

# Annotatie

## De bagatelbepaling van artikel 7 lid 2 Mw verplicht de ACM tot marktonderzoek

Rechtbank Rotterdam 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7664

Frank Cornelissen en Sjaak van der Heul\*

152

Op 13 oktober 2016 heeft de Rechtbank Rotterdam de boetebesluiten vernietigd die de Autoriteit Consument & Markt (ACM) had gericht tegen twee taxiondernemingen (en hun feitelijk leidinggevenden) die actief waren op het gebied van contractueel taxivervoer.<sup>1</sup> Volgens de ACM hadden de taxiondernemingen zich schuldig gemaakt aan verboden afstemmingen van hun inschrijvingen voor contractueel taxivervoer in de regio Rotterdam. Hoewel de Rechtbank Rotterdam het oordeel van de ACM deelt dat de taxiondernemingen partij waren bij overeenkomsten met mededingingsbeperkende strekking, had de ACM niet bewezen dat het marktaandeel van betrokken partijen groter was dan de bagateldrempel van artikel 7 lid 2 Mededingingswet (Mw). De uitspraak roept diverse vragen op. Wij gaan achtereenvolgens in op de zelfstandige rol van het merkbaarheidsvereiste in geval van een strekkingsbeding, op de rol van de bagatelbepaling en op de marktafbakening bij aanbestedingsprocedures.

Alvorens wij nader op deze vragen ingaan, schetsen wij kort de feiten.

### Feiten

Op basis van diverse (wettelijke) (zorg)verplichtingen kopen gemeenten voor hun werknemers en inwoners taxivervoer in, door de Autoriteit Consument & Markt aangeduid als ‘contractueel taxivervoer’.<sup>2</sup> Daarbij maken zij in de regel gebruik van aanbestedingsprocedures. De Rotterdamse Mobiliteits Centrale (RMC) had twee afzonderlijke overeenkomsten gesloten met de BIOS-groep en IJsselsteden met betrekking tot toekomstige aanbestedingen. RMC en BIOS-groep respectievelijk IJsselsteden boden taxivervoer aan in aanpalende werkgebieden in de regio Rotterdam. Voor de beoordeling van het geschil is van belang dat de kern van beide overeenkomsten was gelegen in het opzetten van een structuur om de bestaande werkgebieden van partijen in de regio Rotterdam te behouden.

De ACM heeft vastgesteld dat beide overeenkomsten een afzonderlijke inbreuk op het kartelverbod opleverden en ook in beide gevallen (ook na bezwaar) een boete aan de betrokken ondernemingen opgelegd.<sup>3</sup> De ACM heeft de marktverdelingsafspraken in de beide overeenkomsten gekwalificeerd als strekkingsbedingen. De afspraken leverden volgens de ACM bovendien een merkbare beperking van de concurrentie omdat partijen in de regio Rotterdam beschikten over meer dan een zodanig zwakke positie dat de mededinging aldaar

\* Mr. drs. F.J.J. Cornelissen is advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen N.V. Mr. S. van der Heul is advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen N.V.

1. Rb. Rotterdam 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7664. Bij het ter perse gaan van dit artikel is bij het CBb een hoger beroep aanhangig tegen de besproken uitspraak van de Rechtbank Rotterdam. Er is nog geen datum voor mondelinge behandeling bepaald.

2. Het betreft bijvoorbeeld leerlingenvervoer voor het passend onderwijs (op grond van de Wet op de Expertisecentra) en het vervoer van gehandicapten die niet zelfstandig kunnen reizen (op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning).

3. Voor RMC betekende dat twee boetes.

slechts in zeer geringe mate door de overeenkomsten werd beïnvloed.

