

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

Nummer 5211_1 / 231

Betreft zaak: 5211 Bomen

Inhoudsopgave

1.	INLEIDING.....	3
1.1	Inleiding.....	3
1.2	Het onderzoek.....	3
1.3	Het rapport.....	5
1.4	Procedure	7
1.5	Opbouw van dit besluit.....	9
2	ZIENSWIJZEN	10
2.1	Zienswijze van Van 't Wout	10
2.2	Zienswijze van Boot & Co.....	13
2.3	Zienswijze Darthuizer, M. van den Oever, Ton van den Oever, Mart van Dijk, Udenhout en Bonte Hoek. ALGEMENE GEDEELTE.....	14
2.4	Zienswijze Darthuizer. besloten gedeelte (VERTROUWELIJK)	18
3	FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN	19
3.1	Type onderneming	19
3.2	De positie van de betrokken ondernemingen	20
	Tussenconclusie.....	22
3.3	De wijze van aanbesteding door gemeenten	22
	Tussenconclusie.....	24
3.4	Voorgeschiedenis	24
	De rol van SKN	25
	Tussenconclusie.....	28
3.5	Contact tussen de betrokken ondernemingen	28
	Tussenconclusie.....	31
3.6	Wijze van verdelen van de leveranties en afstemming van de inschrijfprijzen.....	31
	Tussenconclusie.....	34
3.7	Andere aspecten van het onderling afstemmen van de inschrijfprijzen	34
	Toerbeurtsysteem.....	34
	Wijkverdeling	37
	Productsoortverdeling.....	38
	Gemeenteverdeling	38
	Onderlinge verrekening.....	38
	Tussenconclusie.....	40

3.8	De duur van het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen.....	40
	Aanvang.....	40
	Einde.....	42
	Tussenconclusie.....	44
3.9	De deelname aan het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen.....	44
	Tussenconclusie.....	47
3.10	Endconclusie ten aanzien van de feiten en omstandigheden	47
4	JURIDISCHE BEOORDELING	49
4.1	Overtreding artikel 6, eerste lid, Mw.....	49
	Toepassing op de onderhavige zaak	52
	Tussenconclusie overtreding artikel 6, eerste lid, Mw.....	57
4.2	Mededingingsbeperking	57
	Tussenconclusie mededingingsbeperking	58
4.3	Merkbaarheid mededingingsbeperking.....	59
	Tussenconclusie merkbaarheid mededingingsbeperking	61
	Algemene tussenconclusie mededingingsbeperking	61
4.4	Duur van de overtreding.....	61
	Aanvang van de overtreding	61
	Einde van de overtreding	61
	Conclusie overtreding artikel 6 Mw.....	62
4.5	Overtreding artikel 81 EG-Verdrag.....	63
	Toepassing op deze zaak.....	64
	Conclusie ten aanzien van artikel 81-EG-Verdrag.....	65
4.6	Verjaring	65
	Conclusie verjaring.....	66
4.7	Beoordeling overige zienswijzen	66
	(i) Het rapport	66
	(ii) Schending van de rechten van de verdediging.....	67
	(iii) Beoordeling zienswijze Darthuizer gesloten gedeelte (Vertrouwelijk)	69
5	MEDEDINGINGSWET EN RICHTSNOEREN BOETETOEMETING	70
5.1	Inleiding.....	70
5.2	Toepassing van de Richtsnoeren.....	72
5.3	De wijze waarop de betrokken omzet wordt vastgesteld en de boetegrondslag.....	72
5.4	Ernst van de overtreding.....	73
5.5	Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden.....	76
5.6	Clementie.....	79
5.7	Matiging boete, beginselen van behoorlijk bestuur.....	79
5.8	Wettelijk maximum	80
6	BESLUIT	81

1. INLEIDING

1.1 Inleiding

1. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) heeft op 4 november 2005 ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81, eerste lid, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG-Verdrag) door ondernemingen die onder meer actief zijn op het gebied van leveringen van boomkwekerijproducten aan gemeenten in Nederland, te weten:
Darthuizer Boomkwekerijen B.V., (Darthuizer)
Boot & Co Boomkwekerij B.V., (Boot & Co)
Handelskwekerij Piet van 't Wout B.V., (Van 't Wout)
Mart van Dijk Boomkwekerijen B.V., (Mart van Dijk)
Bonte Hoek Kwekerijen B.V., voorheen Bonte Hoek Boomkwekerijen v.o.f., (Bonte Hoek)
Boomkwekerijen M. van den Oever & Zonen B.V., (M. van den Oever)
Boomkwekerij Udenhout B.V., (Udenhout)
Boomkwekerij Ton van den Oever B.V. (Ton van den Oever) en
[Vertrouwelijk] B.V. (hierna: onderneming A)

Deze ondernemingen worden in het rapport gezamenlijk aangeduid als “de deelnemende ondernemingen”. Het onderzoek concentreerde zich op leveranties van boomkwekerijproducten aan gemeenten in de periode 1998-2004 (hierna: de leveranties).

1.2 Het onderzoek

Aanleiding voor het onderzoek

2. Op 18 oktober 2005 heeft de Fiscale Opsporingsdienst/ Economische Controle Dienst (FIOD/ ECD) van de Belastingdienst zich tot de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) gericht in verband met een vermoeden dat voorafgaande aan aanbestedingen door een aantal ondernemingen sprake is geweest van vooroverleg.¹ Het onderzoek is gestart naar aanleiding van materiaal overgedragen door de FIOD/ ECD. De NMa heeft van de FIOD/ ECD circa 800 faxen ontvangen (welke de FIOD/ ECD heeft aangetroffen bij één van de deelnemende ondernemingen, Darthuizer, en haar ex-commercieel directeur [vertrouwelijk]) die duiden op afspraken door 9 boomkwekerijen in Nederland bij het afzetten van boomkwekerijproducten. Door de FIOD/ ECD is ook een kopie overgedragen van een harde schijf van een computer van Darthuizer.²

¹ 5211_1/3.

² 5211_2/1.

Bedrijfsbezoeken

3. Gedurende het onderzoek heeft de NMa bij de deelnemende ondernemingen bedrijfsbezoeken uitgevoerd en verklaringen opgenomen van de directeuren en/of bedrijfsleiders van die ondernemingen. Er zijn bezoeken afgelegd bij Mart van Dijk, Bonte Hoek, M. van den Oever, Udenhout en Ton van den Oever. Tevens heeft de NMa gelijktijdig met de bedrijfsbezoeken een verklaring afgenomen van [vertrouwelijk] (ex-commercieel directeur van Darthuizer).
4. Bovendien is onder meer inzage gevorderd in analoge gegevens en bescheiden en zijn hiervan kopieën gemaakt. Van deze bedrijfsbezoeken en verklaringen zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt, welke zijn opgenomen in het dossier.
De onderzoeksambtenaren hebben voorts een verklaring afgenomen van vier aanbestedende diensten (van de gemeenten Zeist, Den Helder, Purmerend en Winschoten).
5. In het vervolg van het onderzoek heeft de NMa van de overige vier deelnemende ondernemingen (Darthuizer, Boot, Van 't Wout en onderneming A) eveneens verklaringen afgenomen, evenals van twee concurrenten (Boomkwekerij M.F. Van Kempen & Zn. BV en Kon. Boomkwekerijen Alphons van der Bom BV).

Clementieverzoeken

6. Boot en Van 't Wout hebben na de start van het onderzoek een beroep gedaan op de clementieregeling van de NMa.³
7. Van 't Wout heeft verklaard dat het door de NMa omschreven en aan de betreffende onderneming voorgelegde feitencomplex juist en volledig is. De door Van 't Wout gemelde overtreding betreft vooroverleg tussen Van 't Wout en concurrerende boomkwekerijen, Boot & Co en Darthuizer, met betrekking tot de levering van boomkwekerijproducten aan gemeenten in Nederland in de periode 1998 tot en met eind 2004/begin 2005. Het betrof in alle gevallen ondershandse aanbestedingen. Tijdens het overleg informeerden partijen elkaar wie de betreffende opdracht was geïnteresseerd en tegen welke prijs zij bereid waren de boomkwekerijproducten te leveren. Het overleg vond volgens de melding van Van 't Wout telefonisch plaats dan wel per fax.
8. Boot & Co heeft verklaard dat het door de NMa omschreven en aan de betreffende onderneming voorgelegde feitencomplex juist en volledig is. De door Boot & Co gemelde overtreding betreft afspraken en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 6 Mw tussen negen boomkwekerijen, te weten, Darthuizer, Boot & Co, Van 't Wout, Mart van Dijk, Bonte Hoek, Ton van den Oever, M. van den Oever, onderneming A en Udenhout in de periode 1 januari 1998 tot en met 25 februari 2004. De gemelde gedragingen betroffen het afstemmen van inschrijfgedrag en het verdelen van leveranties van boomkwekerijproducten aan gemeenten in Nederland.
9. De clementieverzoeken zijn met mondelinge en schriftelijke verklaringen aangevuld. Deze verklaringen zijn opgenomen in het dossier. Aan Van 't Wout, onderscheidenlijk

³ 5211_6/12 en 5211_9/4.

Boot & Co heeft de Raad vervolgens op basis hiervan onder voorwaarden op 5 februari 2007 een boetevermindering van 65%, onderscheidenlijk 15% toegezegd.

1.3 Het rapport

10. Na afloop van het onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag door de deelnemende ondernemingen waren overtreden en dat daarvoor een boete diende te worden opgelegd. In opdracht van de Raad heeft de directeur van de Directie Concurrentietoezicht van de NMa vervolgens op 8 februari 2007 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (hierna: het rapport) opgemaakt.

Bewijsmiddelen in het rapport

11. In het rapport is de bewijsvoering met name gebaseerd op de faxen. Tevens is de bewijsvoering gebaseerd op de verklaringen die de vertegenwoordigers van de deelnemende ondernemingen ten overstaan van ambtenaren van de NMa hebben afgelegd en die zijn neergelegd in verslagen van ambtshandelingen. Hieronder wordt het rapport kort en zakelijk samengevat.

Conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden

12. Het rapport geeft in randnummers 26, 27 en 28 zijn eindconclusie ten aanzien van de feiten en omstandigheden: “Alle Deelnemende Ondernemingen maakten in wisselende samenstelling Afspraken, in ieder geval in de periode van 1 januari 1998 tot en met 25 februari 2004, die ertoe strekten voorafgaande aan de inschrijving op aanbestedingen van leveranties van boomkwekerijproducten aan gemeenten deze leveranties te verdelen en de inschrijfprijzen af te stemmen.” En “In het kader van de Afspraken verrichtten de Deelnemende Ondernemingen een aantal gedragingen: De Deelnemende Ondernemingen informeerden elkaar dat zij waren benaderd door een gemeente om op een aanbesteding in te schrijven zodat de Deelnemende Ondernemingen konden vaststellen of het zinvol was om voorafgaande aan de inschrijving op de betreffende aanbesteding leveranties te verdelen en inschrijfprijzen af te stemmen. De Deelnemende Ondernemingen verdeelden leveranties aan gemeenten op de volgende manieren: (i) voor een aantal opeenvolgende jaren, waarbij per jaar één Deelnemende Onderneming “aan de beurt” was om de gevraagde boomkwekerijproducten aan de betreffende gemeente te leveren (hierna: Toerbeurtsysteem), (ii) op basis van de voorkeur van de Deelnemende Ondernemingen om alle boomkwekerijproducten voor één of meerdere wijken binnen één gemeente te leveren (hierna: Wijkverdeling), (iii) op basis van de voorkeur van de Deelnemende Ondernemingen om een bepaald soort boomkwekerijproduct te leveren (hierna: Productsoortverdeling), en (iv) op basis van de voorkeur van de Deelnemende Ondernemingen om de gehele leverantie van boomkwekerijproducten voor één gemeente te leveren (hierna: Gemeenteverdeling).⁴ Indien de overeengekomen verdeling daartoe aanleiding gaf, kenden de Deelnemende Ondernemingen elkaar ook vergoedingen toe, die konden bestaan uit een geldelijke vergoeding of het mogen leveren van boomkwekerijproducten aan de laagste inschrijver. Per aanbesteding werd in overleg vastgesteld of en op welke wijze de Deelnemende Ondernemingen deze vormen van vergoeding zouden toepassen. De Deelnemende

⁴ 5211_1/3, document met nummer 04200186340329.

