



Whitepaper collectief onderhandelen
voor zzp'ers en het kartelverbod in de
culturele en creatieve sector

Whitepaper collectief onderhandelen voor zzp'ers en het kartelverbod in de culturele en creatieve sector

Een uitgave van de Kunstenbond
in opdracht van Platform ACCT

Deze toelichting kwam tot stand op basis van de ACM-Leidraad én bijeenkomsten waarop Martijn Snoep, ACM bestuursvoorzitter, en ACM-medewerkers toelichting gaven op de omgang door de ACM met de eigen nieuwe leidraad. Omwille van het behapbaar maken van de inhoud (eenvoud) en de doelstellingen van de Arbeidsmarktagenda (stimuleren van de sociale dialoog en het maken collectieve afspraken met als doel het versterken van de arbeidsmarkt) leggen we in dit stuk meer de nadruk op wat er wel kan dan op hetgeen er niet kan. Aangezien ook gesteund wordt op mondelinge mededelingen kan het soms zijn dat er geen schriftelijke bron is aan te wijzen voor hetgeen wij opschrijven. Ook hier geldt dat we vooral een beeld willen geven omtrent wat er wel kan.

Aan de inhoud van deze whitepaper kunnen geen rechten worden ontleend.

Inleiding

Een kartel is een onderling afgestemde feitelijke gedraging, een besluit of een overeenkomst tussen ondernemingen die als doel heeft de onderlinge concurrentie te verminderen. Dergelijke afspraken werken concurrentie tegen. Daarom geldt er op grond van het mededingingsrecht een kartelverbod. Onderlinge prijsafspraken, en dus ook minimum uurtarieven, zijn daarom verboden. Maar... het kartelverbod geldt voor 'ondernemingen'. Er kan wel collectief worden onderhandeld over (minimum)tarieven voor werknemers, voor schijnzelfstandigen en voor met deze groepen te vergelijken werkenden.

Vroeger vond de ACM dat alle zzp'ers - ingeschreven bij de KvK - ondernemingen waren. Alle brancheafspraken over uur-/dagtarieven voor zelfstandigen en alle verenigingslijsten met adviestarieven werden sindsdien verboden. Maar na de adviezen van de SER/Raad voor Cultuur¹ (waaronder Passie Gewaardeerd), de uitspraak van het Europese Hof in de rechtszaak van de Kunstenbond² (tarieven voor zzp-remplaçanten in cao) en moties in de Tweede Kamer (Van Dijk/Monasch, Ellemeet/Asscher, Van Brenk) kijkt de ACM daar nu anders tegenaan. Minimumtarieven voor zzp'ers worden sinds enige tijd in cao's algemeen verbindend verklaard.

In de nieuwe leidraad³ benoemt de ACM een aantal omstandigheden om duidelijk te maken wanneer er, wat de ACM betreft, geen sprake is van een onderneming in de zin van het mededingingsrecht of andere omstandigheden waaronder collectieve afspraken toch mogelijk zijn.

1. Zij-aan-zij

Wanneer een zzp'er feitelijk zij-aan-zij werkt met één of meer werknemers en in de dagelijkse gang van zaken niet van die werknemer te onderscheiden is, dan is de zzp'er voor die activiteiten voor het mededingingsrecht geen onderneming.

Wat is relevant bij het beoordelen of een zzp'er een zij-aan-zij werkt (schijnzelfstandige is)?

De zzp'er:

- bepaalt in de praktijk niet zelfstandig zijn marktgedrag maar dat wordt gedicteerd door zijn opdrachtgevers. Dit geldt des te sterker bij het hebben van maar één opdrachtgever;
- levert tegen beloning een prestatie, onder gezag van de opdrachtgever;
- werkt op instructie voor wat betreft tijdschema, de plaats en wijze van uitvoering van de aan hem toevertrouwde taken;
- deelt niet in het financiële en commerciële risico van de opdrachtgever, en;
- is voor de duur van de opdracht opgenomen in de onderneming, en maakt daar voor de buitenwereld onderdeel van uit.

Criteria

Het gaat om het totaalbeeld. Alle omstandigheden van het geval dienen gewogen te worden waarbij niet een omstandigheid doorslaggevend hoeft te zijn.

- De beoordeling van het totaalbeeld kan men vergelijken met de manier van werken met werknemers "in de (sub)sector" (in Nederland). Je wordt bij de beoordeling dus niet gehouden je te beperken tot het filiaal of de organisatie waar de zzp'er(s) werkt (werken). Omdat daar mogelijk geen werknemers meer werken. Het kunnen dus

¹ <https://www.ser.nl/nl/publicaties/passie-gewaardeerd>

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0413>

³ <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/leidraad-tariefafspraken-zzper.pdf>

ook zzp'ers zijn die in een vergelijkbare positie verkeren als werknemers zouden hebben gedaan indien er werknemers zouden zijn geweest.