De ACM stelde tevens vast dat de betrokken ondernemingen niet konden profiteren van de per 3 december 2011 gewijzigde bagatelbepaling uit artikel 7 lid 2 Mw. Op grond van deze bepaling is het kartelverbod niet van toepassing indien (1) het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken concurrerende ondernemingen op de relevante markt 10 procent of kleiner is, en (2) de handel tussen lidstaten van de EU niet wordt beïnvloed. Naar het oordeel van de ACM is aan deze voorwaarden niet voldaan omdat zij ervan uitgaat dat de regio Rotterdam de relevante markt vormt voor contractueel taxivervoer. Op deze markt hebben de partijen bij de overeenkomsten een marktaandeel dat groter is dan 10 procent.

De Rechtbank Rotterdam is het met de ACM eens dat de overeenkomsten een concurrentiebeperkende strekking hebben. Omdat de taxiondernemingen die bij de overeenkomsten betrokken waren ‘met elkaar concurreerden, zijn de afspraken concreet geschikt geweest om de mededinging te beperken’. Daarmee heeft de ACM volgens de rechtbank echter nog niet aangetoond dat de overeenkomst strijd oplevert met het kartelverbod. Hoewel het volgens de rechtbank niet nodig is dat de ACM de concrete gevolgen van strekkingsbedingen beoordeelt, onderzoekt de rechtbank desondanks of de ACM de relevante markt juist heeft afgebakend.

De Rechtbank Rotterdam concludeert dat de ACM onvoldoende heeft gemotiveerd dat de relevante geografische markt zich beperkt tot de regio Rotterdam. Zij is te snel voorbijgegaan aan de marktafbakening zoals door haar gehanteerd in het besluit over de concentratie van Veolia en Transdev. In dat besluit had de ACM zich op basis van een gedegen marktonderzoek ten aanzien van dezelfde beoordelingsperiode op het standpunt gesteld dat de markt voor contractueel taxivervoer een landelijk markt betreft. De ACM heeft de Rechtbank Rotterdam er niet van kunnen overtuigen dat in de kartelzaken over contractueel taxivervoer van een andere marktafbakening (regio Rotterdam) moet worden uitgegaan dan in concentratiezaken over contractueel taxivervoer (landelijk). Doordat de ACM onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de relevante markt, kan volgens de Rechtbank Rotterdam niet worden vastgesteld of (1) de afspraken tussen de taxiondernemingen de concurrentie merkbaar beperken, en (2) het marktaandeel van de betrokken ondernemingen kleiner is dan 5 procent (waardoor zij zouden kunnen profiteren van de ten tijde van de vermeende inbreuk vigerende versie van de bagatelregeling uit art. 7 lid 2 Mw).

Saillant detail is verder dat de boete van de ACM al ruim voor de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam tot een reeks aan geruchtmakende aanbestedingsrechtelijke geschillen heeft geleid. Bij een aanbesteding voor taxivervoer na het boetebesluit van de ACM had het ministerie van VWS geweigerd om RMC uit te sluiten vanwege dat boetebesluit. Hoewel het Hof Den Haag heeft bepaald dat de RMC terecht niet van deelname aan de aanbesteding is uitgesloten, is RMC ongetwijfeld geconfronteerd met hoge proceskosten (nog daargelaten dat

na de winst voor RMC in hoger beroep cassatie is ingesteld). Ook die aanbestedingszaak krijgt mogelijk dus nog een staartje.<sup>4</sup>

## Marktafbakening bij strekkingsbeding: uitspraak Rechtbank Rotterdam ingehaald door de actualiteit?

De Rechtbank Rotterdam verplicht de ACM om de relevante markt af te bakenen om merkbaarheid van de mededingingsbeperking vast te stellen.<sup>5</sup> Dat is niet in overeenstemming met jurisprudentie die door het Hof van Justitie is ingezet met zijn *Expedia*-arrest.<sup>6</sup> Daarin is bepaald dat juist geen marktafbakening meer nodig is op het moment dat is vastgesteld dat sprake is van een strekkingsbeding. Van een mededingingsbeperkende strekking kan namelijk uitsluitend sprake zijn indien de overeenkomst de mededinging ‘in voldoende mate’ verstoort. Van bepaalde afspraken staat volgens het Hof van Justitie op basis van ervaringsregels vast dat zij een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten inhouden, dat het overbodig is om aan te tonen dat zij concrete effecten hebben op de markt. De kwalificatie als strekkingsbeding moet restrictief worden toegepast en er moet rekening worden gehouden met de bewoordingen, doelstellingen en de juridische en economische context ervan.

