Autoriteit
Consument & Markt

Openbaar Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot ongegrondverklaring van het bezwaar gericht tegen het besluit van 12 december 2017 met kenmerk ACM/UIT/382016

Ons kenmerk : ACM/UIT/498390

Zaaknummer : ACM/18/026067

Datum : 25 juli 2018

1 Samenvatting

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) heeft het handhavingsverzoek van Aldivèr Uitzendbureau B.V. bij besluit van 12 december 2017 afgewezen op grond van overwegingen van prioritering. Bij dit besluit verklaart de ACM het bezwaar van Aldivèr tegen het besluit van 12 december 2017 ongegrond en handhaaft, met aanvulling van de motivering, haar besluit van 12 december 2017.

2 Verloop van de procedure

2. Op 7 november 2016 heeft Aldivèr Uitzendbureau B.V. (hierna: Aldivèr) een handhavingsverzoek ingediend tegen gedragingen van Stichting Sectorinstituut Transport & Logistiek, Sectorinstituut Transport & Logistiek B.V. en STL Werk B.V. (hierna gezamenlijk: STL).[1]

3. Aldivèr verzocht de ACM om handhavend op te treden tegen STL wegens overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet (misbruik van een economische machtspositie).

4. De ACM heeft bij besluit van 12 december 2017, onder verwijzing naar haar prioriteringsbeleid, het handhavingsverzoek van Aldivèr afgewezen. De ACM besloot om naar aanleiding van dit handhavingsverzoek geen nader onderzoek te doen.[2] De ACM constateerde dat zij uitvoerig onderzoek zou moeten doen om vast te stellen of sprake is van een overtreding van de Mededingingswet (hierna: Mw). Zij kwam tot het oordeel dat het belang dat gepaard gaat met het doen van nader onderzoek in deze zaak minder zwaar weegt dan het belang bij onderzoek in andere zaken.

5. Bij brief van 10 januari 2018 heeft Aldivèr pro forma bezwaar ingediend tegen genoemd besluit van 12 december 2017 (hierna: het bestreden besluit). De ACM heeft Aldivèr bij brief van 16 januari 2018 in de gelegenheid gesteld haar bezwaar aan te vullen.

[1] Handhavingsverzoek, dossierstuk 1.
[2] Besluit van de ACM d.d. 12 december 2017, dossierstuk 30.

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

6. Bij brief van 21 maart 2018 heeft de ACM aan Aldivèr en STL inzage verschaft in alle op de zaak betrekking hebbende stukken.

7. Bij brief van 20 april 2018 heeft Aldivèr aanvullende gronden van bezwaar ingediend.

8. Bij brief van 31 mei 2018 heeft STL naar aanleiding van de gronden van bezwaar van Aldivèr een schriftelijke reactie op het bezwaarschrift van Aldivèr ingediend.

9. De ACM heeft Aldivèr en STL op 11 juni 2018 gehoord tijdens een hoorzitting ten kantore van de ACM. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 9 juli 2018 aan beide partijen is verzonden. Zij zijn daarbij in de gelegenheid gesteld hierover opmerkingen te maken. STL en Aldivèr hebben op respectievelijk 18 juli 2018 en 24 juli 2018 gebruik gemaakt van deze gelegenheid.

3 Betrokken partijen

3.1 Aldivèr

10. Aldivèr is een uitzendbureau dat zich onder andere bezighoudt met het werven, selecteren en detacheren van leerling-vrachtwagenchauffeurs in het kader van de Beroepsbegeleidende Leerweg (BBL). De BBL-leerlingen gaan één dag per week naar school en werken de overige vier dagen per week bij een leerbedrijf.

11. Aldivèr werkt samen met Regionale Opleidingscentra (ROC's) voor het lesgedeelte van de BBL-opleiding, met verkeersscholen voor de benodigde rijbewijzen en met regionale transportbedrijven voor het werkgedeelte van de BBL-opleiding.

3.2 SOOB

12. SOOB[3] is een stichting die is opgericht door werkgevers- en werknemersorganisaties in de sector beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (hierna: de sector). SOOB heeft op basis van de collectieve arbeidsovereenkomst Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (hierna: SOOB-cao) de opdracht om goede arbeidsverhoudingen in de betreffende sector te bevorderen en om activiteiten te financieren die daaraan kunnen bijdragen.

[3] Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Beroepsgoederenvervoer over de Weg en de Verhuur van Mobiele Kranen.