Ondernemingen wisselden onderling per fax of telefoon de inschrijfprijzen uit waarmee zij voornemens waren op de aanbesteding in te schrijven. Nadat de Deelnemende Ondernemingen onderling de voorgenomen inschrijfprijzen hadden uitgewisseld, werd in onderling overleg vastgesteld met welke inschrijfprijzen de Deelnemende Ondernemingen definitief op de aanbesteding inschreven. De Afspraken voorafgaande aan de inschrijving op aanbestedingen, waarin de Deelnemende Ondernemingen leveranties verdeelden en de inschrijfprijzen afstemden, kunnen niet op zichzelf worden gezien, maar maakten deel uit van een systeem van Afspraken. Dit systeem blijkt uit het gemeenschappelijk doel van de Afspraken, het vaste stramien waarin de Afspraken tot stand kwamen en de onderlinge samenhang tussen de Afspraken als gevolg van het hanteren van het Toerbeurtsysteem en het verrekenen van vergoedingen. Voorts blijkt het systeem uit het feit dat de Deelnemende Ondernemingen op individuele basis de Afspraken bijhielden.”

13. In randnummer 121 van het rapport wordt vastgesteld dat: “Op grond van het in dit rapport genoemde bewijsmateriaal staat vast dat de ondernemingen genoemd in hoofdstuk 3 van dit rapport hebben deelgenomen aan de Afspraken.”

De juridische beoordeling in het rapport

14. In het rapport wordt geconcludeerd dat de beschreven gedragingen kunnen worden gekwalificeerd als een overeenkomst en/ of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Darthuizer, Boot, Van 't Wout, Mart van Dijk, Bonte Hoek, M. van den Oever, Udenhout, Ton van den Oever en onderneming A. Daarbij zet het rapport uiteen dat: *“de onderhavige overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging van de deelnemende ondernemingen erop gericht was de onderlinge concurrentie, zoals deze onder normale marktomstandigheden zou plaatsvinden, ten aanzien van de aanbestedingen te beperken dan wel uit te sluiten.*
De deelnemende ondernemingen hebben blijkens het rapport derhalve ten aanzien van de aanbestedingen de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangen door een feitelijke samenwerking. De deelnemende ondernemingen hebben aldus artikel 6, eerste lid, Mw overtreden.”
15. Het rapport constateert voorts dat: *“deze overeenkomst tussen, dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging van de deelnemende ondernemingen met betrekking tot de Aanbestedingen de tussenstaatse handel ongunstig kon beïnvloeden en daardoor tevens een overtreding van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag vormt.”*
16. De (rechts-)personen die de overtreding hebben begaan, zijn blijkens het rapport Darthuizer, Boot & Co, Van 't Wout, Mart van Dijk, Bonte Hoek, M. van den Oever, Udenhout, Ton van den Oever en onderneming A. Overtredingen die zijn begaan door een onderneming zonder rechtspersoonlijkheid kunnen worden toegerekend aan de natuurlijke personen die ten tijde van de overtreding die onderneming drijven. Bonte Hoek is geen rechtspersoon, als gevolg waarvan deze overtreding wordt toegerekend aan de natuurlijke personen [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]. De overtreding begaan door Van 't Wout wordt voor de periode 1 januari 1998 tot 1 juli 2002 mede toegerekend aan de natuurlijke personen [vertrouwelijk], geboren op [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], geboren op [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]. Onderneming A en haar enig aandeelhouder [vertrouwelijk] B.V. (hierna:

onderneming B) zijn per 31 augustus 2003 ontbonden en per 10 december 2003 uitgeschreven uit het handelsregister. De NMa beschikt niet over aanwijzingen dat de economische activiteiten van deze onderneming zijn voortgezet.

Derhalve is er geen (rechts-) persoon waaraan de overtreding begaan door onderneming A kan worden toegerekend. De overtreding van Darthuizer, Mart van Dijk, M. van den Oever, Udenhout en Ton van den Oever werden mede toegerekend aan de rechtspersonen die ten tijde van de overtredingen enig aandeelhoudster waren van deze rechtspersonen, te weten respectievelijk G.L. IIsink Beheer B.V., Hans de Swart Swolgen Holding B.V., Van den Oever Holding B.V., Cevi Beheer B.V. en Louisahof B.V..

1.4 Procedure

17. Op 5 december 2006 is het feitencomplex aan alle deelnemende ondernemingen verzonden. Zes van de deelnemende ondernemingen hebben van de gelegenheid gebruik gemaakt om te reageren op het feitencomplex. De reacties hebben geen wezenlijke wijzigingen in het definitieve rapport tot gevolg gehad.
18. Het rapport is op 8 februari 2007 toegezonden aan die ondernemingen en natuurlijke personen die de gestelde overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG-Verdrag zouden hebben begaan.
19. Het rapport is ook toegezonden aan die rechtspersonen en natuurlijke personen aan wie de overtreding (mede) kan worden toegerekend. Hetgeen ter zake van de procedure wordt vermeldt, geldt tevens ook voor die rechtspersonen en natuurlijke personen aan wie de overtreding mede kan worden toegerekend.
20. In dit verband wordt benadrukt dat de overtreding van onderneming A niet aan een natuurlijke en/of rechtspersoon kan worden toegerekend, zodat de onderhavige procedure betrekking heeft op de volgende ondernemingen: Darthuizer, Boot & Co, Van 't Wout, Mart van Dijk, Bonte Hoek, M. van den Oever, Udenhout en Ton van den Oever, hierna te noemen: "de betrokken ondernemingen".
21. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.
22. Op 15 mei 2007 zijn alle op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd ten kantore van de NMa.

23. Op 15 mei 2007 zijn de betrokken ondernemingen alle op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden. Overeenkomstig artikel 60, eerste lid, Mw heeft de Raad de betrokken ondernemingen opgeroepen schriftelijk of mondeling hun zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen.
24. Bij brieven van 18 augustus 2007 zijn nog nadere stukken toegezonden, waarvan de betrokken ondernemingen in de gelegenheid zijn gesteld om hun eventuele aan- en/of opmerkingen kenbaar te maken.⁵
25. Gelet op artikel 60, eerste lid, Mw zijn alle betrokken ondernemingen gewezen op de mogelijkheid binnen een daartoe gestelde termijn een schriftelijke zienswijze in te dienen, dan wel van de gelegenheid gebruik te maken een mondelinge zienswijze te geven tijdens een hoorzitting.
26. Alle betrokken ondernemingen, met uitzondering van Boot & Co, hebben schriftelijke zienswijzen ingediend. Alle betrokken ondernemingen hebben op 6 september 2006 ten kantore van de NMa mondeling hun zienswijzen naar voren gebracht.
27. Op verzoek van Darthuiser heeft in aansluiting op de hoorzitting nog een besloten hoorzitting plaatsgevonden.
28. Van beide hoorzittingen van 6 september 2007 zijn ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw verslagen gemaakt. Beide verslagen van de hoorzittingen zijn op 15 oktober 2007 aan de betrokken ondernemingen toegezonden, waarbij zij in de gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken. Alle betrokken ondernemingen, met uitzondering van Boot & Co en Van 't Wout hebben hiervan gebruik gemaakt. De reacties zijn aan het verslag toegevoegd.
29. Bij brieven van 21 september 2007 heeft de Raad ieder van de betrokken ondernemingen verzocht om binnen een daartoe gestelde termijn de hoogte van de totale omzet, behaald binnen en buiten Nederland, in het meest recente boekjaar op te geven.⁶
30. Alle betrokken ondernemingen hebben de verzochte omzetgegevens aangeleverd.

⁵ 5211_1/148 t/m 5211_1/151.

⁶ 5211_1/177, t/m 5211_1/179.

1.5 Opbouw van dit besluit

31. Hierna worden eerst (hoofdstuk 2) de zienswijzen van de betrokken ondernemingen omtrent de formele aspecten van de besluitvorming besproken (onderzoek en procedure). In hoofdstuk 3 wordt nagegaan in hoeverre de in het rapport vermelde feiten als bewezen zijn aan te nemen, mede gelet op de door de betrokken ondernemingen ingebrachte zienswijzen, waarna de Raad zijn eindconclusie over de feiten geeft. Hoofdstuk 4 behandelt de juridische beoordeling en de zienswijzen daarop. Vervolgens geeft de Raad in hoofdstuk 5 zijn overwegingen omtrent het opleggen van een boete en de op dat punt ingebrachte zienswijzen. Ten slotte volgt in hoofdstuk 6 het dictum.
32. De door de betrokken ondernemingen ingebrachte schriftelijke en mondelinge zienswijzen worden in dit besluit op de volgende wijze behandeld. In hoofdstuk 2 wordt per betrokken onderneming de ingediende zienswijze weergegeven. Aangezien de zienswijzen voor een groot deel zich blijken te richten op dezelfde onderwerpen en dezelfde strekking hebben, zal voor zover dat het geval is, in dit besluit de zienswijzen worden aangehaald of samengevat zonder daarbij te verwijzen naar de individuele ondernemingen die de betreffende zienswijzen hebben ingebracht. Voor zover de zienswijze van een betrokken onderneming veeleer een individueel karakter heeft, bijvoorbeeld waar het gaat om feiten of belangen die enkel die onderneming raken, wordt de zienswijze besproken onder de vermelding van de naam van de betrokken onderneming.

2 ZIENSWIJZEN

2.1 Zienswijze van Van 't Wout

Procedurele waarborgen zijn geschonden

33. Van 't Wout stelt dat op grond van artikel 59, tweede lid, Mw in het rapport in ieder geval de feiten en omstandigheden dienen te worden vermeld op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is begaan en waar en wanneer deze feiten zich hebben voorgedaan. Daarbij biedt artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) bepaalde waarborgen. Het is daarvoor noodzakelijk dat Van 't Wout weet waaruit de beschuldigingen precies bestaan. Door in het rapport de term “de deelnemende ondernemingen of deelnemende ondernemingen” te hanteren is voor Van 't Wout niet duidelijk waar Van 't Wout precies wordt “verdacht”.

Feiten en omstandigheden

De verweten gedragingen

34. Van 't Wout is nimmer bij andere afspraken betrokken geweest dan eerder bij brieven van 24 mei 2006⁷ en 2 augustus 2006⁸ zijn aangegeven. Van 't Wout heeft uitsluitend met Boot & Co en Darthuizer contact gehad. Naar mening van Van 't Wout blijkt uit het rapport ook niet anderszins. In dit verband wordt opgemerkt dat uit de verklaring van de directeur van Mart van Dijk niet kan worden herleid dat beide overleg hebben gehad, doch slechts dat Mart van Dijk Van 't Wout kent. Van 't Wout was niet bekend met het meldingssysteem en wist niet van het bestaan tot het verschijnen van het rapport.
35. Van 't Wout is nimmer betrokken geweest bij afspraken over het “per aanbesteding” betalen of ontvangen van “een geldelijke vergoeding” of “het mogen leveren van boomkwekerijproducten aan de laagste inschrijver”. Uit het rapport blijkt slechts van een melding in het jaar 2001. In de jaren 2001 en 2002 zou sprake zijn geweest van één toelevering. Van 't Wout ontkent met klem ooit valse facturen te hebben opgemaakt of te hebben ontvangen. Zo er al sprake was geweest van het verdelen van leveranties tussen overige geadresseerden van het rapport, was Van 't Wout hiervan niet op de hoogte.

Geen systeem van afspraken

36. Van 't Wout heeft niet mee gedaan aan “een systeem van afspraken”. Het overleg tussen Darthuizer, Boot & Co en Van 't Wout vond ad hoc plaats en vrijwel altijd op initiatief van Darthuizer of Boot & Co. Het overleg vond zeer onregelmatig plaats en had niet altijd betrekking op opdrachten van dezelfde gemeenten en bovendien niet alleen opdrachten van gemeenten. Er is nimmer sprake geweest van verrekenen en van vergoedingen. Het gesuggereerde systeem van afspraken veronderstelt op z'n minst wetenschap bij Van 't Wout van de deelname van de andere geadresseerden.

⁷ 5211_9/7.

⁸ 5211_9/18.

37. Het overleg tussen Van 't Wout, Darthuiser en Boot & Co betrof slechts een beperkt aantal gemeenten. Van 't Wout is nimmer betrokken geweest bij afspraken die tot gevolg hadden dat een gemeente voor een aantal jaren werd verdeeld. De gemeenten waarover afspraken werden gemaakt bestelden evengoed direct (één op één) bij Van 't Wout, geen van de gemeenten heeft altijd aan Van 't Wout een offerte gevraagd en niet bij alle onderhandse aanbestedingen van een of meer van de betrokken gemeenten heeft overleg met Darthuiser en Boot & Co plaatsgevonden.