- Het maakt niet uit of de zzp'er het werk rechtstreeks in opdracht van de opdrachtgever verricht of via een intermediair/tussenpersoon.

Ook als toepassing van deze criteria tot de slotsom leidt dat bepaalde zelfstandigen onafhankelijk zijn en dus niet met een werknemer is te vergelijken, kan er toch sprake zijn van omstandigheden die het maken van tariefafspraken of het publiceren van adviestarieven rechtvaardigen. Hierover lees je in de rest van deze whitepaper meer.

N.B.: dezelfde zzp'er kan in de ene opdrachtsituatie geen 'onderneming' zijn en in een andere wel. Alleen voor die eerste situatie zou dan een collectief afgesproken tarief kunnen gelden.

1. Voordelen zijn groter dan de nadelen

Het kartelverbod geldt niet wanneer de economische/maatschappelijke voordelen van de tariefafspraken opwegen tegen de nadelen voor de concurrentie.

Aangezien dit onderdeel rechtstreeks ingaat tegen het doel van het kartelverbod, geldt hier een zware toets. Aan alle vier volgende voorwaarden moet worden voldaan:

V
o
o
r
w
a
a
r
d
e
n

1. de afspraak zorgt voor een objectief vastgesteld niveau van sociale bescherming;
2. deze bescherming kan alleen worden bereikt door de concurrentie te beperken en deze gaat niet verder dan noodzakelijk;
3. de zzp'ers geven een eerlijk deel van de voordelen terug aan hun directe en indirecte klanten, en;
4. er blijft voldoende ruimte over voor concurrentie tussen zzp'ers.

Ad 1.

- Zzp'ers komen met een 40-urige werkweek niet op minimum (bijstands-)inkomen. Het onderwerp **bestaansminimum** wordt hierna verder behandeld. (voorkomen **race-to-the-bottom**).
- Het (bestaande markt-)tarief is voor zzp'ers onvoldoende om zich net als werknemers te verzekeren tegen sociale risico's zoals werkloosheid, ziekte of langdurige arbeidsongeschiktheid (het zelf tegen risico's kunnen verzekeren is een voordeel voor de maatschappij, die anders voor deze kosten opdraait).
 - De economische/maatschappelijke voordelen moeten worden onderbouwd/gekwantificeerd
- Het (bestaande markt-)tarief van zzp'ers ondergraaft de bestaande beloning of andere afgesproken arbeidsvoorwaarden van werknemers (in cao) (voorkomen **social dumping**).
 - De berekening van een bij het minimuminkomen horend uurtarief moet objectief onderbouwd kunnen worden. Er kan rekening worden gehouden met kosten en aantal of percentage wel/niet-declarabele uren. Zie hierover ook paragraaf 2.

Ad 2.

- Voorbeeld: collectiviteit is nodig wanneer bijvoorbeeld niemand het zich in de betreffende markt kan veroorloven om zelfstandig zijn gedrag te veranderen (“**voor jou tien anderen**”).
- Kan een code of richtlijn hetzelfde doel bereiken (bijvoorbeeld Code Verantwoordelijk Marktgedrag⁴)?
- Zou een kwaliteitsstandaard i.p.v. een prijsafpraak ook kunnen werken?

Ad 3.

- Draagt de afspraak bij aan het bevorderen, verhogen of in standhouden en niet (verder) eroderen van kwaliteit, continuïteit en/of diversiteit van aanbod?
- Ondersteunen opdrachtgever deze mening en bestaat er bereidheid hiervoor te betalen? Dit kan onderbouwd worden met een enquête onder opdrachtgevers of een rapport van een onderzoeksbureau.

Ad 4.

- Zijn er groepen zzp'ers beschreven die niet (hoeven) meedoen? Of blijven er voldoende relevante aspecten over waarop concurrentie mogelijk is (zoals bijv. kwaliteit, service en snelheid).
- Bestaat de reële mogelijkheid dat andere zzp'er hun werkzaamheden boven het afgesproken minimum beprijzen?

2. Bestaansminimum

Uitgangspunt mag zijn dat een onderneming in een normale markt nooit een dienst aanbiedt *onder* het bedrag dat het de ondernemer zelf kost. In de culturele en creatieve bestaat nogal eens de neiging om de in het werk gestoken of te steken uren niet of niet volledig mee te tellen bij het berekenen van een tarief of de prijs van een werk, opdracht of dienst.