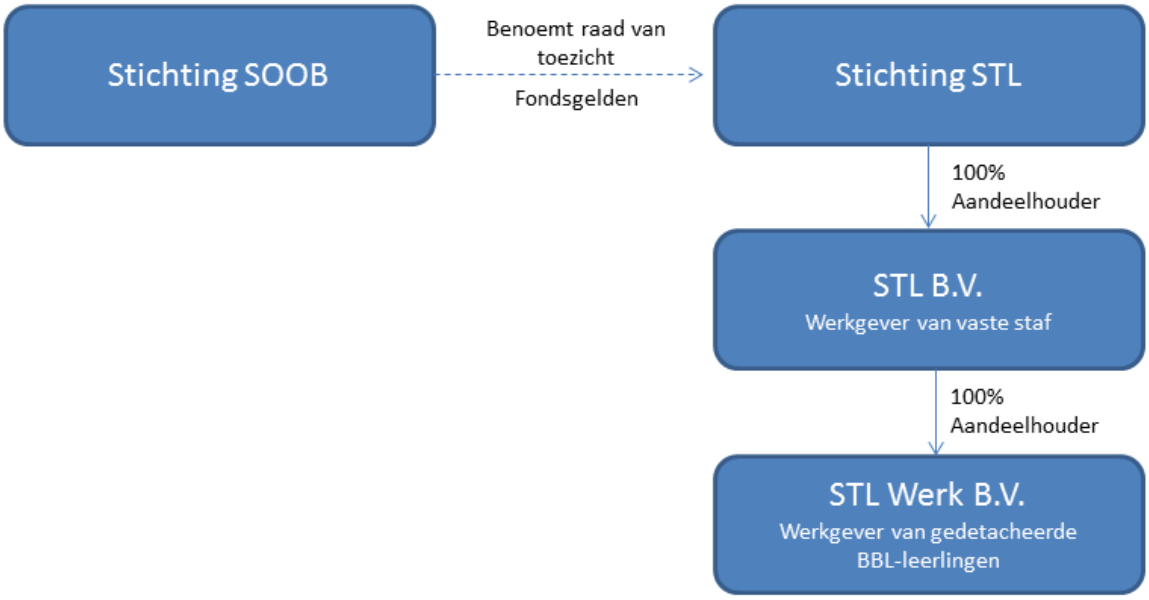
13. In de SOOB-cao is bepaald dat werkgevers die onder de werkingssfeer van de cao vallen ten behoeve van een opleidings- en ontwikkelingsfonds 0,86% van de bruto loonsom zullen afdragen. SOOB beheert het fonds waaraan deze afdrachten worden gedaan (hierna: het SOOB-fonds). De afgedragen gelden worden onder andere aangewend voor 'activiteiten op het gebied van opleiding en ontwikkeling door de Stichting Sectorinstituut Transport en Logistiek of andere stichtingen die op dit terrein werkzaam zijn', waaronder 'het bemiddelen bij het verwerven van leerarbeidsplaatsen en stageplaatsen in de beroepsbegeleidende leerweg ten behoeve van opleidingen voor vol- en deeltijd middelbaar onderwijs'.[4]

3.3 STL

14. STL bestaat uit de Stichting Sectorinstituut Transport & Logistiek, Sectorinstituut Transport en Logistiek B.V. en STL Werk B.V. De Stichting Sectorinstituut Transport & Logistiek is ontstaan uit een fusie van vier eerdere stichtingen die zijn opgericht door werkgevers- en werknemersorganisaties in de sector. De besloten vennootschappen Sectorinstituut Transport en Logistiek B.V. en STL Werk B.V. zijn opgericht door de Stichting Sectorinstituut Transport & Logistiek. STL heeft tot doel 'het functioneren als instituut op het gebied van werk, opleiding en gezondheid voor en ten behoeve van werkgevers en werknemers in de sector transport en logistiek'.[5] Voor haar activiteiten maakt STL gebruik van gelden uit het SOOB-fonds (hierna ook: SOOB-financiering). Eén van de activiteiten die STL verricht, is het opleiden en detacheren van BBL-leerlingen vrachtwagenchauffeur via haar dochteronderneming STL Werk B.V.

[4] Statuten SOOB, artikel 3A, sub d aanhef en onder 4.
[5] Statuten van Stichting Sectorinstituut Transport en Logistiek, artikel 3, lid 1, sub a.

15. STL is nauw verbonden met SOOB. De leden van de raad van toezicht van STL worden benoemd door SOOB en komen hiervoor alleen in aanmerking wanneer zij tevens deel uitmaken van het bestuur van SOOB.[6] Het bestuur van STL wordt benoemd en ontslagen door de raad van toezicht.[7]



4 Het handhavingsverzoek

16. Aldivèr heeft geklaagd dat STL door de inzet van de SOOB-financiering misbruik maakt van haar economische machtspositie.[8] Het misbruik bestaat er volgens Aldivèr uit dat STL de SOOB-financiering uitsluitend ten behoeve van haar eigen dienstverlening inzet. Hierdoor krijgen alleen BBL-leerlingen die in dienst zijn van STL Werk B.V een tegemoetkoming in de kosten van hun rijopleiding en hierdoor kunnen alleen leerwerkbedrijven die een BBL-leerling goederenvervoer via de detacheringsdienst van STL Werk B.V. inlenen, profiteren van lagere detacheringstarieven.

17. Aldivèr stelt dat STL via STL Werk B.V. vergelijkbare dienstverlening als Aldivèr aanbiedt ten behoeve van het opleiden en detacheren van BBL-leerlingen goederenvervoer. Doordat STL gebruik kan maken van de SOOB-financiering, kan zij de BBL-leerlingen die bij haar in dienst zijn een tegemoetkoming in de kosten van de rijopleiding geven. Daarnaast stelt de SOOB-financiering STL in staat een lager detacheringstarief te bieden aan leerwerkbedrijven die bij de SOOB-cao zijn aangesloten.

[6] Ibid, artikel 9, lid 3.
[7] Ibid, artikel 6 lid 2 en lid 5.
[8] Handhavingsverzoek, dossierstuk 1, pagina 42 e.v.

18. Aldivèr klaagt erover dat, als gevolg van het feit dat Aldivèr geen aanspraak kan maken op de SOOB-financiering, BBL-leerlingen die in dienst zijn bij Aldivèr een hogere prijs betalen voor hun rijopleiding en leerwerkbedrijven bij wie deze leerlingen worden gedetacheerd een hoger detacheringstarief betalen. Hierdoor is er volgens Aldivèr geen 'level playing field'.

19. Aldivèr verzoekt de ACM een onderzoek te starten en handhavend op te treden tegen STL in verband met overtreding van artikel 24 Mw.