De duur van de afspraken

38. Uit het bewijs volgt niet dat Van 't Wout reeds vóór 1 januari 1998 afspraken heeft gemaakt.

Deelname Van 't Wout

39. De betrokkenheid van Van 't Wout is beperkt tot het overleg met Boot & Co en Darthuiser en voor zover dit bij voornoemde brieven van 24 mei 2006 en 2 augustus 2006 is aangegeven.

Het geografisch gebied

40. Het overleg vond uitsluitend plaats met betrekking tot een beperkt aantal onderhandse aanbestedingen in de provincies Noord-Holland, het noorden van de provincie Zuid-Holland en het westelijke gebied van de provincie Utrecht. Buiten dit gebied is er niet geleverd. Nu Van 't Wout is gevestigd in Boskoop en gelet op de kleinschaligheid van de kwekerij is het niet mogelijk, dwz economisch rendabel, om buiten dit gebied te leveren. Derhalve is Van 't Wout niet betrokken geweest bij een overtreding van artikel 6 Mw op het gehele Nederlandse grondgebied.
41. Ten aanzien van de feiten wordt geconcludeerd dat het rapport niet voldoet aan de eisen van artikel 59, tweede lid, Mw dat een aantal fundamentele procedurele waarborgen niet door de NMa in acht zijn genomen en dat de NMa in strijd heeft gehandeld met de algemene beginselen van behoorlijke bestuur.
42. Van 't Wout heeft openheid van zaken gegeven over de gedragingen met Darthuiser en Boot & Co en verzet zich tegen eventuele andere verwijten. De NMa heeft niet aangetoond dat Van 't Wout met andere ondernemingen "afspraken" heeft gemaakt.

Juridische beoordeling

43. Van 't Wout is niet voor de gehele duur van de afspraken verantwoordelijk en heeft geen deelname aan de "afspraken" met andere geadresseerden van het rapport.
44. De NMa heeft, overeenkomstig de overwegingen van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn arrest Aalborg Portland A/S, niet het bewijs geleverd dat Van 't Wout met haar eigen gedrag (i.c. het overleg met Boot & Co en Darthuiser) heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers, dus van acht andere geadresseerden van het rapport en de gedragingen van die acht andere geadresseerden van het rapport kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico te aanvaarden. Nu dit bewijs niet is geleverd, is het rapport onzorgvuldig en in strijd met het motiveringsbeginsel

opgemaakt.

45. Van 't Wout “kon niet redelijkerwijs voorzien” dat een dergelijk overleg ook met andere geadresseerden van het rapport plaatsvond. Alleen Boot & Co en Darthuizer en Van 't Wout waren actief in het gebied van Noord-Holland, Zuid-Holland en Utrecht.
46. Er is nagelaten onderzoek te doen naar de relevante markt. Weliswaar wordt in het Rapport in een noot verwezen naar de notitie “boomkwekerijsector”, doch deze is niet bijgevoegd bij het Rapport. Overigens valt uit het een en ander nog niet te herleiden dat de verweten gedragingen de mededinging merkbaar hebben beperkt. Het feit dat in het rapport wordt aangegeven dat, gezien het structurele en systematische karakter van de afspraken deze waarschijnlijk niet vruchteloos waren, betekent niet dat die afspraken merkbare mededingingsbeperkende gevolgen op de relevante markt hebben gehad. Onder verwijzing naar de uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) in de zaken Secon en G-Star stelt Van 't Wout dat de NMa ten onrechte geen onderzoek heeft verricht als gevolg waarvan het rapport ook om die reden in strijd is met het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.
47. Naar mening van Van 't Wout had de NMa onderzoek moeten verrichten. Van 't Wout is slechts een zeer kleine (boom)kweker. Uitgaande van een marktomvang van EUR 69 miljoen voor leveranties aan institutionele afnemers heeft Van 't Wout slechts een marktomvang van [vertrouwelijk] %. De NMa had dienen te onderzoeken of de gedragingen van Van 't Wout, Boot & Co en Darthuizer de mededinging merkbaar hebben verstoord. Ten tweede wordt er ook op kwaliteit en service geconcentreerd.
48. Ter zake van de vermeende overtreding van artikel 81 EG-Verdrag dient te worden onderzocht of “op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien is dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lidstaten kan beïnvloeden”. De NMa heeft hiernaar geen onderzoek verricht, zodat het Rapport om die reden onzorgvuldig en in strijd is met de verplichting van de NMa zijn stellingen te motiveren, tot stand is gekomen.
49. Bovendien vereist “beïnvloeding van de handel” een impact op grensoverschrijdende economische activiteiten tussen tenminste twee lidstaten en moet het vermogen van de overeenkomst om de handel tussen lidstaten te beïnvloeden merkbaar zijn.
50. Van 't Wout heeft niet deelgenomen aan een kartel dat het gehele Nederlandse grondgebied bestrijkt. Voor zover kan worden aangenomen dat zij mede verantwoordelijk is voor de gedragingen van anderen, dan volgt daar nog niet uit dat de afspraken het gehele Nederlandse grondgebied bestrijken.
51. Uit het Rapport volgt niet dat “het aannemelijk is dat de handelsstromen zich anders zouden hebben ontwikkeld indien geen sprake was van de concurrentiebeperkende gedragingen”.
52. Van 't Wout concludeert dat op grond van het rapport niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een voortdurende inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. De gedragingen

tussen Van 't Wout, Darthuizer en Boot & Co dienen op zich zelf te worden beschouwd. Echter op grond van het rapport staat niet vast dat deze gedragingen een inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, Mw opleveren. De NMa had allereerst dienen te onderzoeken of een en ander merkbaar was, dan wel daadwerkelijk de handel tussen de Lidstaten ongunstig hebben kunnen beïnvloeden.

Relevante omstandigheden bij het opleggen van een boete

53. De afspraken en gedragingen van Van 't Wout betreffen slecht afspraken met Darthuizer en Boot & Co en dienen op zich zelf te worden beschouwd. Het initiatief is bijna vrijwel altijd uitgegaan van Darthuizer en Boot & Co. Voor zover de overige gedragingen mede aan Van 't Wout worden toegerekend, dient de NMa er rekening mee te houden dat Van 't Wout hierin geen rol heeft gespeeld. Het overleg betrof slechts een beperkt aantal gemeenten, in een deel van Nederland en bovendien betrof het overleg niet alle onderhandse aanbestedingen die door de betrokken gemeenten werden uitgeschreven. Van 't Wout is een zeer kleine speler op de markt voor leveranties van boomkwekerijproducten. Preventieve werking is in het geval van Van 't Wout niet aan de orde.

2.2 Zienswijze van Boot & Co

Formele eisen

54. Het is niet duidelijk welke beschuldigingen precies in het rapport worden geuit tegen Boot & Co. Als gevolg van de in het rapport gebruikte verwijzing van “deelnemende ondernemingen” en ongeacht de samenstelling van de groep” is het voor Boot & Co niet mogelijk zich goed te kunnen verdedigen, hetgeen niet in overeenstemming is met het vereiste van het fair trail-beginsel van artikel 6 EVRM.

Het bewijsmateriaal

55. Het is voor Boot & Co niet mogelijk om op adequate wijze te reageren op het bewijsmateriaal, nu het voor Boot & Co onduidelijk is welke documenten voor de NMa relevant zijn.

Feiten en omstandigheden

56. Er is geen sprake van een vast stramien. Er werd slecht incidenteel overleg gevoerd. Het voeren van overleg is een kenmerk van de markt. Het is kenmerkend voor de markt dat boomkwekerijen onderling overleg hebben. Het onderling toeleveren is zeer gebruikelijk en in veel gevallen onvermijdelijk. Gemeenten werkten het onderlinge overleg in de hand door in de aanbesteding vaak welke soorten bomen en heesters op te nemen. Daarnaast verstreekte sommige gemeenten informatie over het aantal inschrijvende boomkwekerijen. In enkele gevallen werd zelfs de begroting doorgegeven. Ook werd men soms in de gelegenheid gesteld de offerte aan te passen. Gemeenten maakten veeleer gebruik van één op één leveranties of een kleine selectieve groep van boomkwekerijen. Bij één op één relaties kon de betreffende boomkwekerij jarenlang leveren. De rol van de gemeenten is te vergelijken met de rol van de gemeente in de zaak Openbaar Groen.
57. Er was geen vaste afspraak, geen voortdurende inbreuk, het overleg was onregelmatig. Daarbij maakten “buitennommers” het voeren van onderling overleg onmogelijk.

58. Door Boot & Co werd er geen schaduwadministratie gevoerd en Boot & Co heeft geen valse facturen opgemaakt.

De juridische beoordeling

59. Ter zake van de juridische beoordeling concludeert Boot & Co dat er geen sprake is van een voortdurende gedraging en vaste afspraken. Het rapport bevat te weinig bewijzen dat hiervan sprake zou kunnen zijn.
60. Voor het vaststellen van een overtreding van artikel 6 Mw moet er sprake zijn van een merkbaar effect. In het rapport wordt de relevante markt niet gedefinieerd en is het niet duidelijk wat het merkbare effect is. Hetgeen hierover in het rapport wordt gesteld: “(..) *een aantal aanwijsbare gemeenten nadelige gevolgen hebben ondervonden van de vervalsing en beperking van de aanbestedingen.*(..) ” is onvoldoende om te kunnen constateren dat er een merkbaar effect is op de relevante markt. Er is geen overtreding van artikel 81 EG. In het rapport wordt niet geconcludeerd dat er sprake is van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.
61. Concluderend stelt Boot & Co dat in het rapport een deugdelijke grondslag voor het opleggen van een boete ontbreekt.

Relevante omstandigheden (hoogte) boete

62. Ten aanzien van het opleggen van een eventuele boete stelt Boot & Co dat het aantal gevallen waarin afspraken werden gemaakt slecht een klein deel betreffen van de leveranties van Boot & Co aan gemeenten. Slechts [vertrouwelijk] % van de leveranties van Boot & Co heeft betrekking op leveranties aan gemeenten. Op grond van het gedrag van de gemeenten alsmede op grond van het feit dat het opleggen van de boete geen preventieve werking zal hebben, dient de boete te worden gematigd.
63. Tenslotte reageert Boot & Co op de brief van [vertrouwelijk].⁹ Naar mening van Boot & Co bevat de brief veel vermoedens en halve verdenkingen, zodat aan deze verklaring weinig waarde moet worden gehecht.

2.3 Zienswijze Darthuizer, M. van den Oever, Ton van den Oever, Mart van Dijk, Udenhout en Bonte Hoek. ALGEMENE GEDEELTE

64. Darthuizer heeft gezamenlijk met M. van de Oever, Ton van den Oever, Mart van Dijk, Udenhout en Bonte Hoek een zienswijze ingediend. Indien een zienswijze betrekking heeft op deze zes ondernemingen wordt dit aangegeven met Darthuizer c.s.

Het bewijsmateriaal is ontoereikend om de inbreuk vast te stellen

65. Naar mening van Darthuizer c.s. is het werkelijk relevante bewijsmateriaal te mager om de verstreckende conclusie in het rapport de kunnen dragen. In dit verband verwijst Darthuizer c.s. naar het bedrijfsbezoekopdracht van 22 februari 2006. Uit het wel aanwezige

⁹ 5211_1/163.

bewijsmateriaal blijkt dat de betreffende ondernemingen met uitzondering van Darthuizer beduidend minder in het bewijsmateriaal figureren dan Boot & Co, Van 't Wout en de individu Van Bovene.

66. Er bestaat een duidelijk onderscheid tussen laanboomkwekers en heesterskwekers. Met uitzondering van Mart van Dijk zijn de overige kleine ondernemingen alle laanboomkwekers. Daarnaast zijn er ook nog vele andere soorten kwekers die aan gemeenten leveren. Op kwekersniveau bevinden al deze bedrijfstypen zich op absoluut te onderscheiden productmarkten. Alleen als handelaren zijn zij in bepaalde gevallen tot op zekere hoogte als concurrenten aan te merken.
67. De vermeende rol van SKN- meldingsysteem wordt schromelijk overdreven. De SKN diende het legitieme doel van kwaliteitsverbetering binnen de branche en was geen vehikel om het gestelde vooroverleg te structureren. Het in SKN-verband ontwikkelde computerprogramma heeft nooit gewerkt. De NMa heeft niet aangetoond dat een dergelijke uitwisseling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. De NMa geeft zelf aan dat na maart 1999 geen aantoonbaar gebruik is gemaakt van het meldingsysteem. Indien tot en met 2004 vooroverleg zou hebben plaatsgehad, kan het meldingsysteem hiervan geen onlosmakelijk onderdeel hebben gevormd.

