tarieven en verkleinen de prikkels tot efficiëntieverbetering en innovatie.

Voor veel zzp'ers is het (uur)tarief een belangrijk instrument om zich te onderscheiden van andere zzp'ers. Een tariefafpraak voor zzp'ers in een cao verkleint hun commerciële vrijheid. Dit leidt ertoe dat opdrachtgevers, die gebonden zijn aan de afspraken in een cao, hogere kosten maken. Het doorberekenen van die hogere kosten leidt tot hogere prijzen voor consumenten.

Uitzonderingen op het kartelverbod

Er zijn twee algemene uitzonderingen op het kartelverbod. Tariefafspraken voor zzp'ers in een cao voldoen zelden aan deze algemene uitzonderingen. Zie voor een beschrijving [het kader 'Verdieping: uitzonderingen op het kartelverbod'](#).

Verdieping: uitzonderingen op het kartelverbod

Artikel 6, lid 3 van de Mededingingswet

Als afspraken voldoen aan de volgende vier voorwaarden, is er sprake van een uitzondering op het kartelverbod:

- De afspraken zorgen ervoor dat de betrokken partijen efficiënter werken, waardoor de voordelen groter zijn dan de nadelen, en
- een eerlijk deel van deze voordelen komt ten goede aan klanten, en
- deze voordelen kunnen alleen bereikt worden door de afspraken en de afspraken gaan niet verder dan nodig, en
- er blijft genoeg concurrentie over op de markt na het maken van de afspraken.

Tariefafspraken voldoen bijna nooit aan deze vier voorwaarden. Dergelijke afspraken zorgen er namelijk niet snel voor dat bedrijven efficiënter gaan werken en leveren over het algemeen ook geen voordelen op voor consumenten.

Artikel 7 van de Mededingingswet

Het kartelverbod geldt ook niet als afspraken een verwaarloosbaar effect op de markt hebben.

Dit is aan de orde als de afspraken gaan over:

- maximaal acht ondernemingen met een beperkte gezamenlijke omzet, of
- ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van maximaal 10% én de afspraken geen ongunstig effect hebben op de handel tussen EU-lidstaten.

Een bedrijfstakcao heeft per definitie een breed bereik. Tariefafspraken in een bedrijfstakcao hebben daarom waarschijnlijk ook geen verwaarloosbaar effect op de markt. Dat is anders als bijvoorbeeld enkele individuele zzp'ers onderling tariefafspraken zouden maken.

Relevante juridische informatie

- Artikel 6 en 7 van de Mededingingswet
- Artikel 101 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
- Paragraaf 1.3 van de Richtsnoeren horizontale samenwerking

Cao-tariefafspraken voor werknemers zijn toegestaan

De cao-exceptie

In cao's maken werkgevers en werknemers afspraken over arbeidsvoorwaarden, zoals loon en pensioen. Zulke afspraken zijn concurrentiebeperkend omdat ze de kosten van werkgevers harmoniseren en de ruimte voor concurrentie op arbeidsvoorwaarden verkleinen. Maar om cao-partijen niet ernstig te belemmeren in het bereiken van hun sociale doelen, staat er in artikel 16 van de Mededingingswet een uitzondering op het kartelverbod. Dit is de *cao-exceptie*.

Voorwaarden

Cao-bepalingen vallen niet onder het kartelverbod als deze voldoen aan de volgende twee *voorwaarden*:

1. Ze zijn het resultaat van een sociale dialoog tussen organisaties van werkgevers en werknemers. Dit is het 'aard-vereiste'.
2. Ze leiden voor werknemers rechtstreeks tot verbetering van de arbeidsvoorwaarden en/of bescherming van de werkgelegenheid. Dit is het 'doel-vereiste'.

Wanneer cao-partijen alleen werknemers vertegenwoordigen en enkel voor deze werknemers afspraken maken, voldoet een cao dus aan beide voorwaarden. Voor zover cao-partijen daarnaast ook zzp'ers vertegenwoordigen, treden zij op als ondernemingsvereniging en voldoen de betreffende cao-bepalingen niet aan het aard-vereiste (mogelijk ook niet aan het doel-vereiste).

Hoe zit het met de situatie waarin cao-partijen alleen werknemers vertegenwoordigen maar toch afspraken maken over zzp-tarieven? Dan wordt wel aan de eerste, maar niet aan de tweede voorwaarde voldaan. Zulke afspraken beschermen namelijk in de eerste plaats zzp'ers tegen onderlinge concurrentie. Ze dragen niet rechtstreeks bij aan het bereiken van sociale doelen voor werknemers.

Zzp'ers en werknemers

Het onderscheid tussen *zzp'ers* en *werknemers* is relevant voor de concurrentieregels. Werknemers zijn namelijk geen ondernemingen en cao-afspraken voor werknemers vallen onder de cao-exceptie. Het mededingingsrecht geeft een aantal aanknopingspunten voor het onderscheid tussen zzp'ers en werknemers. Dit komt vooral aan op de gezagsverhouding, het al dan niet dragen van risico's, en de mate van zelfstandigheid. Zie [het kader 'Verdieping: Zzp'ers en werknemers'](#).