5 Het bestreden besluit

20. In haar besluit van 12 december 2017 heeft de ACM het handhavingsverzoek van Aldivèr op grond van overwegingen van prioritering afgewezen. De ACM heeft in het bestreden besluit overwogen dat zij uitvoerig onderzoek zou moeten doen om te beoordelen of sprake is van een overtreding van de Mededingingswet, hetgeen een aanzienlijke inzet van onderzoekscapaciteit zou vergen. Vanwege de kleine omvang van de markt en de naar verwachting hooguit beperkte schade aan de consumentenwelvaart, oordeelde de ACM dat de mate van onderzoek dat zij diende te verrichten niet in verhouding stond tot de ernst en mogelijke gevolgen van een eventuele overtreding. De ACM concludeerde daarom dat het belang bij onderzoek in deze zaak minder zwaar weegt dan het belang bij onderzoek in andere zaken.

6 Bezwaargronden

Overtreding artikel 24 Mw en toepassing prioriteringscriteria

21. Aldivèr stelt dat SOOB en/of STL, door de SOOB-financiering uitsluitend aan STL toe te kennen, misbruik maken van een economische machtspositie bij het (opleiden en) detacheren van BBL-leerlingen chauffeur goederenvervoer.

22. Aldivèr stelt dat de ACM de klacht ten onrechte op basis van haar prioriteringsbeleid heeft afgewezen. Zij onderbouwt dit aan de hand van de drie prioriteringscriteria die de ACM op basis van haar prioriteringsbeleid hanteert.

Consumentenwelvaart

23. Volgens Aldivèr heeft de ACM ten onrechte in het bestreden besluit overwogen dat de consumentenwelvaart slechts in beperkte mate in het geding is. Goederenvervoer over de weg neemt volgens Aldivèr een belangrijke plaats in binnen de Nederlandse economie. Transportkosten, waaronder de kosten voor een vrachtwagenchauffeur, worden doorberekend in de verkoopprijzen van vervoerde goederen, waardoor volgens Aldivèr de indirecte invloed op de consumentenwelvaart groot is.

24. Verder bestaat de schade aan de consumentenwelvaart er volgens Aldivèr uit dat BBL-leerlingen bij Aldivèr meer moeten betalen voor hun rijopleiding en door het hogere detacheringstarief minder aantrekkelijk worden voor leerwerkbedrijven.

Maatschappelijk belang

25. Volgens Aldivèr bestaat het maatschappelijk belang eruit dat er een schaarste is aan chauffeurs en een maximale instroom van nieuwe BBL-leerlingen wordt tegengehouden doordat de SOOB-financiering uitsluitend ten goede komt aan BBL-leerlingen en leerwerkbedrijven die gebruik maken van de dienstverlening van STL. Aldivèr stelt dat de ACM nader onderzoek had moeten doen naar het maatschappelijk belang van deze zaak, te meer daar de ACM in het bestreden besluit overweegt dat 'mogelijk enig belang is gemoeid bij een verder onderzoek naar de betrokken gedragingen'.[9]

Doelmatigheid

26. Het is volgens Aldivèr niet waarschijnlijk dat nader onderzoek een aanzienlijke inzet van middelen zou vergen, omdat de ACM in het bestreden besluit zelf heeft vastgesteld dat er een verstoring is in de markt door de manier waarop de subsidie wordt verdeeld en dat door de huidige verdeling STL een voordeel heeft ten opzichte van Aldivèr. Verder wijst Aldivèr er in dit verband op dat het gaat om markten waar de ACM eerder naar heeft gekeken en dat de relevante informatie reeds volgt uit de klacht met bijlagen.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en beginselplicht tot handhaving

27. Aldivèr stelt dat de ACM bij de voorbereiding van het bestreden besluit om een aantal redenen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel van belangenafweging, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel heeft geschonden.

28. Volgens Aldivèr heeft de ACM onzorgvuldig gehandeld door geen nader onderzoek te doen, te meer daar de ACM in het bestreden besluit zelf stelt dat zij 'niet uitsluit dat er mogelijk enig belang is gemoeid bij verder onderzoek naar de betrokken gedragingen'. Aldivèr leidt verder uit rechtspraak van het CBb in de VVR zaak (hierna: 'de VVR-uitspraak)[10] af dat, indien het algemeen belang is gediend bij handhaving, de ACM in beginsel gebruik moet maken van haar handhavingsbevoegdheden.[11]

[9] Zie randnummer 19 van het bestreden besluit.
[10] CBb, 20 augustus 201, ECLI:NLCBB:2010:BN4700, r.o.7.2.1(VVR).
[11] Zie bezwaargronden Aldivèr, randnummer 2.16.

29. Verder had de ACM volgens Aldivèr in de onderhavige zaak tot handhaving over moeten gaan omdat het om 'exact dezelfde vraag met exact dezelfde oplossing' gaat als in de 'BOVAG-klacht'. Aldivèr doelt hiermee op een klacht die BOVAG in 2008 indiende bij de NMa over gedragingen van stichting VTL (één van de rechtsvoorgangers van STL) en de aan haar verbonden rijscholen.[12]

30. Volgens Aldivèr heeft de ACM in het licht van de VVR-uitspraak onvoldoende (voor)onderzoek gedaan en een onvoldoende actieve houding aangenomen bij haar vooronderzoek, gezien de inhoud en onderbouwing van de klacht.

31. Aldivèr noemt in haar bezwaargronden een aantal specifieke omstandigheden die volgens haar maken dat de ACM bij de voorbereiding van het bestreden besluit in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehandeld.

32. Zo heeft de ACM volgens Aldivèr ten onrechte verzuimd om contact op te nemen met de door Aldivèr bij haar klacht gevoegde lijst van stakeholders, die zich bereid hebben verklaard de klacht van Aldivèr te ondersteunen. Verder heeft de ACM volgens Aldivèr ten onrechte geen gevolg gegeven aan het aanbod van SOOB een vijf-partijen-overleg (SOOB, STL, SZW, Aldivèr en ACM) te houden. Ook heeft de ACM volgens Aldivèr ten onrechte geen gevolg gegeven aan het aanbod van SOOB een specifiek deelprobleem met betrekking tot het subsidiebeleid op te lossen.[13]

33. Gedurende het vooronderzoek heeft de gemachtigde van Aldivèr een anoniem signaal bij de ACM ingediend over andere gedragingen van SOOB en/of STL. De ACM had volgens Aldivèr in het bestreden besluit moeten vermelden welke rol dit anonieme signaal uit de markt heeft gespeeld bij de afweging de onderhavige zaak te prioriteren.