Geen systeem van inbreuken

68. Er is geen vast stramien. Uit het beschikbare bewijsmateriaal kan op geen enkele wijze worden afgeleid dat het vooroverleg een systematisch karakter had. Het feit dat men elkaar hoogstens sporadisch wist te vinden (en dan vaak nog zonder succes) is op zich al in tegenspraak met de constatering dat sprake zou zijn geweest van een vast stramien.
69. Het aanwezige bewijsmateriaal kan op geen enkele wijze de conclusie schragen dat het meldingsysteem op enig moment de experimentele fase zou zijn ontstegen en kan derhalve niet dienen als bewijs voor de veronderstelde hoge organisatiegraad van het kartel. Er is geen bewijs dat na maart 1999, zijnde een datum van ruim vijf jaar geleden, gebruik is gemaakt van het meldingsysteem. Het meldingsysteem kan dan ook op geen enkele wijze als een onlosmakelijk geheel worden gezien van een beweerd systeem van overleg dat tot februari 2004 zou hebben geduurd. Door M. van den Oever is nimmer gebruik gemaakt van het meldingsysteem.
70. Er is geen toerbeurt-systeem. Het aanwezige bewijs kan de conclusie niet schragen dat er sprake was van een systeem van vooroverleg. Zelfs al zouden er toerbeurtafspraken zijn gemaakt, dan nog is in het patroon weinig systematiek te ontdekken. In de jaren 2002 en 2003 wordt in het rapport zelfs geen enkele toerbeurt afspraak geïdentificeerd. In het rapport wordt in dit verband de gemeente "W" genoemd. Uit Bijlage IV van het rapport volgt echter dat de NMa uiteindelijk heeft geconcludeerd dat niet is aangetoond dat in het jaar 2002 vooroverleg heeft plaatsgevonden met betrekking tot de gemeente Winschoten.
71. Toelevering is een wezenlijk aspect en is bij boomkwekerijen een zeer gebruikelijke term om het door gemeenten verlangde assortiment te kunnen completeren. De NMa miskent het

normale functioneren van de markt volledig. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de omstandigheid dat er talloze planten en bomen zijn waarop patent of een exclusief kwekersrecht geldt. In dergelijke gevallen is toelevering onvermijdelijk. Evenmin is aangetoond dat, met uitzondering van één geval, valse facturen zijn verzonden voor onderlinge vergoedingen.

72. Er is geen sprake van een schaduwadministratie. Een administratie die betrekking heeft op een periode van iets meer dan drie maanden is volstrekt onvoldoende om als bewijs te dienen voor de stelling dat maar liefs zes jaar lang systematisch administraties werden bijgehouden.

Tussenconclusie

73. De NMa heeft niet aangetoond dat er sprake is geweest van een systeem van inbreuken. Voor zover de NMa een en ander zou hebben aangetoond duidt dit op afzonderlijke incidenten. Uitsluitend die feiten die op het moment van opleggen van de boete minder dan vijf jaar geleden hebben plaatsgevonden, kunnen op grond van artikel 64 Mw worden beboet.

Verjaring

74. De betreffende ondernemingen m.u.v. Darthuizer hebben in 2002 niet of incidenteel deelgenomen aan het vooroverleg bij aanbestedingen. Het betreft hier op zich zelf staande gedragingen, die niet als onderdeel van een enkele, systematische en voortgezette inbreuk kunnen worden gezien.
75. Voor Mart van Dijk geldt, gelet op de overname van de onderneming, daarnaast een aparte situatie.

Faciliterende of zelfs sturende rol van de gemeenten

76. Gemeenten hebben meer malen gedoogd of zelfs een faciliterende rol gespeeld.
77. Gemeenten plaatsten hun bestelling meestal één op één, dan wel bij een zeer beperkte kring of stonden onderlinge afstemming oogluikend toe.

Geringe maximale “besmettingsgraad”

78. Naar mening van Darthuizer c.s. moet de impact van het vooroverleg gering zijn.
79. Maximaal 6% van de omzet van Darthuizer c.s. aan gemeenten kan besmet zijn. Dit percentage is verwaarloosbaar. De NMa dient hierin een boetematigende omstandigheid te zien. Dit percentage geeft tevens aan dat de boetegrondslag nimmer gebaseerd kan zijn op de totale omzet aan gemeenten.
80. Als gevolg van de rol van outsiders was een succesvolle afstemming in beginsel slechts mogelijk indien de afstemmende ondernemers “onder elkaar” zijn.

Schending van de rechten van de verdediging

81. Naar mening van Mart van Dijk is de voormalig directeur-eigenaar, [vertrouwelijk], ten onrechte de cautie onthouden en is hij onder druk gezet tijdens het verhoor door te dreigen met een boete wegens niet-medewerken indien hij niet zou afzien van een beroep op zijn zwijgrecht. Deze verklaring kan niet worden gebruikt en is in ieder geval ongeloofwaardig, nu deze onder druk is afgelegd.
82. De ondernemingen Darthuizer, Ton van den Oever en Udenhout zijn onder druk gezet om de hun inziens onjuiste transcripties van verhoren te ondertekenen.
83. Negen dagen voor de zitting is er een nader ingekomen stuk toegezonden, inhoudende een verklaring van de heer Van Bovene met onderliggende stukken. Omdat het nader ingekomen stuk nieuwe feiten en omstandigheden behelst, zou de Raad in strijd met artikel 6, derde lid, sub a, EVRM handelen als het in aanmerking wordt genomen bij de voorbereiding van een eventueel sanctiebesluit. Voor zover het geen nieuwe feiten en omstandigheden zou behelzen, handelt de Raad in strijd met artikel 60 Mw als gevolg van het niet in acht nemen van de inzagetermijn van ten minste vier weken. Indien de Raad het nader ingekomen stuk wenst te gebruiken, dient naar mening van Darthuizer c.s. allereerst een nader rapport te worden opgemaakt.
84. De boomkwekerijsector dreigt te worden gediscrimineerd in vergelijking met de bouwnijverheid.

2.4 Zienswijze Darthuizer. besloten gedeelte (VERTROUWELIJK)

85. [Vertrouwelijk].

86. [Vertrouwelijk].

87. [Vertrouwelijk].

88. [Vertrouwelijk].

[Vertrouwelijk].

89. [Vertrouwelijk].

90. [Vertrouwelijk].

3 FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

91. Hieronder worden, voor zover nodig in aanvulling op dan wel ter bevestiging van de feiten en omstandigheden genoemd in het rapport, de feiten en omstandigheden vermeld die de Raad op basis van het rapport, het dossier en de zienswijzen van de betrokken ondernemingen vaststelt. Ten behoeve van de vaststelling van de feiten en omstandigheden worden hieronder gedeelten weergegeven van onder meer de verklaringen van directeurs en/of bedrijfsleiders (dan wel andere functionarissen) van de betrokken ondernemingen, alsmede gedeelten van verklaringen van derden. Daarnaast worden er gedeelten weergegeven afkomstig van het faxverkeer tussen de betrokken ondernemingen.

3.1 Type onderneming

92. De betrokken ondernemingen zijn alle actief op het gebied van het kweken van en/of de handel in boomkwekerijproducten. Onder boomkwekerijproducten wordt begrepen : laan- en parkbomen, sierheesters en klimplanten, bos- en haagplantsoen, rozenstruiken, sierconiferen, vruchtbomen en vaste planten.¹⁰ Binnen deze categorieën kan worden onderverdeeld op basis van soortnaam en afmeting (en kwaliteit).
93. De betrokken ondernemingen kunnen wat de door hen gekweekte boomkwekerijproducten betreft worden onderverdeeld in laanboomkwekers en heesterskwekers. Dit onderscheid laat onverlet het feit dat iedere betrokken onderneming ook in staat is om het volledige assortiment aan te bieden.
94. Boomkwekerijen leveren boomkwekerijproducten aan drie van elkaar te onderscheiden categorieën afnemers¹¹:
- 1) De eerste categorie bestaat uit de professionele afnemer. Deze categorie betreffen de fruittelers, bosbouwers en collega-boomkwekerijen. Deze afnemer stellen andere eisen aan het product dan consumenten: kwaliteit, het assortiment, de plantvorm, de plantgrootte, de fytosanitaire status en de herkomst.
 - 2) De tweede categorie wordt gevormd door de consumentenmarkt, waarbij voornamelijk visuele kwaliteit van belang is.
 - 3) De derde markt is de institutionele markt: waaronder het Rijk, provincies en gemeenten, alsmede hoveniers, groenvoorzieners, waterschappen en aan de overheid gerelateerde instanties en organisaties. Deze afnemers stellen andere eisen aan het product: uniforme kwaliteit, volledige productenpakket, hergroeigarantie en de verhouding prijs/ kwaliteit.
95. De totstandkoming van een overeenkomst tussen de aanbieder op de relevante markt is bij iedere categorie anders. Bij categorie 1 en 2 is het een kwestie van vraag en aanbod, waarbij de keuzemogelijkheden voor de koper zeer groot zijn. Bij categorie 1 en 2 kan er per type/ soort boomkwekerijproduct gekocht worden. Partijen kunnen zelfs bij wijze van spreken per boom tot overeenstemming komen. Uitsluitend bij categorie 3 is er sprake van aanbesteding waarbij het gehele assortiment moet worden geleverd. Uitsluitend bij de derde categorie speelt inboet

¹⁰ 5211_2/17.

¹¹ Het rapport van ZLTO is in het algemene deel van het dossier opgenomen onder nummer 5211_27.

een belangrijk onderdeel van de aanbesteding. Onder inboet wordt in dit verband verstaan: het na enige tijd vervangen van geplante boomkwekerijproducten die niet of niet goed hebben aangeslagen.

96. Niet alleen bevinden de betrokken ondernemingen zich op meerdere plaatsen verspreid over Nederland. Uit de grafische weergave van de gemeenten genoemd in Bijlage IV bij het rapport blijkt dat de betrokken ondernemingen in staat zijn door heel Nederland aan gemeenten te leveren. Deze grafische weergave wordt als Bijlage II bij dit besluit gevoegd en maakt hier onderdeel van uit.
97. De ondernemingen die in Nederland actief zijn op het gebied van het kweken van en/of de handel in boomkwekerijproducten hadden in het jaar 2004 een gezamenlijke productiewaarde van 577 miljoen EURO waarvan 60 % werd gegenereerd met de export.¹² Ten aanzien van de betrokken ondernemingen merkt de Raad vervolgens op dat er in 2004 ongeveer 2300 boomkwekerijen actief waren in Nederland met een gezamenlijke productiewaarde van 577 miljoen euro. Voor het jaar 2004 bedroeg de omzet van de leveranties aan de institutionele afnemers 69 miljoen Euro. De omzet van 69 miljoen euro in het jaar 2004 heeft betrekking op leveranties aan institutionele afnemers, waaronder gemeenten.

3.2 De positie van de betrokken ondernemingen

98. Hieronder worden delen van de door de clementieverzoekers, gemeenten en een derde boomkwekerij, afgelegde verklaringen weergegeven waaruit de positie van de betrokken ondernemingen blijkt.

Van 't Wout

99. *"(....) H: Is het juist dat de Ebben, van Kempen, Rijnbeek, van de Bom, Tonsel ongeveer alle partijen zijn die buiten Boot, Darthuiser, Mart van Dijk, Ton van den Oever, Mart van den Oever, Bonte Hoek, Udenhout en u die landelijk het kunnen aanleveren aan gemeenten?
W: van den Berk heeft u die ook genoemd, die hoort daar ook bij. Dan zit je een heel eind. Ja, dat klopt wel, maar ik lever niet landelijk. (....)"*¹³

¹² 5211_1/74.

¹³ 5211_9/26 "W" staat voor [vertrouwelijk], directeur van Van 't Wout. "H" staat voor de betreffende ambtenaar van de NMa.

Boot & Co

100. “(....)[vertrouwelijk]... de SKN-leden waren ook de grotere, zo niet de grootste boomkwekerijen van Nederland. Maar niet alle boomkwekerijen waren aangesloten bij de SKN. Alle SKN leden behoren tot de top 25 van de grootste (ik heb gezegd dat zij bij de top 25 van de boomkwekerijen behoren die aan gemeenten leveren, kortom er zijn ook nog hele grote export boomkwekerijen of veilingboomkwekerijen die niets aan gemeenten leveren) boomkwekerijen van de in totaal 3000 boomkwekerijen die actief zijn in Nederland. dus van de SKN-leden behoorde maar een gedeelte tot de top 25 grootste Nederlandse boomkwekerijen in Nederland. “

PAS: waarom waren niet alle 25 boomkwekerijen uit deze top 25 aangesloten bij SKN? Is deze vraag zo gesteld. Ik dacht dat de vraag anders was bedoeld: waarom zijn er maar weinig (100 a 200) boomkwekers van de 3000 die aan gemeenten willen leveren. ?