Bij afspraken over (minimum-)tarieven of calculatieschema's ter onderbouwing van (minimum) adviestarieven mag worden uitgegaan van de (reële) kosten van een dienst:

- Alle kosten die noodzakelijkerwijs gemaakt moeten worden (om het betreffende beroep als zzp'er duurzaam -op minimumniveau- uit te kunnen oefenen), mogen worden verrekend. Dus:
 - inclusief kosten voor sociale voorzieningen (zoals verzekeringen AOV/werkloosheid/ziektekosten);
 - inclusief kosten die collectief worden omgeslagen en waaraan de zzp'er gebonden is, door een sectorale regeling (zoals een sociaal arrangement);
 - kosten van een pensioenpremie vallen hier niet onder, omdat de ACM er van uitgaat dat de AOW een pensioenvoorziening op minimumniveau is.
- Alle uren die noodzakelijkerwijs besteed moeten worden om een product of dienst van de gewenste kwaliteit te kunnen leveren, mogen (tegen niveau van een bijstandsuitkering/bij 40-urige werkweek) worden verrekend (dus ook voorbereidingstijd en andere noodzakelijk te besteden uren mogen worden meegenomen in de berekening van het tarief).
- Investeringskosten die noodzakelijkerwijs gemaakt moesten worden voor de uitoefening van het beroep, mogen in reële mate worden verrekend in het tarief.
- Er mag rekening worden gehouden met een reëel aantal niet-declarabele uren per jaar, als gevolg waarvan het benodigde tarief verdiend moet worden in het navenant kleiner aantal wel declarabele uren.

⁴ <https://www.codeverantwoordelijkmarktgedrag.nl>

De ACM gaat ervan uit dat door de (vertegenwoordigers van de) opdrachtgevers bij een afsprake ook het consumentenbelang naar de onderhandelingstafel wordt gebracht: er zal rekening mee gehouden worden dat het uiteindelijk product/de uiteindelijke dienst voor een redelijke prijs aan de consument verkocht moet kunnen worden. Dit impliceert dat een afspraak minder snel in overtreding komt.

Bij eenzijdig in de markt gezette (minimum-)tarieven is dat anders. We geven een aantal voorbeelden om een idee te krijgen bij de speelruimte.

3. Afspraken versus eenzijdige adviezen en aandachtspunten

We noemen graag enkele elementen die van invloed zijn op de ruimte om afspraken te kunnen maken of tarieven te publiceren:

EERDER MOGELIJK

MINDER SNEL MOGELIJK



- Tarieven in de vorm van een vrijblijvende richtlijn zullen sneller mogen dan (minimum-) tarieven met een meer dwingend minimum karakter.
- Het publiceren van adviestarieven/richtlijnen (of het maken van afspraken) is eerder mogelijk naarmate de tarieven bedoeld zijn voor zzp'ers in een markt waar maar een klein aantal dominante opdrachtgevers actief/beschikbaar zijn of naarmate opdrachtgevers over een sterkere onderhandelingspositie beschikken.
In andere woorden: naarmate er minder sprake is van een evenwichtige onderhandelingspositie (geen reële onderhandelingen of onderhandelingsruimte, =marktfalen).
- Specifieke afspraken/adviezen over een afgebakende homogene beroepsgroep zijn sneller mogelijk dan een (tarief-)afsprake voor 'alle zzp'ers in een sector'.
- Wanneer onzekerheid over de waarde van een dienst de uurtarieven in de markt negatief beïnvloedt, kan dit een element zijn om publicatie eerder toe te staan.
- Een advies met meerdere rekenschema's zal eerder zijn toegestaan dan één schema dat leidt tot één tarief.
 - Dat kan, zoals hieronder, een schema zijn met naast elkaar:
 1. een berekening uitgaand van bestaansminimum, naast;
 2. een schema dat het tarief voor een beroep uitrekent om op modaal te komen, en;
 3. een tabel passend bij een gemiddeld tarief in de markt voor het specifiek bedoelde beroep.
- Maar dat zouden ook calculatieschema's kunnen zijn die (evt. naast de schema's die hiervoor werden genoemd) voor een beroepsgroep uitkomen op een (minimum-/norm- en/of maximum-)tarief van een 1. junior, 2. medior en 3. senior.
- Indien van toepassing kunnen er ook schema's gemaakt worden die:
 - toerekenen naar een bedrag per opdracht/voorstelling/draaidag, en;
 - waarin uren worden meegerekend die (geobjectiveerd) noodzakelijk zijn om de gevraagde prestatie te kunnen leveren, en;
 - die ten grondslag liggen aan het tarief voor de betaalde opdracht/voorstelling/draaidag. Denk aan voorbereidingstijd, instudeertijd en andere opdracht specifieke tijd (noodzakelijk en geobjectiveerd).
- Het uitgangspunt voor een dwingend minimumtarief is het inkomen voor de zzp'er op bijstandsniveau.