34. Tot slot verwijt Aldivèr de ACM dat zij ten onrechte in het bestreden besluit niet heeft meegewogen dat Aldivèr nergens anders terecht kan dan bij de ACM, gelet op de kosten van een civiele procedure.

Alsnog handhaven en vergoeding kosten

35. Aldivèr verzoekt de ACM het bestreden besluit te herroepen en alsnog nader onderzoek in te stellen naar het vermeende misbruik van economische machtspositie. Tevens verzoekt Aldivèr op basis van artikel 7:15 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) om vergoeding van de door haar gemaakte kosten.

[12] Zie: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/5348/NMa-geen-overtreding-VTL-wel-marktverstoring-opleidingen-vrachtwagenchauffeur.
[13] Hiermee doelt Aldivèr op de door haar beschreven situatie dat een BBL-leerling subsidie krijgt op de rijopleiding wanneer deze via STL wordt gedetacheerd, terwijl het leerwerkbedrijf geen SOOB-contribuant is en de situatie waar het leerwerkbedrijf wel subsidie krijgt op het detacheringstarief ingeval van detachering via STL, terwijl deze geen SOOB-contribuant is. Zie dossierstuk 24, brief van 29 juni 2017 van Aldivèr aan de ACM, randnummer 3. Tijdens de hoorzitting is duidelijk geworden dat indien STL leerlingen detacheert bij niet-SOOB-contribuanten, het leerwerkbedrijf geen subsidie krijgt op het detacheringstarief. Zie hoorzittingsverslag p.12.

7 Beoordeling bezwaar door de ACM

36. De ACM geeft, alvorens de bezwaren inhoudelijk te beoordelen, een korte beschrijving van de achtergrond.

7.1 Achtergrond

37. Op grond van de SOOB-cao zijn werkgevers en werknemers in de sector een bijdrage aan het O&O-fonds van SOOB verschuldigd. SOOB gebruikt deze bijdragen voor het financieren van activiteiten die kunnen bijdragen aan het doel waarvoor zij is opgericht, te weten: 'het bevorderen van goede arbeidsverhoudingen in de bedrijfstak die valt onder de werking van de SOOB-cao'.[14] Binnen dit kader worden de gelden uit het O&O-fonds van SOOB gebruikt voor activiteiten op het gebied van opleiding en ontwikkeling door de Stichting Sectorinstituut Transport en Logistiek. Relevant in deze zaak is dat STL de SOOB-financiering inzet ten behoeve van de opleiding van BBL-leerlingen vrachtwagenchauffeur om zo de instroom van nieuwe vrachtwagenchauffeurs te bevorderen.

38. De relevante artikelen uit de SOOB-cao luiden als volgt:

Artikel 4 lid 1: '*De werkgever is per kalenderjaar ten behoeve van de Stichting*[15] *een jaarlijkse bijdrage verschuldigd over de bruto loonsom sociale verzekeringen van het lopend jaar met dien verstande dat de heffingsgrondslag per werknemer maximaal gelijk is aan de voor dat jaar geldende tot een jaarbedrag herleide maximum premiedagloon ingevolgde de Wet financiering sociale verzekering. De werkgever is een jaarlijkse bijdrage van 0,86% van voornoemd loon verschuldigd. Bovenbedoeld premiebedrag zal herberekend worden naar een premiebedrag per maand.*'

Artikel 5 lid 1 aanhef en sub d, onder 1- 4: '*De op grond van artikel 4 ter beschikking komende gelden worden gebruikt voor de financiering, dan wel subsidiëring* van *activiteiten op het gebied van opleiding en ontwikkeling door de Stichting Sectorinstituut Transport en Logistiek of andere stichtingen die op dit terrein werkzaam zijn, bestaande uit: (1) het bevorderen en/of verzorgen van vakopleidingen van toekomstig en reeds werkzaam personeel in de bedrijfstak; (2) het bevorderen van de verhoging van vakbekwaamheid van toekomstig en reeds werkzaam personeel in de bedrijfstak (3) het bevorderen van het behalen van de benodigde rijbewijzen door leerlingen in het beroepsgoederenvervoer door het geven van kredieten; (4) het bemiddelen bij het verwerven van leerarbeidsplaatsen en stageplaatsen in de beroepsbegeleidende leerweg ten behoeve van opleidingen voor vol- en deeltijd middelbaar onderwijs.'*

[14] Artikel 3 statuten SOOB.
[15] Met de Stichting wordt blijkens artikel 2 van de SOOB-cao bedoeld de Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen (SOOB).

39. In zijn besluit van 12 september 2017 heeft de minister van SZW de SOOB-cao algemeen verbindend verklaard. Volgens het Ministerie van SZW was de toevoeging 'of andere stichtingen die op dit terrein werkzaam zijn' in artikel 5 lid 1 een voorwaarde voor algemeen verbindend verklaring van de SOOB-cao.[16]

40. De verdere invulling van de eisen, waaraan andere organisaties die naast STL in aanmerking komen voor de SOOB-financiering moeten voldoen, heeft de Minister van SZW overgelaten aan de sociale partners (vertegenwoordigd in SOOB).