[vertrouwelijk]: dat is eigenlijk vrij simpel, omdat veel boomkwekerijen i.h.a. helemaal niets met gemeenten te maken willen hebben omdat de prijzen niet in verhouding staan tot de geleverde producten en diensten. (....) “¹⁴

en

101. “(....) Voorbeelden van bekende andere producten/leveranciers van openbaar groen zijn: Hanekamp BV, Tijdens Boomkwekerij, Geessink BV, De Bie BV, Maasplant BV, Bomencentrum Nederland BV, Tonsel BV, Gber. Van den Berk BV (mogelijk de grootste) Ebben BV, Lappen BV, Boomkamp BV, Boxel BV, Faassen-Hekkens BV, Maarse BV, MF van kempen BV, handelskwekerij v/d Meij, H. Menkenhorts, Pelgrum-Vink BV, ‘t –Wencob BV. (....)”¹⁵

Gemeenten

102. Uit de verklaring van de gemeente Zeist¹⁶ blijkt dat zij zaken deed met Ton van den Oever, Van den Berk, Ebben, Drielanden, Darthuizer en Boot & Co. Uit de verklaring van de gemeente Den Helder¹⁷ blijkt dat de gemeente Den Helder zaken deed met Udenhout, M. van den Oever, Ebben, Boot & Co, Van 't Wout en Darthuizer en een enkele keer met Drielanden en Bonte Hoek. Uit de verklaring van de gemeente Purmerend¹⁸ blijkt dat de gemeente Purmerend zaken deed met Boot & Co, Darthuizer, M. van den Oever, Udenhout en onderneming A. Ook worden de namen genoemd van Ebben, Tonsel en Van den Berk. De gemeente Winschoten¹⁹ noemt: Maarsen (rozen) en Van den Bom. Deze gemeente vraagt offertes aan Van den Bom, Ton van den Oever , M. van den Oever, Bonte Hoek en Darthuizer.

¹⁴ 5211_6/47, “[vertrouwelijk]” staat voor [vertrouwelijk], directeur van Boot & Co. “Pas” staat voor de betreffende ambtenaar van de NMa.

¹⁵ 5211_6/9.

¹⁶ 5211_1/36.

¹⁷ 5211_1/35.

¹⁸ 5211_1/38.

¹⁹ 5211_1/43.

Derde boomkwekerij

103. Van der Bom BV verklaart: “(....)Er zijn in Nederland ruim 2300 verschillende kwekers. Het grootste gedeelte hiervan is toeleverancier voor de grote exporteurs van de bomen en planten. Een klein gedeelte van deze kwekers richt zich op de gemeentemarkt. Het is niet gemakkelijk om tot deze markt toe te treden. De grote spelers op deze markt zijn M van den Oever, T. Van den Oever, Van den Berk, Udenhout, Tonsel Bomen centrum, Boot & Co en Darthuizer. (....)”²⁰

Tussenconclusie

104. Uit het voorgaande blijkt dat de betrokken ondernemingen alle actief zijn op het gebied van leveren van boomkwekerijproducten aan gemeenten. Slechts een beperkt aantal van alle boomkwekerijen leveren aan gemeenten in Nederland. De betrokken ondernemingen maken deel uit van dit beperkte aantal van boomkwekerijen die aan gemeenten leverden.

3.3 De wijze van aanbesteding door gemeenten

105. Het leveren van boomkwekerijproducten aan gemeenten geschiedt niet uitsluitend op basis van aanbestedingen, maar ook op basis van onderhandse gunningen. Hieronder worden delen van de tijdens het onderzoek door de clementieverzoekers en gemeenten afgelegde verklaringen en de door de overige betrokken ondernemingen ingediende zienswijzen weergegeven die betrekking hebben op de wijze van aanbestedingen door gemeenten.

Verklaringen van de betrokken ondernemingen

106. Darthuizer cs

Darthuizer cs. hebben in hun gezamenlijke zienswijze aangegeven dat gemeenten hun bestelling meestal één op één plaatsten, dan wel bij een zeer beperkte kring, of stonden onderlinge afstemming oogluikend toe.²¹

Verklaringen van enkele betrokken gemeenten

Gemeente Zeist

107. “(....)In de aanvraag wordt wel melding gedaan dat er meerdere offertes worden aangevraagd, maar niet de namen van de betreffende ondernemingen. De keuze van ondernemingen die worden aangeschreven is gebaseerd op ervaring, kwaliteit en aanbod en het gevraagde van de gemeente. Als gunningscriterium hanteert de gemeente de laagste prijs, maar die moet wel in relatie staan met de aanvraag. (....)”²²

²⁰ 5211_1/39.

²¹ 5211_1/163.

²² 5211_1/36.

Gemeente Den Helder

108. “(...)De gemeente Den Helder koopt planten en bomen in door middel van onderhandse aanbestedingen. Daartoe vraagt de gemeente Den Helder aan minimaal 3 leveranciers een offerte in te dienen. Voor bomen en heesters worden aparte aanbestedingen gedaan. Zowel bij bomen als bij heesters wordt al jaren lang bij dezelfde leveranciers een offerte gevraagd. (...)De reden van de beperkte aantal vaste leveranciers is een historisch feit, de leveranciers zijn ooit bepaald door voorgangers bij de inkoop en dat is voortgezet. (...)”²³

Gemeente Purmerend

109. “(...)De heer [vertrouwelijk] vertelt dat de gemeente Purmerend zelf haar inkopen doet wat betreft het openbaar groen normaal geldt dat onder 10.000 euro er enkelvoudig onderhands kan worden ingekocht. Tussen 10.000 en 90.000 wordt er meervoudig onderhands aanbesteed en daarboven wordt er openbaar aanbesteed. Bij boomkwekerijen gelden die regels niet. (...)”²⁴

Gemeente Winschoten

110. “(...)Bij gunning van de opdracht wordt eerst gekeken naar de kwaliteit en vervolgens naar de prijs” .. “De kwekers die worden benaderd zijn geselecteerd op kwalitatief goed materiaal. Bovendien zijn het de kwekers waarde gemeente van oudsher een zakelijke relatie mee onderhoudt. Er worden soms wel eens andere kwekerijen aangeschreven, maar deze reddden het kwalitatief gezien niet bij de kwekers die meestal worden benaderd. (...)”²⁵

111. De clementieverzoekers hebben hierover het volgende verklaard.

Van 't Wout

112. De gemeenten waarover afspraken werden gemaakt, bestelden evengoed direct (één op één) bij Van 't Wout, geen van de gemeenten heeft altijd aan Van 't Wout een offerte gevraagd en niet bij alle onderhandse aanbestedingen van een of meer van de betrokken gemeenten heeft overleg met Darthuizer en Boot plaatsgevonden.²⁶

Boot & Co

113. Gemeenten maakten veeleer gebruik van één op één leveranties of een kleine selectieve groep van boomkwekerijen. Bij één op één- relaties kon de betreffende boomkwekerij jarenlang leveren. Daarbij maakten “buitenommers” het voeren van onderling overleg onmogelijk.²⁷

²³ 5211_1/35.

²⁴ 5211_1/38.

²⁵ 5211_1/43.

²⁶ 5211_1/139.

²⁷ 5211_6/9; 5211_1/163.

Tussenconclusie

114. Veelal vonden de leveranties aan gemeenten plaats op basis van een één op één-relatie tussen de boomkwekerij en de gemeente. De één op één- relatie was meestal gebaseerd op een reeds bestaande zakelijke relatie. Dit wordt door de verklaringen van de clementieverzoekers bevestigd. In die gevallen waarin een gemeente de opdracht verleent middels een aanbesteding, betreft het meestal een onderhandse aanbesteding, waarbij veelal bij dezelfde groep leveranciers een offerte wordt gevraagd. In slechts enkele gevallen wordt de gunning verleend op basis van een openbare aanbesteding.

3.4 Voorgeschiedenis

115. In deze paragraaf wordt een beschrijving gegeven in welke context het onderling contact opnemen, het verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen is ontstaan. Hierbij zal worden ingegaan op de rol van Stichting Kwaliteitsgroen Nederland (SKN).

116. Uit een verslag van een vergadering in 1991 blijkt dat Darthuiser, Boot & Co, M. van de Oever, Ton van de Oever, Bonte Hoek en Mart van Dijk overleg voerden.

*“(....) afgesproken wordt om nu al een begin te maken elkaar te informeren bij het binnenkomen van de offerte's daar waar mogelijk zal, in goed overleg, samenwerking of verdeling met de noodzakelijke prijsverhoging plaatsvinden. (....)”*²⁸

en

*“(....)In dit kader wordt gediscussieerd over de mogelijkheden om te trachten een hogere prijs te verdedigen. (b.v. t.o.v. [onderneming A]) gedacht wordt aan een kwaliteitsomschrijving van het eigen product tegen over de handelskwaliteit. (....)”*²⁹

en

“(....)meldingsplicht/reeds gedaan overleg

Het eerste voorzichtige overleg is op gang gekomen. Er klinken wat sceptische geluiden zo links en rechts, maar men wil doorzetten. Verder kan worden medegedeeld dat de bedrijven M. van Dijk en [vertrouwelijk] door Darthuiser benaderd zijn en positief hebben gereageerd. De eerste afspraken zijn gemaakt. Er leven twee opvattingen onder de aanwezigen.

a. men wil proberen bestaande relatie's in stand te houden.

*b. dit mag niet leiden tot het niet meer kunnen expanderen. Algemeen is men het erover eens dat het laatste in geen geval mag leiden tot het kapot maken van de prijzen. Overleg is dan de enige aangewezen weg. (....)”*³⁰

en

²⁸ 5211_12/36; Verslag vergadering 29 juli 1991 te Bunnik..

²⁹ 5211_12/36; Verslag vergadering 2 september 1991 te Bunnik.

³⁰ 5211_12/36; Verslag vergadering 10 oktober 1991.

“(....)2 overleg

Rondvraag naar de resultaten

T. vd. Oever: Voorzichtig positief, wil doorgaan resultaten nog beperkt doordat er nog wel eens een “derde” bijzit.

Boot & Co.: [vertrouwelijk] is duidelijk positief ondanks een enkele zaak die anders is uitgevallen dan vooruit gedacht. Op de langere termijn is hij zeer verwachtingsvol betere prijzen zal zeker tot betere kwaliteiten leiden.

M. vd. Oever Onderschrijft [vertrouwelijk] zijn woorden. Heeft wel enkele “Bulten” gevallen maar is toch positief.

Bonte Hoek: Op het incident met T. vd. Oever na is Bonte Hoek ook positief gestemd, zeker naar de toekomst gericht.

Darthuizer: Positief gestemd en vinden het geheel een zeer goede ontwikkeling. In het algemeen en zeker waar afspraken zijn gemaakt, zijn duidelijk betere prijzen gerealiseerd. Daar waar de afspraak anders is gelopen dan vooruit gedacht is in ieder geval het prijspeil goed. Tevens constateert Darth. dat het begraven van de eeuwige strijdbijl geleid heeft tot een meer open houding van alle betrokkenen. Het kopen bij elkaar gaat ook een stuk gemakkelijker.

samengevat: het vertrouwen groeit(....)”³¹

De rol van SKN

117. SKN staat voor Stichting Kwaliteitsgroen Nederland. Deze stichting is in 1993 opgericht door zes betrokken ondernemingen, te weten Darthuizer, Boot & Co, Bonte Hoek, M. van den Oever, Udenhout en Ton van den Oever. Mart van Dijk is na de oprichting van de SKN bij de stichting aangesloten. Van 't Wout heeft zich nimmer bij SKN aangesloten.³² Hieronder worden delen van tijdens het onderzoek afgelegde verklaringen weergegeven waarin de betrokken ondernemingen, inclusief de clementie-verzoekers en twee andere boomkwekerijen hun toelichting geven over de rol van de SKN.

Darthuizer

118. Volgens Darthuizer is de SKN opgericht voor het “behoud” van de prijs/ kwaliteit verhouding. Bij de overheid zat steeds minder kwaliteit. In de notulen van de SKN zou staan dat Darthuizer heeft gezegd dat er geen prijsafspraken gemaakt mogen worden. Wellicht dat buiten de SKN om prijsafspraken zijn gemaakt.³³
119. Volgens de voormalige commercieel directeur van Darthuizer “(....)is het doel van de stichting geweest om het kwaliteitsbewustzijn bij de afnemers van bomen te kweken.(..) Binnen SKN-verband werd nooit over prijzen gesproken. De een mocht namelijk niet van de ander weten dat hij een offerte had gekregen. Via de SKN was het wel mogelijk om een bepaald prijsniveau vast te stellen voor de producten. Er is hiervoor een computerprogramma gemaakt waaraan ook een

³¹ 5211_12/36; Verslag vergadering 10 oktober 1991.