De vraag of een overeenkomst tussen ondernemingen een mededingingsbeperkende strekking heeft, valt ten aanzien van het Europese kartelverbod samen met de vraag of de afspraak de mededinging in voldoende mate aantast: zonder merkbaarheid in het licht van de bewoordingen, doelstellingen en de juridische en economische context bestaat geen strekkingsbeding. De rechtbank verwijst naar de memorie van toelichting bij de Mededingingswet waaruit volgt dat in het kader van de toepassing van artikel 6 lid 1 Mw wordt aangesloten bij Europese jurisprudentie en beschikkingen over de toepassing van artikel 101 VWEU. Op basis daarvan concludeert zij – refererend aan de relevante juridische en economische context – dat sprake is van een strekkingsbeding dat concreet geschikt is de concurrentie te beperken. Dat oordeel kunnen wij volgen. In de regel wordt

4. In deze zaak is beroep ingesteld bij de Hoge Raad, die inmiddels zelfs antwoord heeft ontvangen op prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie: HvJ EU 14 december 2016, zaak C-171/15, *Connexion Taxi Services*, ECLI:EU:C:2016:948, JAAN 2017/2 m.nt. A.C.M. Fischer-Braams. Het zou niet verbazen als de ACM op basis van de onderhavige uitspraak van de Rechtbank Rotterdam aansprakelijk zal worden gehouden voor schade uit het vernietigde boetebesluit, aangenomen dat die vernietiging bij het CBB standhoudt.

5. Rb. Rotterdam 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7664, r.o. 9.1.

6. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795. Zie ook HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2204 en HvJ EU 26 november 2015, zaak C-345/14, *Maxima Latvija*, ECLI:EU:C:2015:784.

immers aangenomen dat aanbestedingsafspraken (*bid rigs*) naar hun aard de mededinging beperken zelfs als niet alle deelnemers bij de aanbesteding betrokken zijn.<sup>7</sup> Hetzelfde geldt voor marktverdelingsafspraken die buiten de context van een aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen.<sup>8</sup> Of het kartel vervolgens succesvol is, is in principe niet relevant bij de kwalificatie als strekkingsbeding.

Bij de beoordeling van een afspraak die in strijd is met het Europese kartelverbod zou daarmee de kous af zijn. De Rechtbank Rotterdam oordeelt anders over de beoordeling van de overeenkomsten van de taxiondernemingen, mogelijk omdat uitsluitend het Nederlandse kartelverbod wordt toegepast vanwege het ontbreken van potentiële beïnvloeding van de interstatelijke handel. De rechtbank meent dat nog een afzonderlijke merkbaarheidstoets moet worden uitgevoerd alvorens kan worden vastgesteld dat de overeenkomsten van de taxiondernemingen in strijd zijn met het Nederlandse kartelverbod.

Die merkbaarheidstoets bij een strekkingsbeding in nationale context stond ten tijde van de uitspraak van de rechtbank wellicht nog ter discussie. De Hoge Raad heeft onlangs echter de knoop doorgemaakt: hij overwoog in zijn arrest van 14 juli 2017 dat bij een strekkingsbeding de merkbaarheid is gegeven.<sup>9</sup> Inmiddels staat dus buiten kijf dat de ACM, anders dan de rechtbank overweegt, geen markten had hoeven afbakenen om de merkbaarheid te bewijzen. Het zou ons verbazen als het CBb in zijn uitspraak niet uitdrukkelijk zou aanhaken bij de vaststelling van de Hoge Raad.