41. Aldivèr heeft verzocht om ook gebruik te kunnen maken van de SOOB-financiering.[17] SOOB heeft in haar correspondentie met Aldivèr de volgende redenen genoemd dat Aldivèr niet voor de SOOB-financiering in aanmerking komt.[18] SOOB geeft aan dat het een bewuste keuze van de sociale partners is geweest om de activiteiten van SOOB op het gebied van opleiding en detachering van BBL-leerlingen te laten uitvoeren door een eigen uitvoeringsorganisatie, te weten STL. De sociale partners zouden via SOOB en STL eigen regie willen behouden over de besteding van de gelden uit het SOOB-fonds. Er is volgens SOOB bewust gekozen voor een stichting-structuur waarbij het uitgangspunt is dat de activiteiten niet met een winstoogmerk worden uitgevoerd. Verder spelen volgens SOOB en STL ook efficiëntie-overwegingen een rol.[19]

7.2 Prioritering

42. De ACM ontvangt meer verzoeken om handhaving en signalen over mogelijke overtredingen dan zij, gelet op haar onderzoekscapaciteit, in onderzoek kan nemen. Daarom moet de ACM prioriteiten stellen. Dit doet zij op basis van haar prioriteringsbeleid, met inachtneming van de rechtspraak die daarop betrekking heeft.[20] De ACM hanteert de volgende criteria op basis waarvan zij verzoeken om handhaving beoordeelt: (1) hoe schadelijk is het gedrag waarop het verzoek of het signaal ziet voor de consumentenwelvaart, (2) hoe groot is het maatschappelijk belang bij het optreden van de ACM en (3) in hoeverre is de ACM is staat doeltreffend en doelmatig op te treden.[21]

43. In het bestreden besluit heeft de ACM aan de hand van bovengenoemde prioriteringscriteria de afweging gemaakt om geen nader onderzoek in te stellen. De ACM zal de beoordeling van het handhavingsverzoek in het licht van haar prioriteringscriteria hieronder in heroverweging nemen en daarbij ingaan op de door Aldivèr aangevoerde bezwaren ten aanzien van deze beoordeling.

[16] Zie de e-mail van 11 september 2017 van het ministerie van SZW aan de ACM, dossierstuk 27.
[17] Zie de bij het handhavingsverzoek gevoegde correspondentie tussen Aldivèr en SOOB in de periode 2006 - 2016, dossierstuk 1, bijlagen 34 - 47 en 50.
[18] Zie de in noot 17 genoemde correspondentie tussen SOOB en Aldivèr. Zie ook de brief van 13 april 2017 van STL met de beantwoording door STL van de vragen van de ACM en de daarbij als bijlage gevoegde brief van SOOB van 2 juni 2016, dossierstuk 15.
[19] Zie ook hoorzittingsverslag, p. 9.
[20] Zie bijv. CBb 20 augustus 2010, ECLI:NLCBB:2010:BN4700.
[21] 'Prioritering van handhavingsverzoeken door de Autoriteit Consument en Markt', ACM/DJZ/2016/200888, Staatscourant 2016, nr. 14564, 18 maart 2016.

7.2.1 Consumentenwelvaart

44. De ACM heeft in het bestreden besluit overwogen dat er in Nederland in een gegeven jaar circa 2100 BBL-leerlingen vrachtwagenchauffeur werkzaam zijn en dat de omvang van de eventuele markt derhalve zeer klein is.[22] Volgens Aldivèr is er wel degelijk sprake van een groot economische belang. Zo is er volgens Aldivèr zowel indirecte schade aan de consumentenwelvaart als directie schade bij vervoersbedrijven en BBL-leerlingen. De hogere kosten voor een vrachtwagenchauffeur zouden via de transportkosten worden doorberekend in de verkoopprijzen van de vervoerde goederen. Daarnaast zouden BBL-leerlingen schade lijden, doordat zij bij Aldivèr meer betalen voor hun opleiding.

45. De ACM volgt Aldivèr niet in haar bezwaren. Aldivèr heeft niet onderbouwd op welke wijze de gedragingen van SOOB en/of STL de consumentenwelvaart ten nadele treffen. De ACM acht het niet waarschijnlijk dat de kosten van vervoersbedrijven vanwege de gedragingen van SOOB en/of STL hoger zijn. SOOB en STL hebben geen winstoogmerk en zijn opgericht door de werkgevers en werknemers die van hun dienstverlening gebruikmaken. De ACM acht het niet aannemelijk – en het dossier bevat hiervoor ook geen feitelijke aanknopingspunten – dat SOOB en STL de belangen van vervoersbedrijven schaden. De SOOB-financiering is bijeengebracht door werkgevers in de sector en is er juist op gericht om *in het belang van de vervoersbedrijven* de instroom van vrachtwagenchauffeurs te bevorderen, zodat de sector over voldoende vrachtwagenchauffeurs beschikt.

46. Zelfs als de ACM na onderzoek tot de conclusie zou komen dat de gedragingen van SOOB en/of STL wel leiden tot hogere kosten bij transportondernemingen, dan zou de te verwachte schade aan de consumentenwelvaart hooguit gering zijn. BBL-leerlingen vertegenwoordigen slechts een klein gedeelte van alle vrachtwagenchauffeurs die in Nederland werkzaam zijn. De kosten die gemoeid zijn met BBL-opleidingen vertegenwoordigen dan ook slechts een zeer klein gedeelte van de totale kosten van vervoersbedrijven.[23]

47. De ACM handhaaft haar oordeel dat niet aannemelijk is dat de gedragingen waarover Aldivèr klaagt, leiden tot aanzienlijke schade aan de consumentenwelvaart.

[22] Zie het bestreden besluit, randnummer 18.
[23] In het tweede kwartaal van 2017 waren 80.441 vrachtwagenchauffeurs werkzaam in de sector, blijkens de Arbeidsmarktrapportage beroepsgoederenvervoer over de weg en logistiek 2017 van Sectorinstituut Transport en Logistiek.