³² 5211_9/26.

³³ 5211_2/4.

*meldingssysteem was gekoppeld. (...)"*³⁴

Ton van den Oever

120. SKN is opgericht voor het ontwikkelen van handelsvoorwaarden en kwaliteitsomschrijvingen.
- "(...) Ik was bestuurslid van de SKN, maar dat hield niks in. Secretaris was [vertrouwelijk], die de vergaderingen notuleerde. Het voorzitterschap was roulerend. (...) Wij doen al zo lang niks meer met SKN en in dat verband zijn wij volgens mij 6 a 7 jaar geleden voor het laatst bij elkaar gekomen(...) De eerste jaren van SKN werd er ook over prijzen gesproken. Er werd dan op basis van prijzenboekjes van de bond van boomkwekers en de bond van plantenhandelaren over de prijzen gesproken, er werd dan gesproken over de het verkrijgen van uniformiteit van de prijzen. Ik denk dat er gesproken werd over de prijzen tot ongeveer 1996. In het kader van het mag niet meer zijn wij gestopt in 1998 met het spreken over prijzen. Het is maar een paar jaar in het begin gebruikt. Het is vrij snel gestopt. De leden van het SKN maakten gebruik van het meldsysteem. Wij hebben het meldsysteem gebouwd om te proberen meer rust op de prijzenmarkt te krijgen. Dat is nauwelijks gelukt.(...)"*³⁵

M. van den Oever

121. Men wilde met de SKN er voor zorgen dat er meer kwaliteit kwam. *"(...) Het doel van SKN was om de kwaliteit van de deelnemende ondernemingen te verhogen en te certificeren en op die manier hun niveau te verbeteren. (...)"*³⁶

[Onderneming A]

122. Volgens [onderneming A] is het meldingssysteem een reactie op het programma dat [onderneming A] had ontwikkeld.³⁷

Mart van Dijk

123. Mart van Dijk geeft aan dat het in de stichting ging om promotie en kwaliteitsverbetering.
- "(...) de SKN is opgericht ter kwaliteitsverbetering, het maken van afspraken over klantenverdeling was een duidelijk nevenproduct. (...)"*

³⁴ 5211_12/1.

³⁵ 5211_8/4 Volledigheidshalve verwijst de Raad naar de brief van 12 april 2006 van Ton van den Oever, 5211_8/5.

³⁶ 5211_7/4.

³⁷ 5211_10/4.

Bonte Hoek

124. Volgens Bonte Hoek is SKN opgericht in 1993. Uit het verslag van het gesprek dat met Bonte Hoek is gehouden, heeft hij op de vraag wat de ontwikkeling en exploitatie van software betekent in de omschrijving van het doel van de stichting verklaard dat: *“(....)In het software programma stonden geen prijzen, alleen kwaliteitsomschrijvingen plus een aanduiding van wat de meest gebruikelijke kwaliteit het meest gebruikt werd voor openbaar groen(....).”*
Bonte Hoek heeft tevens verklaard: *“(....)Je kunt met boomkwekerijproducten ontzettend veel sjoemelen. De kwaliteitsnormen kun je voor 50 tot 60% omschrijven. Het zijn eigenlijk geen normen het zijn omschrijvingen waarmee je het product voor ongeveer 50 tot 60 % mee afdekken. De andere 40 tot 50% is hoe je het interpreteert. Dat is niet alleen voor de leverancier, maar zeker de kennis bij de afnemer. (....)”*³⁸

Kon. Boomkwekerijen Alphons van der Bom BV

125. De SKN is niet bij Kon. Boomkwekerijen Alphons van der Bom BV bekend.³⁹

Boomkwekerij M.F Van Kempen & Zn. BV

126. Boomkwekerij M.F Van Kempen & Zn. BV is pas benaderd om lid te worden van SKN toen zij een groter marktaandeel kregen. *“(....)Toen zij (SKN, NMa) niet meer om hen heen konden hetgeen in 2003/2004 is geweest. De SKN heeft hen verteld dat zij eerder bezig zijn geweest met de ontwikkeling van software en ze zijn bezig geweest om toch iets gezamenlijk voor elkaar te krijgen richting de gemeenten. De SKN heeft getracht gemeenten via boeken en folders bewust te maken van de kwaliteitsaspecten van de groenproducten.(....)”*⁴⁰

127. De clementieverzoekers hebben hierover het volgende verklaard.

Van 't Wout

128. Van 't Wout geeft geen verklaring over SKN. Wel verklaart hij dat: *“(....)Als je prijs en kwaliteit kan hanteren dan heb je een boterham en je bent voor je gevoel beter bezig dan dat je met rotzooi zou gaan werken. (....)”*⁴¹

Boot & Co

129. Boot verklaart dat : *“(....) De SKN-leden speelden een rol bij het maken van de afspraken, de SKN zelf niet. De SKN streefde een ideël doel na. De SKN is niet opgezet met het idee om een kartel te vormen. Het is meer een platform geweest van waaruit wij konden komen tot de afspraken(....) Nee, die afspraken werden los van de vergaderingen van de SKN gemaakt.(....)”*⁴²

³⁸ 5211_4/6.

³⁹ 5211_1/39.

⁴⁰ 5211_1/40.

⁴¹ 5211_9/26

⁴² 5211_6/46

Tussenconclusie

130. Begin 1991 heeft een aantal van de betrokken ondernemingen de gedachte uitgesproken dat het prijsniveau te laag was en dat het noodzakelijk werd geacht een en ander te ondernemen. Dit zag zowel op het prijsniveau als op het kwaliteitsniveau. Het naar aanleiding hiervan in 1993 opgerichte SKN, zo herleidt de Raad uit de verklaringen van de betrokken ondernemingen, heeft het behoud van de kwaliteit tot doel. Het behoud van kwaliteit was echter niet een op zichzelf staand doel van de betrokken ondernemingen. De (bij de SKN) betrokken ondernemingen stelden zich eveneens tot doel de prijzen op een aanvaardbaar niveau te krijgen, dan wel te behouden. Hiervoor was een vorm van gegevensuitwisseling nodig waarvoor ondermeer ook een meldingensysteem is gebruikt, dat in de praktijk echter niet naar ieders tevredenheid heeft gefunctioneerd. Dat de SKN niet uitsluitend het “kwaliteitsdoel” diende, blijkt uit het feit dat uitsluitend de betrokken ondernemingen waren aangesloten bij de SKN.⁴³ Blijkbaar stond de SKN in de praktijk niet open voor andere ondernemingen zolang die andere ondernemingen niet tevens aan de systematiek van afspraken wilden deelnemen. De SKN heeft daarmee een platform geboden voor het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen. In de periode vóór 1998 hebben in ieder geval Darthuizer, Boot & Co, M. van de Oever, Ton van de Oever, Bonte Hoek en Mart van Dijk aan het overleg van SKN deelgenomen.

3.5 Contact tussen de betrokken ondernemingen

131. Hieronder worden gedeelten weergegeven van de tijdens het onderzoek afgelegde verklaringen van de directeurs en/of bedrijfsleiders van de betrokken ondernemingen, inclusief de clementieverzoekers en faxen waaruit blijkt dat de betrokken ondernemingen regelmatig onderling contact opnamen alvorens te reageren op een aanbesteding van een gemeente.

Darthuizer

132. Desgevraagd wordt door de voormalig commercieel directeur van Darthuizer verklaard dat:
“(....)wanneer je een offerteaanvraag binnen kreeg, nam je contact op met de andere onderneming om te kijken of er wel of geen afspraak gemaakt kon worden.(....)”⁴⁴
133. In het faxbericht van 9 december 2002 van Darthuizer ⁴⁵ gericht aan Boot & Co wordt het volgende gevraagd:
(.) “Aanvraag
W?
SLV?
L” (.).

⁴³ Met uitzondering van Van 't Wout zie zijn verklaring, 5211_9/26

⁴⁴ 5211_12/2 pagina 2.

⁴⁵ 5211_1/3 document met nummer 04200186340041.

134. Bij faxbericht van 9 december 2002⁴⁶ reageert Boot & Co hierop met:

"(....)Ja

Ja

La?

Hierop reageert Darthuiser met: _ Ja in Li" (....).

In het faxbericht wordt door Darthuiser aan Boot & Co gevraagd of zij de aanvragen van de gemeente Wassenaar en de gemeente A'dam Slotervaart hebben ontvangen, waarop door Boot & Co positief wordt gereageerd. Tevens geeft Boot & Co aan dat het de aanvraag van de gemeente Landgraaf in Limburg heeft ontvangen.

135. In het faxbericht van 7 december 2000 gericht aan Van 't Wout vraagt Boot & Co:⁴⁷

"(....)P.S. 3 Nieuw -> zegt dat er 3 meedoen: kan jij erachter komen wie 3^e is?"

Reactie van Van 't Wout: "probeer ik te achter halen. (....)"

Mart van Dijk

136. Uit de verklaring van Mart van Dijk blijkt dat ook deze onderneming contact opnam. (....)

"[vertrouwelijk] deelt mede dat er nu feiten op tafel liggen, dat er wel een systeem was, waarin gemeld kon worden als er een aanvraag binnen gekomen was en of er onderling wat op kon worden ondernomen. Bij dit systeem was [vertrouwelijk] als SKN-lid betrokken(....) Er was een heel eenvoudig systeem, door het invoeren van een postcodenummer van de klant, uitsluitend de gemeenten klanten, konden uitsluitend de anderen SKN-leden zien dat er een aanvraag van een aanbestedende dienst was binnen gekomen en konden hierop, indien gewenst op reageren, om zodoende niet elkaars klanten af te hoeven pakken.(....) Indien het systeem een koppeling tot stand had gebracht tussen twee kwekers namen de die SKN-leden meestal telefonisch contact met elkaar op om met elkaar tot overeenstemming te komen over die klant. (....)"⁴⁸

Bonte Hoek

137. Bonte Hoek heeft verklaard dat: "(....)Gewoon postcode, meer niet. Je voerde een postcode in een systeem, dat [vertrouwelijk] geloof ik had ontwikkeld, en dat was een heel simpel systeem dan wist je gewoon die en die hebben hem. En dan wist een van de drie wist wel van nou we zijn met z'n drieën zijn en dan was het klaar dan ging je maar calculeren.(....)"⁴⁹

"(....)Dat moesten die bedrijven weten, tenminste dat is bij mij altijd het uitgangspunt geweest.(....)"⁵⁰

⁴⁶ 5211_1/3 document met nummer 04200186340039.

⁴⁷ 5211_1/3 document met nummer 04200186340329.

⁴⁸ 5211_3/3.

⁴⁹ 5211_4/6.

⁵⁰ 5211_4/6.

M. van den Oever

138. M. van den Oever heeft verklaard dat: “(....)U zegt het juist als u zegt: er stond ergens een computer in Nederland en als men dat wilde dan kon men daar een bericht naar sturen. Die berichten hadden dan als inhoud, ik heb een aanvraag voor zoveel bomen door die gemeente. Als er een prijs was dan was het ook niet zo dat het verhoogd werd. Het viel meestal niet mee om te bepalen wie het werk kreeg. (....)”⁵¹

Udenhout

139. Udenhout heeft ter zake van dit aspect in zijn verklaring niets medegedeeld.

Ton van den Oever

140. Ton van den Oever heeft verklaard dat: “(....)U zegt mij nu ook dat u informatie heeft dat er ook een meldsysteem voor aanvragen van gemeenten was en dat zat inderdaad ook in het systeem. Dat meldsysteem is in de eerste jaren gebruikt. Er kwam dan een aanvraag binnen van de gemeentes bij ons en wij melden dat dan aan dat centraal meldsysteem. Dat deden wij om te kennen te geven dat er een aanvraag was. Niet altijd werd er door alle bedrijven gemeld. Het was dan de bedoeling om dan met de bedrijven onderling tot afstemming te komen en zo de aanvragen van de gemeenten te verdelen en tot prijsafspraken te komen. Als er meer SKN bedrijven een aanvraag hadden gemeld dan werd er contact gezocht om tot afstemming te komen voor die aanvraag. (....).”

en

“(....)Het meldingssysteem was wat deze tijdspanne betreft bruikbaar. Toen het systeem actief was, zat er wel vaak tijdsdruk achter. Door middel van het meldingssysteem en door middel van faxen kwam ik er achter wie een aanvraag van een gemeente hadden ontvangen. Via de fax werd door collega's voor zover ik weet alleen SKN-leden, geïnformeerd wie er een aanvraag van een gemeente had ontvangen. (....)”⁵²

141. De clementieverzoekers hebben hierover het volgende verklaard.

Van 't Wout

142. Van 't Wout heeft verklaard: “(....)Van het Wout, Boot en Darthuizer informeerden elkaar in die gevallen wie in de betreffende opdracht geïnteresseerd was en tegen welke prijs zij bereid waren het groenmateriaal te leveren. (....)”⁵³

⁵¹ 5211_7/4.