## Bewijslast bagatelbepaling verplicht de ACM tot marktafbakening

Ook als de Rechtbank Rotterdam de afspraken uit de overeenkomsten van de taxiondernemingen net als de ACM als merkbare strekkingsbepalingen had gekwalificeerd, dan nog had die kwalificatie de ACM geen soelaas geboden. Ook indien zonder marktafbakening kan worden vastgesteld dat een overeenkomst voldoet aan alle voorwaarden van artikel 6 lid 1 Mw, levert dat nog niet noodzakelijkerwijs een inbreuk op het kartelverbod op. Uitzonderd zijn onder meer overeenkomsten tussen concurrerende ondernemingen met een marktaandeel van minder dan 10 procent, mits de handel tussen lidstaten niet wordt beïnvloed.<sup>10</sup> Een marktaandeel kan uitsluitend worden vastgesteld als de relevante markt wordt afgebakend.

7. CBb 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*Thuiszorg Friesland*).

8. HvJ EU 20 januari 2016, zaak C-373/14 P, *Toshiba*, ECLI:EU:C:2016:26.

9. HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354, r.o. 3.5.2.

10. De Rechtbank Rotterdam oordeelde nog over een eerdere versie van de bagatelbepaling, waarbij een grens gold van maximaal 5 procent marktaandeel én maximaal 40 miljoen euro omzet.

Het oordeel van de rechtbank dat de ACM – gelet op het gemotiveerde beroep op de bagatelbepaling door de taxiondernemingen – niet heeft voldaan aan haar motiverings- en zorgvuldigheidsverplichtingen, vindt steun in jurisprudentie van het CBb:

‘Het College stelt voorop dat het aan ACM is te bewijzen dat sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw. Dit brengt mee dat ACM moet stellen en bij betwisting moet bewijzen dat deze bepaling niet op grond van de toepasselijkheid van artikel 7 Mw niet geldt.’

Het CBb formuleert het wat ingewikkeld maar deze dubbele ontkenningen komen erop neer dat ondernemingen klaarblijkelijk de bal in de hoek van de ACM kunnen leggen door een beroep op de bagatelbepaling en de ACM moet bewijzen dat het marktaandeel groter is dan 10 procent en (dus) daarvoor de markt moet afbakenen. Hoewel het CBb dit niet met zoveel woorden zegt, kunnen wij ons voorstellen dat de bewijslast van de ACM met betrekking tot de marktafbakening zwaarder wordt naarmate het beroep op de bagatelbepaling door de ondernemingen beter is gemotiveerd.

## Bagatelbepaling: doelmatigheid van toezicht

Om aan haar bewijslast te voldoen had de ACM naar het oordeel van de rechtbank dus een marktanalyse moeten uitvoeren om aan te tonen dat een gedraging geen bagatel is. Het economische onderzoek dat een dergelijke analyse in de regel vereist, is notoir tijdrovend en kostbaar.<sup>11</sup> Dat een beroep op de bagatelbepaling op zichzelf de ACM tot dergelijk onderzoek verplicht, heeft de wetgever bij invoering van die bepaling nooit voor ogen gehad. In de parlementaire behandeling van het oorspronkelijke artikel 7 lid 2 Mw – dat de grens legde bij de cumulatieve plafonds van 40 miljoen euro gezamenlijke omzet en 5 procent marktaandeel – is die mogelijk extra belasting van de mededingingsautoriteit niet aan de orde gekomen.<sup>12</sup> Ten aanzien van het initiatiefwetsvoorstel dat de bepaling haar huidige vorm gaf, hebben de initiatiefnemers zich in de memorie van toelichting op het standpunt gesteld dat de belasting van de ACM niet zou toenemen.<sup>13</sup> In de Kamer verklaarden zij dat het met de verwachte extra werkdruk ‘erg meevalt’.<sup>14</sup> Integendeel, de bagatelbepaling is tot wet verheven prioriteringsbeleid dat er juist toe strekt het toezicht door

11. Zoals wij recent in dit tijdschrift beschreven, beoogt een voorgestelde wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg dan ook in het kader van de aanmerkelijke marktmacht de verplichting tot marktafbakening te ecarteren. Zie S. van der Heul en F.J.J. Cornelissen, ‘Markttoezicht in de gezondheidszorg na wijziging Wmg’, *M&M* 2016/5.