7.2.2 Maatschappelijk belang

48. Aldivèr stelt dat de instroom van nieuwe vrachtwagenchauffeurs wordt tegengewerkt door de huidige wijze van aanwending van de SOOB-financiering. De ACM heeft hierover in het bestreden besluit overwogen dat zij op voorhand niet kan vaststellen of en in hoeverre dit het geval is.[24] De ACM merkt in dit verband op dat, aangezien het doel van de inzet van de SOOB-financiering juist het bevorderen van de instroom van nieuwe vrachtwagenchauffeurs is, het niet in het belang van SOOB en/of STL zou zijn om deze instroom tegen te werken. Aangezien Aldivèr deze stelling ook in bezwaar niet heeft onderbouwd, ziet de ACM geen aanleiding om hierover anders te oordelen.

49. Aldivèr leidt uit het feit dat de ACM in het bestreden besluit overweegt dat zij niet uitsluit dat er 'mogelijk enig belang is gemoeid' met nader onderzoek af dat de ACM dit nader onderzoek ook zou moeten uitvoeren. De ACM volgt dit standpunt niet. Dat mogelijk enig belang is gemoeid met nader onderzoek, betekent niet dat sprake is van een maatschappelijk belang dat noopt tot handhaving.

7.2.3 Doeltreffendheid en doelmatigheid

50. In het bestreden besluit heeft de ACM vastgesteld dat zij nader onderzoek zou moeten doen om vast te stellen of sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw.

51. Aldivèr voert aan dat de ACM in de onderhavige zaak zonder veel onderzoek zou kunnen vaststellen dat STL misbruik maakt van haar economische machtspositie, aangezien de overtreding volgt uit haar klacht en de feiten. Volgens Aldivèr is het dan ook niet geloofwaardig dat nader onderzoek een aanzienlijke inzet van middelen zou vergen. Ter beoordeling van deze bezwaargrond van Aldivèr, gaat de ACM hieronder nader in op het gestelde misbruik van een economische machtspositie.

Artikel 24 Mededingingswet

52. Om een overtreding van artikel 24 Mw vast te stellen moet sprake zijn van een onderneming in de zin van de Mededingingswet die misbruik maakt van haar economische machtspositie.

Onderneming

53. Artikel 24 Mw is gericht tot ondernemingen. SOOB en/of STL vallen alleen binnen de werkingssfeer van artikel 24 Mw voor zover zij handelen als onderneming in de zin van de Mededingingswet. In de Mededingingswet is aangesloten bij het ondernemingsbegrip uit het Werkingsverdrag van de EU.[25]

[24] Zie bestreden besluit, randnummer 19.
[25] Art. 1 sub f Mw.

54. Uit Europese rechtspraak volgt dat het ondernemingsbegrip een functioneel begrip is.[26] Doorslaggevend is of een bepaalde activiteit een economische activiteit is, ongeacht de kenmerken van de partij die deze uitvoert.[27] Het is dus mogelijk dat een partij voor een deel van haar activiteiten niet als onderneming moet worden beschouwd en voor een ander deel wel.[28]

55. In deze zaak spelen twee activiteiten: het opleiden en detacheren van BBL-leerlingen vrachtwagenchauffeur enerzijds en het beheer van het SOOB-fonds (waarbij SOOB-financiering niet ten goede komt aan BBL-leerlingen en leerbedrijven die met Aldivèr samenwerken) anderzijds. Aldivèr stelt in haar klacht dat STL te beschouwen is als een onderneming in de zin van de Mededingingswet omdat zij economische activiteiten uitvoert, bestaande uit het detacheren van BBL-leerlingen door STL Werk B.V.[29] Aldivèr stelt echter niet dat STL Werk B.V. misbruik maakt van een economische machtspositie bij het detacheren van BBL-leerlingen. Aldivèr stelt dat zij hinder ondervindt van het feit dat SOOB geen financiering toekent aan BBL-opleidingen die via Aldivèr verlopen. Het is niet evident dat SOOB en/of STL wat dit betreft een onderneming in de zin van artikel 24 Mw zijn, gelet op het functionele karakter van het ondernemingsbegrip.

56. Het is zeer de vraag of het beheer van het SOOB-fonds (waarbij SOOB-financiering niet ten goede komt aan BBL-leerlingen en leerbedrijven die met Aldivèr samenwerken) te beschouwen is als een economische activiteit. Om deze vraag te kunnen beantwoorden zou de ACM nader onderzoek moeten doen, waarbij onder andere de wijze waarop het SOOB-fonds wordt gefinancierd en de doelstellingen die sociale partners met dit fonds hebben relevant zijn. Verder is bij dit nadere onderzoek van belang dat het SOOB-fonds is gebaseerd op een systeem van solidariteit, hetgeen blijkt uit het feit dat er geen relatie is tussen de afdrachten van de individuele werknemer en de eventuele ontvangsten.[30] Ook is relevant dat, vanwege de algemeen verbindend verklaring van de cao, deelname aan het systeem verplicht is.[31] Deze kenmerken van verplichte solidariteit hebben in de Europese rechtspraak eerder geleid tot het oordeel dat geen sprake is van een economische activiteit.[32]

Misbruik van een economische machtspositie

57. Mocht nader onderzoek uitwijzen dat het beheer van het SOOB-fonds wel kan worden beschouwd als een economische activiteit, dan zou de ACM ten behoeve van haar beoordeling moeten vaststellen of sprake is van een economische machtspositie van SOOB en/of STL.