Een voorbeeld om uurtarieven voor **beroep x** te presenteren:

Inkomen beroep x op bijstandsniveau (minimum)

Totaal werken in jaar	260	8	2.080
AF			
niet-declarabele uren	5	8	40
gemiddeld ziekteverzuim	6	8	48
vakantie	25	8	200
zorg gezin/mantelzorg	6	8	48
opleiding/training	4	8	32
administratie	9	8	72
productontwikkeling	23	8	184
acquisitie/pitches/voorstellen	23	8	184
overheid algemeen	6	8	48
			856
Declarabele uren (waarin het totaal inkomen verdiend moet worden)			1.224 59%
Inkomen op basis van netto minimumloon			€ 1.523,00
AF persoonlijke kosten (per jaar)			
verzekeringen/broodfonds etc			€ 2.500,00
Sparen oudedag/pensioen			€ 2.500,00
AF bedrijfskosten (per jaar)			
huurbedrijfsruimte	€	1.800,00	
kosten auto	€	600,00	
afschrijvingen	€	1.200,00	
apparatuur	€	1.000,00	
reis-/verblijfskosten	€	-	
kosten (product-)ontwikkeling	€	1.000,00	
contributies	€	300,00	
studie/opleiding	€	1.000,00	
acquisitie/promotie	€	1.500,00	
bedrijfsverzekeringen	€	400,00	
reserveringen (inc. 8% vakantie)	€	2.000,00	
overige kosten	€	750,00	
		€ 11.550,00	
		€ 16.550,00	
Berekening			
totaal benodigde inkomsten	12	€ 1.523,00	€ 16.550,00 € 34.826,00
Te delen door aantal declarabele uren ad			1.224
Uurtarief exclusief BTW (inclusief 25% belastingen)			€ 36
Uurtarief inclusief BTW (inclusief 25% belastingen)			€ 43

Inkomen in beroep x op modaal niveau

Totaal werken in jaar	260	8	2.080
AF			
niet-declarabele uren	5	8	40
gemiddeld ziekteverzuim	6	8	48
vakantie	25	8	200
zorg gezin/mantelzorg	6	8	48
opleiding/training	4	8	32
administratie	9	8	72
productontwikkeling	23	8	184
acquisitie/pitches/voorstellen	23	8	184
overheid algemeen	6	8	48
			856
Declarabele uren (waarin het totaal inkomen verdiend moet worden)			1.224 59%
Bij inkomen op basis van netto modaal inkomen			€ 2.245,00
AF persoonlijke kosten (per jaar)			
verzekeringen/broodfonds etc			€ 2.500,00
Sparen oudedag/pensioen			€ 2.500,00
AF bedrijfskosten (per jaar)			
huurbedrijfsruimte	€	1.800,00	
kosten auto	€	600,00	
afschrijvingen	€	1.200,00	
apparatuur	€	1.000,00	
reis-/verblijfskosten	€	-	
kosten (product-)ontwikkeling	€	1.000,00	
contributies	€	300,00	
studie/opleiding	€	1.000,00	
acquisitie/promotie	€	1.500,00	
bedrijfsverzekeringen	€	400,00	
reserveringen (inc. 8% vakantie)	€	2.000,00	
overige kosten	€	750,00	
		€ 11.550,00	
		€ 16.550,00	
Berekening			
totaal benodigde inkomsten	12	€ 2.245,00	€ 16.550,00 € 43.490,00
Te delen door aantal declarabele uren ad			1.224
Uurtarief exclusief BTW (inclusief 25% belastingen)			€ 44
Uurtarief inclusief BTW (inclusief 25% belastingen)			€ 54

Gemiddeld inkomen beroep (medior)