12. De bepaling komt voort uit een amendement van Kamerleden Aptroot en Ten Hoopen: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nrs. 32 en 33.

13. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 531, nr. 3 (MvT), p. 4.

14. *Handelingen II* 2008/09, nr. 60, p. 4837.

de ACM effectiever te maken. De ACM dient immers haar aandacht niet te richten op het midden- en kleinbedrijf, maar op grote bedrijven.<sup>15</sup>

Dat in de parlementaire geschiedenis van de bagatelbepaling nauwelijks zorgen zijn geuit over het beslag op de capaciteit van de ACM, wekt geen verbazing. De bepaling is ingevoerd vóór de *Expedia*-jurisprudentie, toen nog breed werd aangenomen dat merkbaarheid altijd, ook bij een strekkingsbeding, moest worden aangetoond. Als in dat kader toch al een marktafbakening geschiedde, vereiste toetsing aan de bagatelbepaling nauwelijks meerwerk. De bagatelbepaling kostte de mededingingsautoriteit zo goed als niets en leverde doelmatiger – want meer op grote bedrijven gericht – toezicht op.

Sinds de merkbaarheid bij een strekkingsbeding als een gegeven wordt beschouwd, gaat deze redenering echter niet meer op. De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam toont namelijk aan dat een beroep op de bagatelbepaling de ACM tot marktonderzoek kan dwingen, ook als dat in het kader van het merkbaarheidsvereiste niet noodzakelijk was. En dan, zo menen wij, bestaat het risico dat de bagatelbepaling haar doel voorbij schiet. De efficiëntie waartoe wettelijke prioritering zou moeten leiden, kan door kostbare marktonderzoeken weleens geheel teniet worden gedaan.

## Heroverweging bagatelbepaling

Die vaststelling noopt naar onze mening tot heroverweging van de wenselijkheid van artikel 7 lid 2 Mw, althans in zijn huidige vorm.

Die heroverweging is nog urgenter, nu recent ook twijfel is gerezen over de tweede doelstelling van de bagatelbepaling, het tegengaan van inkoopmacht van grote bedrijven. Daartoe zou het volgens de wetgever mogelijk moeten zijn dat kleine ondernemingen – zoals kleine leveranciers van supermarktketens – door samenwerking verkoopmacht organiseren.<sup>16</sup> Bij de behandeling in de Eerste Kamer van de verruimde bagatelbepaling heeft de minister een evaluatie toegezegd. Het in dat verband bestelde onderzoek uit 2014 concludeert onder meer dat van de bagatelbepaling nauwelijks gebruik wordt gemaakt. Van 1813 bevroegde bedrijven heeft die bepaling drie(!) bedrijven tot samenwerking bewogen. Bovendien zet een gezamenlijk marktaandeel van verkopers van maximaal 10 procent in de praktijk geen zoden aan de dijk.<sup>17</sup> Een marktaandeelcriterium is voor mkb'ers verder moeilijk hanteerbaar, terwijl met een overschrijding hoge boetes worden geriskeerd: een verkoopsamenwerking zal in de regel worden aangemerkt als een *hardcore* kartel.<sup>18</sup>

15. Kamerstukken II 2007/08, 31 531, nr. 3 (MvT), p. 1.

16. Zie bijvoorbeeld de opmerkingen van Kamerlid en initiatiefnemer Ten Hoopen in *Handelingen II* 2008/09, nr. 60, p. 4831.

17. Kamerstukken II 2014/15, 34 121, nr. 1.

18. Zie het recente position paper voor de Kamercommissie voor Economische Zaken: A. Gerbrandy en P. Kreijger, *Mededingingsrecht in relatie tot samenwerking tussen zzp'ers*, bij: Kamerstukken II 2016/17, 31 311, nr. 184.