[26] Onder meer HvJEU 23 april 1991, zaak C-41/90 Höfner en Elsner, ECLI:EU:C:1991:161, r.o. 21 en HvJEU, 22 januari 2002, zaak C-218/00, Cisal, ECLI:EU:C:2002:36, r.o. 22.
[27] HvJEU Höfner en Elsner, zie voetnoot 23 hierboven, r.o. 21.
[28] HvJEU 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, AOK Bundesverband, ECLI:EU:C:2004:150, r.o. 58 en 59.
[29] Zie klacht Aldivèr, randnummer 137 (dossierstuk 1).
[30] Vgl. HvJEU 17 februari 1993, zaak C-159/91, Poucet en Pistre v AGF en Cancava, ECLI:EU:C:1993:63, r.o. 10.
[31] Vgl. HvJEU AOK Bundesverband r.o. 50, zie voetnoot 26.
[32] Zie HvJEU AOK Bundesverband, zie voetnoot 25 hierboven; HvJEU Poucet en Pistre, zie voetnoot 28 hierboven; en HvJEU 22 januari 2002, Cisal, ECLI:EU:C:2002:36.

58. Eveneens zou moeten worden vastgesteld dat de wijze waarop het SOOB-fonds wordt beheerd gekwalificeerd kan worden als misbruik van een economische machtspositie. De beantwoording van deze vraag vergt eveneens nader onderzoek. Het doel van handhaving van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU is om te voorkomen dat ondernemingen met een machtspositie concurrenten uitsluiten, met als gevolg dat consumenten worden geschaad door hogere prijzen of een verslechtering van de kwaliteit.

59. SOOB en/of STL hebben er geen belang bij om schade toe te brengen aan hun afnemers. SOOB en STL zijn immers opgericht door werkgevers- en werknemersorganisaties, de vertegenwoordigers van de partijen die hun diensten ook afnemen. SOOB en/of STL hebben tot doel om zonder winstoogmerk de werkgelegenheid, arbeidsomstandigheden en instroom van nieuwe werknemers in de sector beroepsgoederenvervoer te bevorderen. Hierbij is van belang dat dit systeem zijn oorsprong vindt in een collectieve arbeidsovereenkomst. De partijen die ervoor hebben gekozen om ten behoeve van deze doelen de financiering van BBL-trajecten enkel via STL te laten verlopen zijn dezelfde partijen die schade zouden ondervinden indien SOOB en/of STL de dienstverlening zouden doen verslechteren.

60. De ACM acht het, gelet op het voorgaande, op voorhand niet waarschijnlijk dat - mocht er al sprake zijn van een economische activiteit en een economische machtspositie - nader onderzoek zal leiden tot de vaststelling dat de gedragingen waarover Aldivèr klaagt kunnen kwalificeren als misbruik.

61. Uit het bovenstaande volgt dat de stellingen van Aldivèr dat de ACM in de onderhavige zaak relatief eenvoudig een overtreding van artikel 24 Mw kan vaststellen dienen te worden verworpen. De ACM gaat evenmin mee in de stelling van Aldivèr dat uit een tweetal overwegingen van de ACM in het bestreden besluit moet worden afgeleid dat de ACM zelf ook van oordeel was dat er sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw.[33] Met de bedoelde overwegingen heeft de ACM slechts de feitelijke situatie beschreven. Hieruit kan niet worden afgeleid dat de ACM een overtreding van artikel 24 Mw vaststelde.

62. De ACM is van oordeel dat zij in het bestreden besluit terecht heeft overwogen dat nader onderzoek een aanzienlijke inzet van middelen zou vergen. Na heroverweging voegt de ACM daaraan toe dat zij het niet waarschijnlijk acht dat nader onderzoek zal leiden tot de vaststelling van een overtreding van artikel 24 Mw.

[33] Bezwaargronden, randnummer 2.18, bestreden besluit randnummer 20: '*De ACM ziet dat de manier waarop de SOOB-financiering wordt verdeeld, leidt tot enige verstoring in de markt. Door de huidige verdeling heeft STL een voordeel ten opzicht van Aldivèr'.*

7.2.4 Conclusie prioritering

63. Concluderend is het de ACM niet gebleken dat de gedragingen van SOOB en/of STL schade toebrengen aan de consumentenwelvaart, maar zelfs als dit het geval zou zijn, dan zou deze schade zeer klein zijn. De ACM ziet geen maatschappelijke belangen die nopen tot ingrijpen. Ten slotte is om te kunnen vaststellen of er sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw nader onderzoek nodig. Dit nadere onderzoek zou beslag leggen op schaarse onderzoekscapaciteit bij de ACM. Na heroverweging is de ACM van oordeel dat het op voorhand niet waarschijnlijk is dat nader onderzoek zou leiden tot de vaststelling van een overtreding van artikel 24 Mw. De ACM acht het instellen van nader onderzoek daarom niet doelmatig. De ACM is dan ook van oordeel dat zij het handhavingsverzoek van Aldivèr terecht op basis van haar prioriteringsbeleid heeft afgewezen.

7.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en beginselplicht tot handhaving

64. Aldivèr stelt dat de ACM bij de voorbereiding van het bestreden besluit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft geschonden en in strijd met de beginselplicht tot handhaving heeft gehandeld.

7.3.1 Beginselplicht tot handhaving

65. Aldivèr stelt dat uit de VVR-uitspraak volgt dat, indien het algemeen belang is gediend bij handhaving, de ACM in beginsel gebruik moet maken van haar handhavingsbevoegdheden.[34] De ACM volgt Aldivèr niet in deze stelling. De bedoelde passage in de VVR uitspraak luidt als volgt*: 'Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving zal, in geval van geconstateerde overtreding van een of meer van deze regels, NMa ook gebruik moeten maken van zijn bevoegdheden in de Mw om deze regels te handhaven'* (toevoeging onderstreping ACM).[35]

66. In de onderhavige zaak is geen sprake van een geconstateerde overtreding. De ACM heeft in het bestreden besluit juist vastgesteld dat uitgebreid nader onderzoek nodig zou zijn om vast te stellen óf sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw. Het beeld dat Aldivèr schetst dat er in deze zaak weinig aanvullend onderzoek voor nodig is om een overtreding vast te stellen acht de ACM, zoals hiervoor toegelicht, onjuist.