Totaal werken in jaar	260	8	2.080
AF			
niet-declarabele uren	5	8	40
gemiddeld ziekteverzuim	6	8	48
vakantie	25	8	200
zorg gezin/mantelzorg	6	8	48
opleiding/training	4	8	32
administratie	9	8	72
productontwikkeling	23	8	184
acquisitie/pitches/voorstellen	23	8	184
overheid algemeen	6	8	48
			856
Declarabele uren (waarin het totaal inkomen verdiend moet worden)			1.224 59%
Voor netto inkomen vergelijkbaar met cao-loon			€ 3.200,00
AF persoonlijke kosten (per jaar)			
verzekeringen/broodfonds etc			€ 2.500,00
Sparen oudedag/pensioen			€ 2.500,00
AF bedrijfskosten (per jaar)			
huurbedrijfsruimte	€	1.800,00	
kosten auto	€	600,00	
afschrijvingen	€	1.200,00	
apparatuur	€	1.000,00	
reis-/verblijfskosten	€	-	
kosten (product-)ontwikkeling	€	1.000,00	
contributies	€	300,00	
studie/opleiding	€	1.000,00	
acquisitie/promotie	€	1.500,00	
bedrijfsverzekeringen	€	400,00	
reserveringen (inc. 8% vakantie)	€	2.000,00	
overige kosten	€	750,00	
		€ 11.550,00	
		€ 16.550,00	
Berekening			
totaal benodigde inkomsten	12	€ 3.200,00	€ 16.550,00 € 54.950,00
Te delen door aantal declarabele uren ad			1.224
Uurtarief exclusief BTW (inclusief 33% belastingen)			€ 60
Uurtarief inclusief BTW (inclusief 33% belastingen)			€ 72

4. Wat is de ruimte van vertegenwoordigers namens zzp'ers en vertegenwoordigers namens opdrachtgevers (sociale partners) bij het overeenkomen van minimum tarieven?

- Zij kunnen afspraken maken over het onderscheid tussen zij-aan-zij-/schijnzelfstandigen, waarvoor de gemaakte (tarief-)afspraken gelden en 'echte' zzp'ers (ondernemingen) waarvoor de (tarief-)afspraken niet gelden (aanbevolen, zie hierboven voorwaarde 4 onder paragraaf 2).
- Bij het bepalen van hun afspraak over tarieven kunnen zij in hun overweging bijvoorbeeld meenemen:
 - wat zij vinden dat (minimaal) nodig is voor de uitvoering van de betreffende functie/werkzaamheden;
 - wat zijn de noodzakelijke kosten voor voorzieningen voor sociale vangnetten (AOV, ziektekosten e.d.);
 - wat de noodzakelijke kosten zijn die samenhangen met het uitvoeren van het werk;
 - aan welke voorwaarden moet worden voldaan voor een duurzame instandhouding van een beroepspraktijk op het gewenste (kwalitatieve) niveau ("Als sociale partners, die de sector het beste kennen, vinden dat beroepsgroep X om de vier jaar werken een jaar sabbatical nodig heeft om het werk vol te kunnen houden, wie zijn wij (ACM) dan om het daar niet mee eens te zijn?");
 - wat naar hun inzicht een reëel aantal te declareren uren is per jaar of bij de vaststelling van een tarief voor een draaidag/opdracht/voorstelling/lesuur etc.
- ACM zal niet zomaar overgaan tot oplegging van boetes. Er zal eerst worden aangegeven dat men een probleem ziet. Als de afspraak wordt ingetrokken en/of aangepast volgt geen boete.
- ACM staat open voor overleg en is bereid tot meedenken.
- Een afspraak met opdrachtgevers impliceert de verwachting dat deze het eindproduct goed geprijsd kan verkopen. Waardoor de ACM er in beginsel van uitgaat dat het consumentennadeel van een gemaakte tariefafspraken in balans is met het te verkrijgen voordeel.

- De ACM weet dat het extra ruimte biedt aan sociale partners om afspraken te maken over (minimum-)tarieven. De ACM snapt dat er soms collectieve acties nodig zijn om uiteindelijk tot een afspraak te kunnen komen. Die ruimte tot collectieve acties is er. Ook stakingen door zzp'ers zijn dan niet verboden.

De laatste te bespreken mogelijkheid die er is om afspraken te kunnen maken, is de bagatel-regeling.

5. Klein in omzet en marktaandeel

Het kartelverbod geldt niet voor tariefafspraken tussen een beperkt aantal zzp'ers of als de zzp'ers een klein gezamenlijk marktaandeel hebben. Er zijn 2 verschillende drempels met verschillende voorwaarden. De tariefafpraak is toegestaan als aan de voorwaarden voor een uitzondering is voldaan.

- Klein aantal zzp'ers:

- er mogen maximaal 8 zzp'ers betrokken zijn bij de afspraak, en;
- de totale omzet van de zzp'ers mag niet hoger zijn dan 1,1 miljoen euro.

- Klein marktaandeel:

- de zzp'ers die de afspraken maken hebben in Nederland een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 10%, en;
- de afspraak mag geen invloed hebben op de handel tussen landen in de Europese Unie.