Kortom, er zijn sterke aanwijzingen dat de bagatelbepaling van artikel 7 lid 2 Mw er niet in slaagt om inkoopmacht tegen te gaan en bovendien niet (meer) leidt tot doelmatiger toezicht van de ACM. Als vermeende kartellisten de ACM met de onderhavige uitspraak in de hand en met een beroep op een bagatel kunnen dwingen tot marktafbakening bij strekkingsbedingen, schaadt de bepaling die doelmatigheid mogelijk zelfs. Die vaststelling roept, naar wij menen, de vraag op of de bagatelbepaling in haar huidige vorm nog wel wenselijk is.

## Voortdurende inbreuk in het voordeel van karteldeelnemers?

In diverse zaken heeft de ACM betoogd – en hebben de Rechtbank Rotterdam<sup>19</sup> en het CBB<sup>20</sup> aanvaard – dat de relevante markt bij een (ad hoc) *bid rig*-afspraken in een concrete aanbesteding wordt gevormd door die specifieke aanbesteding. Als de relevante markt de aanbesteding is, zou het marktaandeel van de karteldeelnemers volgens de ACM kunnen worden afgeleid van het aantal inschrijvers op het kartel. Volgens die redenering is het marktaandeel van de karteldeelnemers bijvoorbeeld 50 procent indien twee karteldeelnemers inschrijven op een aanbesteding waaraan in totaal vier ondernemingen deelnemen.

Wij verwachten dat de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam over de taxikartels tot gevolg hebben dat het moeilijk wordt voor de ACM om te betogen dat de relevante markt wordt gevormd door een specifieke aanbesteding. Ook bij marktafbakening in aanbestedingskartels moet de ACM immers onderzoek doen naar de homogeniteit van de concurrentievoorwaarden op de markt. De ACM kan aldus uitsluitend een specifieke aanbesteding als relevante markt aanduiden als zij kan bewijzen dat de concurrentievoorwaarden bij andere aanbestedingen anders zijn. Gelet op het feit dat een groot aantal aanbestedingen (zeker als zij een relatief beperkte waarde vertegenwoordigen) grote gelijkenissen vertoont, zal dat in veel gevallen geen gemakkelijke opgave zijn.

Een andere uitkomst zou wat ons betreft ook in het licht van de bagatelbepaling onwenselijk zijn. Op het moment dat de ACM aan de werkingssfeer van de bagatelbepaling kan ontkomen door de relevante markt zeer nauw af te bakenen, namelijk op het niveau van de specifieke aanbesteding, zouden ad hoc kartels harder kunnen worden aangepakt dan voortdurende inbreuken.

19. Rb. Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8610, r.o. 16.5.

20. CBB 8 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM1588.



## Slotoverweging

Overigens achten wij het inhoudelijke oordeel van de rechtbank over de marktafbakening van de ACM begrijpelijk. De ACM heeft min of meer ongemotiveerd vastgesteld dat de relevante geografische markt voor contractueel taxivervoer de regio Rotterdam is. De enige reden die de ACM daarvoor heeft aangedragen, is dat de overeenkomst tussen de taxiondernemingen dit gebied betreft. Daarmee is de ACM voorbijgegaan aan de bepaling uit de Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de relevante markt op basis waarvan zij moet vaststellen in welke gebieden de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn. Bovendien heeft de ACM geen acht geslagen op haar eigen landelijke marktafbakening (waarin zij wel onderzoek heeft gedaan naar de homogeniteit van de concurrentievoorwaarden) in de concentratiezaak *Veolia-Transdev*. Interessant is de overweging van de Rechtbank Rotterdam dat de ACM haar afwijkende marktafbakening niet kan rechtvaardigen met een beroep op het feit dat het besluit *Veolia-Transdev* een concentratiebesluit betrof in plaats van een kartelzaak. Deze conclusie van de Rechtbank Rotterdam vinden wij niet meer dan logisch. De vraag of sprake is van een concentratie dan wel een kartelinbreuk is op geen enkele wijze van invloed op de omvang van de relevante geografische markt. De relevante geografische markt bestaat immers ongeacht de bij de ACM voorliggende casus.