Sommige zzp'ers, die op zichzelf ondernemingen zijn, bezitten in een bepaalde werksituatie de kenmerken van werknemers. Dit zijn zogenaamde 'schijnzelfstandigen'. In het Europese mededingingsrecht zijn zij gelijkgesteld aan werknemers. Schijnzelfstandigheid in het mededingingsrecht betekent overigens niet per se hetzelfde als in fiscale of sociale regelgeving, waar vaak dezelfde term wordt gebruikt.

De cao-exceptie is dus ook van toepassing op schijnzelfstandigen. Voor de beoordeling of de werksituatie van een zzp'er vergelijkbaar is met die van een werknemer, ligt de nadruk op de situatie nadat er een contract is afgesloten en de daadwerkelijke verhoudingen op de werkvloer bekend zijn. Daarbij is van belang hoeveel gezag een opdrachtgever op dat moment over een zzp'er heeft. Een belangrijke vraag is: welke vrijheid heeft een zzp'er om de verschillende onderdelen van het werk, zoals de werktijden, plaats en werkwijze, zelf te bepalen? Zie [het kader over de casus 'Orkestremplaçanten'](#).

Of er sprake is van een arbeidsrelatie tussen werkgevers en werknemers, dan wel tussen opdrachtgevers en zzp'ers (of schijnzelfstandigen), hangt uiteindelijk dus af van de feitelijke verhoudingen tussen die partijen. Alleen de vorm waarin partijen hun werkrelatie vastleggen of de naam die ze hieraan geven, is voor deze beoordeling niet doorslaggevend.

Verdieping: Zzp'ers en werknemers

Wat onderscheidt een zzp'er van een werknemer? Het mededingingsrecht noemt de volgende kenmerken:

1. Gezagsverhouding: een zzp'er staat niet onder gezag van zijn opdrachtgevers

Eén van de belangrijkste kenmerken van een arbeidsrelatie is de gezagsverhouding tussen een werknemer en werkgever. Zzp'ers zijn niet, of slechts beperkt, ondergeschikt aan hun opdrachtgevers. Het ontbreken van een gezagsverhouding blijkt uit de onafhankelijkheid van een zzp'er om het tijdschema, de plaats, de inhoud en de manier van uitvoeren van het werk zelf te bepalen. Voor werknemers geldt het omgekeerde. Zij staan onder gezag van hun werkgever en zijn in sterke mate verplicht instructies op te volgen.

2. Risico's: een zzp'er draagt de financiële en commerciële risico's van zijn werk

Zzp'ers 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, vaak voor rekening van de zzp'er komen. Werknemers hebben recht op loon voor de arbeid die zij verrichten, ongeacht de prestaties van hun werkgever in de markt. Hierdoor loopt een werknemer veel minder financiële en commerciële risico's. Werkgevers dragen bovendien de verantwoordelijkheid voor het werk van hun werknemers, terwijl zzp'ers de verantwoordelijkheid voor hun eigen werk dragen.

3. Zelfstandigheid: een zzp'er neemt zelfstandig deel aan het economisch verkeer

Zzp'ers zijn ook zelfstandig deelnemers aan het economisch verkeer. Zzp'ers bieden zelfstandig goederen en diensten aan op een markt, en hebben een grote mate van autonomie bij het nemen van beslissingen. Zzp'ers werken meestal voor meerdere opdrachtgevers, op projectbasis en voor een beperkte duur. Werknemers zijn daarentegen als het ware geïntegreerd in de onderneming van hun werkgever. Zij werken vaak ook bij maar één werkgever tegelijk.

Casus: Orkestremplaçanten

Op 4 december 2014 concludeerde het Hof van Justitie EU (Hof EU) dat partijen tariefafspraken voor schijnzelfstandigen in een cao mogen opnemen. Een schijnzelfstandige is volgens het Hof EU een zzp'er waarvan de werksituatie vergelijkbaar is met die van een werknemer. Om dat te beoordelen adviseert het Hof EU om in eerste instantie te kijken naar het bestaan van een gezagsrelatie. Het Hof EU legt nadruk op de volgende vragen. Bevinden de zzp'ers zich, tijdens de duur van de contractuele relatie, in een ondergeschiktheidsrelatie ten opzichte van de opdrachtgever? Of beschikken zij over meer zelfstandigheid en flexibiliteit dan werknemers, die hetzelfde werk verrichten, wat betreft het bepalen van het tijdschema, en de plaats en wijze van uitvoering van de toevertrouwde taken?