⁵² 5211_8/4 Volledigheidshalve verwijst de Raad naar de brief van 12 april 2006 van Ton van den Oever, 5211_8/5.

⁵³ 5211_9/7.

Boot & Co

143. Boot heeft verklaard dat: *“(....)Alleen in de gevallen waar we met twee of drie inschrijvers waren en wisten wie er meededen waren er zinnige afstemmingsmogelijkheden, zo was de conclusie(....)”⁵⁴* en, *“(....)Volgens mij maakte [vertrouwelijk] gebruik van beide communicatiemiddelen. Ik heb hem gesproken aan de telefoon, maar ik heb ook wel eens een fax van hem gehad. “Je voerde dan een postcode in van de gemeente die een offerte had aangevraagd en dan kreeg je terug via dat systeem wie er nog meer een aanvraag van die gemeente hadden gehad en deze ook gemeld hadden.(....)”⁵⁵*

Tussenconclusie

144. Mede aan de hand van de hierboven genoemde verklaringen concludeert de Raad dat de betrokken ondernemingen met elkaar (in wisselende samenstelling) op enigerlei wijze contact hadden over het leveren van boomkwekerijproducten aan gemeenten. De betrokken ondernemingen namen met elkaar contact op door middel van faxberichten en/of telefoon. Hiernaast gebruikten de betrokken ondernemingen ten behoeve van het uitwisselen van gegevens tot medio 1999 een meldingssysteem. De Raad concludeert tevens dat de betrokken ondernemingen overgingen tot het verdelen van de leveranties en tot het afstemmen van de inschrijfprijzen. Voorwaarde hiervoor was dat er geen “buitenommers”⁵⁶ deelnamen aan de aanbestedingsronden van de gemeenten. Men spreekt in dit verband van “buitenommers” indien een niet bij het verdelen van de leveranties en afstemmen van de inschrijfprijzen betrokken boomkwekerij is betrokken bij de aanbesteding van een gemeente.

3.6 Wijze van verdelen van de leveranties en afstemming van de inschrijfprijzen

145. Hieronder worden die delen van documenten die zich in het dossier bevinden weergegeven en de door de clementieverzoekers tijdens het onderzoek afgelegde verklaringen die zien op de wijze van het onderlinge overleg bij het indienen van offertes aan gemeenten, waaronder het onderling afstemmen van de inschrijfprijzen.

Darthuizer

146. In een faxbericht van 25 november 1998 van Darthuizer gericht aan Boot & Co wordt er een voorstel ingediend voor het afstemmen van de inschrijfprijzen van de gemeente Castricum. *“(....)om de goede man niet in de verleiding te brengen te splitsen verzoek ik jullie om bij alle projecten (gemiddeld) 3-7% boven ons te schrijven. (....)”⁵⁷*
147. In een faxbericht van 28 oktober 1998 geeft Darthuizer aan Ton van den Oever en Boot & Co de inschrijfprijzen aan betreffende de gemeente Zevenaar.⁵⁸

Boot & Co

⁵⁴ 5211_6/46.

⁵⁵ 5211_6/46.

⁵⁶ De betrokken ondernemingen spreken in hun zienswijzen van “buitenommers”.

⁵⁷ 5211_1/3 document met nummer 04200593390101.

⁵⁸ 5211_1/3 document met nummer 04200593390211.

148. In een ongedateerd faxbericht ⁵⁹ gericht aan Darthuiser worden inschrijfprijzen vermeld inzake de gemeente Den Helder.

*“(.)Wijk schouw he 35.068,50 pijltje naar beneden 3% 34201,60 (door Darthuiser
bijgeschreven,NMa)*

Lb. 1.050,=

wijk havendiep he 38.108,50 pijltje omhoog + 3 % 40499,50 (door Darthuiser bijgeschreven,NMa)

Lb. 840,=

Zo schrijven wij; laat mij jouw bedragen nog weten(.) “

Volgens de Raad wordt met “Lb”, onderscheidenlijk “he” laanbomen, onderscheidenlijk heesters bedoeld.

149. In het faxverkeer op 28 maart 2001 en 30 maart 2001 ⁶⁰ tussen Boot & Co en Darthuiser en Van 't Wout worden inschrijfprijzen weergegeven inzake een offerte aan de gemeente K (Katwijk, NMa). Het document geeft voor negen straten/ wijken van de gemeente Katwijk de offerteprijzen van Boot & Co, Darthuiser en Van 't Wout weer, waarbij bij diverse offerteprijzen een pijltje omhoog staat en een hogere offerteprijs.

150. In een faxbericht van 7 december 2000 ⁶¹ van Boot gericht aan Darthuiser en Van 't Wout geeft Boot & Co zijn inschrijfprijzen weer, waarbij door Darthuiser zijn inschrijfprijzen zijn bijgeschreven.

151. In het faxbericht van 8 januari 2001 ⁶² van Boot & Co worden de inschrijfprijzen weergegeven van Boot & Co en een derde. Daarbij bevat het faxbericht een voorstel:

“(....)Mijn voorstel: B & C als laagste (per project veel hoger/lager zodat wellicht toch gesplitst wordt?

⁵⁹ 5211_1/3 document met nummer 04200593390106.

⁶⁰ 5211_1/3 document met nummer 04200186340235.

⁶¹ 5211_1/3 document met nummer 04200185340328.

⁶² 5211_1/3 document met nummer 04200186340315.

Dart levert toe
Udenh: 7,5% uitkering

Graag jullie reactie want 10/1 moet de offerte binnen zijn.(....)"

Van 't Wout

152. In het faxbericht van 14 oktober 2002 ⁶³ van Van 't Wout aan Boot & Co en Darthuiser worden de volgende gegevens vermeld:

(.)Aan [vertrouwelijk]/ [vertrouwelijk].

<i>Betreft D.H.</i>	<i>Prijstotaal.</i>		
	<i>Wout</i>	<i>Dart</i>	<i>Boot</i>
<i>Vogelwijk -> Darthuiser</i>	1190	1102	1228
<i>De Schooten -> Darthuiser</i>	1045	975	1021
<i>Nieuw Den helder -> van 't Wout</i>	5475	xxx ⁶⁴	5729
<i>Julianadorp -> Boot & Co</i>	4265	4251	4104
<i>Begraafplaats-> darthuiser</i>	1121		1152
<i>is dit OK(.)</i>			

Boot reageert met: "*(.)Ja, verschil volgende keer recht trekken.*"

Darthuiser reageert met: "*Dit zijn de definitieve prijzen(.)*."

Deze fax vermeldt ook de volgende passage: "*(.)Fax jouw prijzen even aan mij terug ! (.)* "

M. van den Oever

153. Uit het faxbericht van 12 oktober 2001 ⁶⁵ van Darthuiser wordt aan M. van den Oever verzocht:

"(.)Hierbij de prijzen van Maassluis
svp 5 à 10 erboven
veel dank voor je medewerking!
Tot wederdienst bereid(.)."

Mart van Dijk

154. Uit het faxbericht van 2 november 1998 ⁶⁶ van Mart van Dijk waarin aan Boot & Co en Darthuiser wordt verzocht:

"(.)Lijst M.
Julie gaan er dusboven(.)!".

⁶³ 5211_1/3 document met nummer 04200186340373.

⁶⁴ Bedrag is onleesbaar.

⁶⁵ 5211_1/3 document met nummer 04200186340219.

⁶⁶ 5211_1/3 document met nummer 04200593390105.

Udenhout

155. In het faxbericht van 11 januari 1999⁶⁷ verzoekt Udenhout aan Darthuizer om een offerte te zenden naar stadsdeel Osdorp en daarbij aan te bieden:
“(.)65 Tilia tom. Doornik 20-25 dr.kl. à fl 425,- franco ex BTW. (.)”

Bonte Hoek

156. Uit het faxbericht van 24 oktober 2001⁶⁸ verzoekt Boot & Co mede aan Bonte Hoek:
“(.)minimaal € 15.175= schrijven(.)”
157. De clementieverzoekers hebben hierover het volgende verklaard.
158. Boot & Co geeft in haar verklaring aan dat: “(....)Bij de gemeente Den Helder ging het wel vaak goed. Ieder van ons kreeg zijn deel van de levering en de gemeente vond het ook prima dat het dan zo verdeeld werd, althans die indruk had ik. De gemeente wist niets van de afspraken af, maar stuurde wel aan op het verdelen van een levering onder verschillende leveranciers. (....)”⁶⁹

Van 't Wout

159. Van 't Wout geeft in zijn verklaring van 18 augustus 2006 aan dat: “(....) de voorkeur die je had faxte je naar [vertrouwelijk] (Darthuizer, NMa) en [vertrouwelijk] (Boot & Co, NMa) die geven hun prijzen en dan is het op een gegeven moment de vraag of als we het zo doen of partijen akkoord gaan. En dan werd de offerte nog een keer gefaxt als je hem moet aanpassen bijvoorbeeld, als je net iets te duur bent of zo, en dan gaat hij de deur uit.(....)”⁷⁰

Tussenconclusie

160. De betrokken ondernemingen hebben, nadat men onderling contact had opgenomen, in de voorkomende gevallen onder meer de leveranties verdeeld en de inschrijfprijzen afgestemd.

3.7 Andere aspecten van het onderling afstemmen van de inschrijfprijzen

161. Hieronder worden delen van faxberichten en de tijdens het onderzoek door de clementieverzoekers afgegeven verklaringen weergegeven waaruit andere aspecten blijken die onderdeel uitmaakten van het verdelen van de leveranties en het onderling afstemmen van de inschrijfprijzen door de betrokken ondernemingen.

Toerbeurtsysteem

162. Het faxbericht van 12 oktober 1998⁷¹ van Ton van den Oever en gericht aan Boot & Co en Van 't Wout heeft betrekking op de levering aan de gemeente Tholen en bevat tevens de reactie van Boot & Co op de fax. Het faxbericht geeft de bedragen aan voor de inschrijving voor het najaar 1998. Door Ton van den Oever aangegeven dat “(.)TvdO levert seizoen “99-2000” (.)”.

⁶⁷ 5211_1/3 document met nummer 04200593390182.

⁶⁸ 5211_1/3 document met nummer 04200186340286.

⁶⁹ 5211_6/9.

⁷⁰ 5211_9/26.

⁷¹ 5211_1/3 document met nummer 0420059339 0109.

163. Het faxbericht van 14 oktober 2002 ⁷² van Van 't Wout gericht aan Boot & Co en Darthuizen bevat de reactie van Darthuizer:

"(.)Dit zijn de definitieve prijzen. [vertrouwelijk]. Fax jouw prijzen even naar mij terug vr. gr. [vertrouwelijk] (.)"

en de reactie van Boot & Co:

"(.) Ja, verschil volgende keer recht trekken(.)"

164. Het faxbericht van 23 oktober 1998 ⁷³ van Ton van den Oever gericht aan Boot & Co en Darthuizer betreft de levering aan de gemeente Zevenaar:

"(.)betreft Zev

Wij leveren dit jaar graag de heesters

Bomen is bijna niets

Kan ik hierover met voorstel naar Julie komen.

Vr. gr.

[vertrouwelijk] (.)"

Het faxbericht bevat ook de reactie van Darthuizer:

"(.)[vertrouwelijk], daar voel ik niets voor wij zijn dit jaar aan de beurt. Jullie hebben ieder jaar de bomen en wij moeten om en om doen. Ik doe een voorstel ! mvg. [vertrouwelijk]" (.)

165. Bij faxbericht van 5 maart 2001 ⁷⁴ reageert Boot & Co op het faxbericht van Darthuizer met de mededeling dat :*N.B. Katwijk heb ik eerste keer niets, 2^e keer 957 gehad.*

166. Bij faxbericht van 25 november 2002 ⁷⁵ merkt Darthuizer op dat:

"(.)volgens mijn adm. zijn wij dit jaar aan de beurt. (.)"