7.3.2 Zorgvuldigheid en diepgang vooronderzoek

67. De ACM heeft in de onderhavige zaak een grondig vooronderzoek verricht. Dit vooronderzoek bestond uit bureauonderzoek, het verzamelen van informatie door het stellen van schriftelijke vragen aan de betrokken partijen en het voeren van gesprekken met SOOB, STL en het ministerie van SZW. De stelling van Aldivèr dat de ACM onvoldoende vooronderzoek heeft gedaan en tijdens het vooronderzoek een onvoldoende actieve houding heeft aangenomen is naar het oordeel van de ACM dan ook niet juist.

[34] Zie bezwaargronden Aldivèr, randnummer 2.16.
[35] CBb, 20 augustus 2010, ECLI:NLCBB:2010:BN4700, r.o. 7.2.5.1. e.v.(VVR).

68. De ACM volgt Aldivèr niet in haar stelling dat zij op dezelfde wijze had dienen op te treden als bij de 'BOVAG-klacht'.[36] De NMa heeft destijds op basis van die klacht expliciet geconcludeerd dat er geen aanwijzingen waren voor een overtreding. Nadat VTL uit eigen beweging toezeggingen deed om de wijze waarop zij rijscholen contracteert aan te passen, heeft BOVAG haar klacht ingetrokken. De ACM ziet op basis van de behandeling van de BOVAG-klacht geen aanleiding om te oordelen dat zij in deze zaak anders had moeten handelen dan zij heeft gedaan.

69. Aldivèr stelt dat de ACM in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel heeft gehandeld door tijdens het vooronderzoek geen contact op te nemen met de door Aldivèr voorgestelde stakeholders. Dit standpunt van Aldivèr is naar het oordeel van de ACM onjuist. De ACM had door de schriftelijke vragen en de gesprekken met de betrokken partijen voldoende informatie verzameld over de relevante feiten en de af te wegen belangen om tot een besluit te komen op het handhavingsverzoek van Aldivèr. Het kan de ACM dan ook niet worden verweten dat zij geen contact heeft opgenomen met de door Aldivèr voorgestelde stakeholders.

70. Aangezien de ACM over voldoende informatie beschikte om een zorgvuldig afgewogen besluit te kunnen nemen, was er naar het oordeel van de ACM evenmin noodzaak een vijf-partijen overleg te houden, zoals SOOB zou hebben voorgesteld, of opvolging te geven aan het voorstel van SOOB om een specifiek deelprobleem op te lossen.[37] Volledigheidshalve wijst de ACM erop dat, anders dan Aldivèr stelt, SOOB naar het oordeel van de ACM op dit punt geen concrete toezeggingen heeft gedaan.[38]

71. De ACM volgt Aldivèr evenmin in haar stelling dat zij in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel zou hebben gehandeld door in het bestreden besluit niet te verwijzen naar het door de gemachtigde van Aldivèr ingediende aanvullende signaal.[39] Dit anonieme signaal, dat zag op andere gedragingen, kon geen verandering brengen in de afweging die is gemaakt op basis van het prioriteringsbeleid van de ACM. Het signaal was om die reden niet relevant voor de beslissing van de ACM om geen nader onderzoek in te stellen.[40]

72. Tot slot heeft de ACM, anders dan Aldivèr stelt, bij de beoordeling wel degelijk ook rekening gehouden met het individuele belang van Aldivèr bij handhaving door de ACM.[41] Ook dit aspect kon echter geen verandering brengen in de afweging die de ACM heeft gemaakt op basis van haar prioriteringsbeleid.

[36] Zie de beschrijving in randnummer 30 van dit besluit.
[37] Zie voetnoot 17.
[38] Zie hoorzittingsverslag, p. 10 - 12.
[39] Zie randnummer 34 van dit besluit.
[40] Zie in dit verband ook het hoorzittingsverslag, p. 13.
[41] Zie randnummer 35 van dit besluit.

7.3.3 Conclusie algemene beginselen van behoorlijk bestuur

73. Op basis van het bovenstaande concludeert de ACM dat zij tijdens het vooronderzoek voldoende kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen heeft verzameld en ook anderszins bij het vooronderzoek de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gerespecteerd.

8 Conclusie

74. Uit het bovenstaande volgt dat de ACM de bezwaren ongegrond verklaart. Na heroverweging komt de ACM, met aanvulling van de motivering, tot de conclusie dat zij het verzoek om nader onderzoek te doen en handhavend op te treden terecht heeft afgewezen.

9 Verzoek om toepassing artikel 7:15, tweede lid, Awb.

75. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb, worden de kosten, die een belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed, voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. De ACM stelt vast dat de aanpassing en/of aanvulling van de motivering niet tot het herroepen van het primaire besluit heeft geleid. Naar het oordeel van de ACM betekent dit dat in het onderhavige geval niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 7:15, tweede lid, Awb om in aanmerking te komen voor een vergoeding van de proceskosten in bezwaar.

10 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- Verklaart de bezwaren van Aldivèr Uitzendbureau B.V. tegen het besluit van 12 december 2017 ongegrond en handhaaft, onder aanvulling van de motivering, het besluit van 12 december 2017.

- Wijst het verzoek van Aldivèr Uitzendbureau B.V. om vergoeding van de kosten in verband met het bezwaar af.

Den Haag, 25 juli 2018

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Juridische Zaken

Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.