De aanleiding voor de uitspraak van het Hof EU was een civiele procedure, aangespannen door vakbond FNV KIEM tegen de ACM. Daarbij stond de destijds afgesloten cao voor orkestremplaçanten centraal. In de cao waren minimumtariefafspraken voor de remplaçanten vastgelegd. Meer informatie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14074/Antwoord-van-EU-Hof-van-Justitie-over-minimumtarieven-voor-zzpers-in-caos/>

Relevante juridische informatie

- Artikel 16 van de Mededingingswet
- Arresten van het Hof EU d.d. 21 september 1999 en Conclusie van A-G Jacobs d.d. 28 januari 1999 in zaak C-67/96, Albany, in gevoegde zaken C-115/97 t/m C-117/97, Brentjens en in zaak C-219/97, Drijvende Bokken.
- Arrest van het Hof EU d.d. 12 september 2000 en Conclusie van A-G Jacobs d.d. 23 maart 2000 in gevoegde zaken C-180-184/98, Pavlov.
- Arrest van het Hof EU d.d. 21 september 2000 en Conclusie van A-G Fennelly d.d. 11 mei 2000 in zaak C-222/98, Van der Woude.
- Arrest van het Hof EU d.d. 4 december 2014 en Conclusie van A-G Wahl d.d. 11 september 2014 in zaak C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media.

Naleving van de concurrentieregels bij cao's is eigen verantwoordelijkheid

Cao-partijen zijn zelf verantwoordelijk voor naleving van de concurrentieregels. Het is van belang dat cao-partijen nagaan of hun beoogde tariefafspraken voor zzp'ers aan de uitzondering op het kartelverbod voldoen. Zo verkleinen zij het risico op een overtreding. De ACM adviseert cao-partijen om vooronderzoek te doen vóórdat een cao wordt overeengekomen. We geven cao-partijen de volgende aandachtspunten en suggesties mee:

1. Maak onderscheid in de werksituaties van zzp'ers

De ACM raadt cao-partijen aan om een *onderscheid* aan te brengen in de werksituaties van zzp'ers. Dat kan bijvoorbeeld aan de hand van het functieniveau, type project en de vereiste deskundigheid, of de opdrachtgever die een zzp'er inhuurt. Dit zijn enkele aspecten die schijnzelfstandigheid meer of minder aannemelijk kunnen maken.

Dit onderscheid is nodig omdat niet alle zzp'ers dezelfde feitelijke werksituatie als werknemers kennen. Zie ter illustratie [het kader over de casus 'Cao Architectenbureaus 2015 – 2017'](#).

Casus: Cao Architectenbureaus 2015 – 2017

De cao Architectenbureaus 2015 – 2017 trad in werking op 1 maart 2015, met een looptijd van twee jaar. Deze cao bevatte onder andere bepalingen over minimumtarieven voor zogenaamde 'zelfstandig professionals'. De ACM heeft deze tariefbepalingen onder de loep genomen en concludeerde dat het niet aannemelijk was dat ze voldeden aan de cao-exceptie. Eén van de redenen 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 en zelfstandig professionals in de feitelijke werksituatie van werknemers.

Een belangrijk verschil met de orkestreplaçanten (zie eerdere casus) is dat de rechter zich in die zaak slechts heeft uitgelaten over muzikanten in hun specifieke rol als invaller bij een orkest. Daarmee is niets gezegd over de kwalificatie van muzikanten in andere werksituaties.

2. Verzamel feitelijke en concrete gegevens over de werksituatie van zzp'ers

De ACM raadt cao-partijen aan om *feitelijke en concrete gegevens* te verzamelen over de werksituatie van de zzp'ers die onder een cao vallen. Denk daarbij aan een onafhankelijk arbeidsmarktonderzoek onder zzp'ers (enquêtes, interviews etc.) en een uitgebreide analyse van contractovereenkomsten die in de sector veel voorkomen.

Deze gegevens zijn nodig om te kunnen vaststellen of de werksituatie van zzp'ers vergelijkbaar is met die van werknemers.

3. Wees duidelijk en transparant over welke zzp'ers onder de cao vallen

We adviseren cao-partijen om *duidelijk en transparant* te zijn over welke zzp'ers zij als schijnzelfstandigen aanmerken, bijvoorbeeld door een functiebeschrijving in de cao op te nemen. Er moet ook duidelijk naar voren komen dat de tariefbepalingen alleen gelden voor de zzp'ers die in een vergelijkbare werksituatie als werknemers zitten.

Deze duidelijkheid is nodig omdat zzp'ers, opdrachtgevers en werkgevers anders niet weten of zij aan de betreffende tariefbepalingen gebonden zijn.

4. Kijk ook naar andere aanwijzingen voor het bestaan van (schijn)zelfstandigheid

We adviseren cao-partijen om ook te kijken naar *andere aanwijzingen* dat zzp'ers schijnzelfstandig zijn. Denk bijvoorbeeld aan bewijs dat werkgevers personeel ontslaan en daarna als zzp'er weer in dienst nemen voor hetzelfde werk. Er kunnen juist ook tegengestelde aanwijzingen zijn. Op het moment dat de Belastingdienst van oordeel is dat een persoon 'buiten dienstbetrekking' werkt, dan vindt de ACM het niet waarschijnlijk dat die persoon voor het mededingingsrecht een schijnzelfstandige is.