Ton van den Oever reageert met:

"(.)Mis. Bonte H. heeft vorig j. geleverd. Toen waren wij aan de beurt. Dit jaar wij dus. Ik kom met voorstel(.)" Darthuizer reageert met:

(.)[vertrouwelijk] Hij heeft gelijk. Wij hebben in 2000 geleverd. Bonte Hoek 2001 nu is dus TvdO aan de beurt! (.) "

167. In het faxbericht van 3 november 1998 ⁷⁶, gericht aan Boot & Co stelt Darthuizer:

"(.)Wij willen nu graag leveren, omdat zoals gezegd wij vorig jaar helemaal niet aan de bak geweest zijn. ... Volgende keer jullie(.)"

⁷² 5211_1/3 document met nummer 0420018634 0373.

⁷³ 5211_1/3 document met nummer 04200593390213.

⁷⁴ 5211_1/3 document met nummer 04200186340246.

⁷⁵ 5211_1/3 document met nummer 04200186340051.

⁷⁶ 5211_1/3 document met nummer 04200593390220.

168. In het faxbericht van 24 oktober 1998 ⁷⁷ bericht Darthuizer aan Boot & Co:

"(.)betreft W.

Vorig jaar hebben zowel [vertrouwelijk] als jij een lijst van W gekregen, wij niet. Heb jij er een probleem mee als wij dit keer ervoor gaan?

Mvg [vertrouwelijk]" (.)

169. In faxbericht van 29 november 2002 ⁷⁸ van Darthuizer gericht aan Ton van den Oever en Bonte Hoek wordt door Darthuizer het volgende medegedeeld:

"(.)Ik heb met de directie overlegd betreffende W.

Tot nu toe was het zo

99/00	Dart
00/01	BH
01/02	TvdO -> BH geworden
02/03	Dart.
03/04	BH -> moet worden TvdO
04/05	TvdO

Enz.

wij willen aan deze volgorde vasthouden en vinden dat alles niet moet opschuiven omdat de gemeente een andere keus heeft gemaakt. TvdO moet wel ipv BH komen bij 03/04 ! het verschil met no 1 en 2 bij de inschrijving moet wat groter gemaakt worden Svp voor 12:00 uur reactie anders gaat de offerte eruit ivm tijdstip van inleveren.

Mvg [vertrouwelijk]. (.)"

170. In het faxbericht van 1 oktober 1998 ⁷⁹ bericht Ton van den Oever aan Boot & Co en Darthuizer dat:

"(.)Vervolg Th.

onze aanvulling op jouw(Jack) voorstel is: TvdO als 2e inschrijver in bedrag zijn f 4.3940,- TvdO volgend jaar laagste inschrijver.

In reactie hierop stelt Darthuizer:

"dat lijkt mij niet! Jullie zijn het laatste erbij gekomen dan ook achteraan sluiten volgens mij? Volgend jaar dus Darth. Mvg [vertrouwelijk]" (.)

⁷⁷ 5211_1/3 document met nummer 04200593390218

⁷⁸ 5211_1/3 document met nummer 04200186340368

⁷⁹ 5211_1/3 document met nummer 04200593390212

171. In het faxbericht van 1 november 1998 ⁸⁰ bericht Darthuizer aan Boot & Co ondermeer dat:
"(.) Wijchen/ Maastricht vorig jaar geen van beide gehad nu wil ik in ieder geval één van de twee(.)"

In het faxbericht van 3 november 1998 ⁸¹ reageert Darthuizer als volgt aan Boot:
*"(.) Voorstel Wijchen
Wij willen graag leveren, omdat zoals gezegd wij vorig jaar helemaal niet aan de bak zijn geweest...
Volgende keer jullie.. gaarne reactie" (.)*

Wijkverdeling

172. De wijkverdeling blijkt uit het faxverkeer van 28 en 30 maart 2001 tussen Boot & Co, Van 't Wout en Darthuizer. Het faxverkeer heeft betrekking op de gemeente "K" (Katwijk, NMa). In de fax worden 9 wijken genoemd. Dit zijn naar alle waarschijnlijkheid "Parklaan, Zeeweg, Wasse..., Rijnsoever, Zwanenburg, Triangel, Wass. Zuid, Poolster en Duinoord.⁸² Achter iedere wijk worden inschrijfprijzen vermeld van Boot & Co, Van 't Wout en Darthuizer. Om de wijken te verdelen zijn bij Duinoord en Zwanenburg de inschrijfprijzen van Boot & Co omcirkeld, bij Parklaan, Zeeweg en Poolster zijn de inschrijfprijzen omcirkeld van Van 't Wout. Bij de overige wijken zijn de inschrijfprijzen van Darthuizer omcirkeld.
173. Uit het faxverkeer van 18 november 2000 ⁸³ tussen Van 't Wout en Boot & Co en Darthuizer blijkt de wijkverdeling bij de levering aan de gemeente Westvoorne: *"(.) Oostvoorne en Rokanje?? Dwarsweg, Bezinkbassin(.)"*
174. Uit het faxbericht van 14 oktober 2002 ⁸⁴ van Van 't Wout gericht aan Boot & Co en Darthuizer blijkt dat de met betrekking tot de leveranties aan de gemeente D.H. (Den Helder, NMa) de volgende wijken worden genoemd: Vogelwijk, De Sloten, Nieuw Den Helder, Julianadorp en Begraafplaats. De Vogelwijk, De Schooten en de begraafplaats gaan naar Darthuizer, Nieuw Den Helder gaat naar Van 't Wout en Julianadorp gaat naar Boot & Co. Het faxbericht bevat de reactie van Darthuizer:
"(.) Dit zijn de definitieve prijzen. [vertrouwelijk]. Fax jouw prijzen even naar mij terug vr. gr. [vertrouwelijk] (.)"

Het faxbericht bevat ook de reactie van Boot & Co.

"(.) Ja, verschil volgende keer recht trekken. (.)"

⁸⁰ 5211_1/3 document met nummer 04200593390206

⁸¹ 5211_1/3 document met nummer 04200593390204.

⁸² 5211_1/3 document met nummer 04200186340235.

⁸³ 5211_1/3 document met nummer 04200593390343.

⁸⁴ 5211_1/3 document met nummer 04200186340373.

175. Verder blijkt de wijkverdeling uit het (ongedateerde) faxbericht ⁸⁵ waarin de verdeling tussen Van 't Wout, Darthuiser en Boot & Co van de levering aan de gemeente Den Helder wordt weergegeven. Op het faxbericht staan 12 wijken van Den Helder vermeld.

Productsoortverdeling

176. Het faxbericht van 23 oktober 1998 ⁸⁶ van Ton van den Oever en gericht aan Boot & Co en Darthuiser heeft betrekking op de levering aan de gemeente Zevenaar.
"(.)wij leveren dit jaar graag de heesters. Bomen is bijna niets. Kan ik hierover met voorstel naar jullie toe komen. Vr. gr. [vertrouwelijk] (.)"
Het faxbericht bevat ook de reactie van Darthuiser:
"(.)[vertrouwelijk], daar voel ik niets voor wij zijn dit jaar aan de beurt. Jullie hebben ieder jaar de bomen en wij moeten om en om doen. Ik doe een voorstel ! mvg. [vertrouwelijk]" .(.)
177. Het faxbericht van 14 januari 2004 ⁸⁷ van Darthuiser gericht aan Boot & Co bevat de mededeling:
"(.)jij de laanbomen (is voor 50 % => 2004/2005)" .(.)

Gemeenteverdeling

178. In het faxbericht van 7 december 2000 ⁸⁸ geeft Boot & Co aan Darthuiser een voorstel inzake de levering aan de gemeente G. In reactie hierop bericht Darthuiser:
*"(.)voorstel maar dan wil ik V. leveren. Toelevering of vergoeding?
Gemeente Leids. (Leidschendam) wordt gesplitst
Gemeente Wa. (Wassenaar(.))*

Onderlinge verrekening

179. Bij faxbericht van 24 februari 1999 ⁸⁹ bericht Boot & Co aan Darthuiser en Udenhout het volgende.
"(.)Betr. Sch/ V.park.

Totaal : f 30.631,=

Toeleveren niet interessant voor jullie dus een voorstel in "kaakjes", zoals gebruikelijk bij 3 deelnemers
7,5% = f 2.297 is f 2300,= voor beide.

Accoord.
Mvrg. (.)"

In reactie hierop bericht Darthuiser het volgende:

⁸⁵ 5211_1/3 document met nummer 04200593390350.

⁸⁶ 5211_1/3 document met nummer 04200593390213

⁸⁷ 5211_1/3 document met nummer 04200593390377

⁸⁸ 5211_1/3 document met nummer 04200186340329

⁸⁹ 5211_1/3 document met nummer 04200593390144

"(.)liever koekjes" en "ja"
"volgende lijst in principe voor ons
Groet [vertrouwelijk] (.)"

180. In het faxbericht van 20 december 2001⁹⁰ bericht Ton van den Oever het volgende aan Darthuizer.

"(.)Bij deze bevestig ik onze afspraak gem. Me.
Wij schrijven lager bij de bomen (c 7000,- €)
Jullie bij de heesters.
Bij de opdracht krijgen wij een vergoeding van f 5000,= excl.
Vr. gr.
[vertrouwelijk] (.)"

181. In het faxbericht van 12 oktober 2001⁹¹ gericht aan Darthuizer bericht Bonte Hoek als volgt.
"(.).Goedemorgen,

Gisterenavond met [vertrouwelijk] (Boot & Co, NMa) gesproken. Ik dacht dat je al op de hoogte was van het voorstel. Dus niet, sorry. Zoals je weet is bij G. prijs onderdeel van een heel scala van beoordelingsonderdelen. Tijdens was vorige jaar de scherpste maar kwam bij lange na niet aan de overige zaken en viel af! Met [vertrouwelijk] heb ik gepraat en hij is in principe akkoord met éénzelfde uitgangspunt m.b.t. de kortingen + degene die de opdracht krijgt, uitkeert op basis van jaaromzet!.

Vorig jaar was het als volgt:

	Boot	BH	MvO	Darth.
-100.000	15	12,5	12,5	
-200.000	17,5	15,0	15,0	15,0
v.a. 200.000	20,0	18,0		

+ 2% tezamen met de bomen.

Omdat ik de bomen niet kreeg, kreeg Jack de heesters en ik dus niets
Nu kunnen we ongeveer hetzelfde gaan doen bv [vertrouwelijk] en ik 3 verschillende percentage's en jij een maar dan een hoger percentage's overleg je dit met [vertrouwelijk]??

[vertrouwelijk] (.)"

⁹⁰ 5211_1/3 document met nummer 04200186340159

⁹¹ 5211_1/3 document met nummer 04200186340220.

182. Mart van Dijk.

Uit het faxbericht van 7 november 2001⁹² van Mart van Dijk aan Boot & Co en Darthuizer wordt door Mart van Dijk inzake de levering van hagen, bosplantsoen, hедера en heesters inschrijfprijzen genoemd, waarbij met X de voorkeuren van Mart van Dijk worden aangegeven.

183. De clementieverzoekers hebben hierover het volgende verklaard.

Boot & Co.

184. Boot & Co heeft verklaard dat: "(...) *Tevens bepaalden de kartel deelnemers of, en zo ja, welke vorm van vergoeding moest worden toegerekend aan de kartel deelnemers die hoger op de aanbesteding inschreven(...)*"⁹³

Van 't Wout

185. Van 't Wout heeft verklaard dat: "(...) *Ze rekenen gewoon met elkaar contant af. Ze zeggen gewoon dat ze nog moeten afrekenen van vorig jaar. (...)*"⁹⁴

Tussenconclusie

186. Als onderdeel van het verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen maakten de betrokken ondernemingen onder meer gebruik van een toerbeurtsysteem – het om de beurt beleveren van de gemeenten -, een wijkverdeling –het leveren van alle boomproducten voor een of meerdere wijken van een gemeente–, een productsoortverdeling – de voorkeur om een bepaalde boomkwekerijproducten te leveren– dan wel een gemeenteverdeling – de voorkeur om de gehele leverantie van de boomkwekerijproducten aan de gemeente te leveren–. Het systeem van afstemming van de inschrijfprijzen kenden ook een vergoedingensysteem die bestond uit een geldelijke vergoeding of het mogen leveren van boomkwekerijproducten aan de laagste inschrijver.

3.8 De duur van het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen.

Aanvang

187. Hieronder worden gedeelten uit faxberichten weergegeven die betrekkingen hebben op het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en afstemmen van de inschrijfprijzen in de jaren 1996 en 1997.

⁹² 5211_1/3 document met nummer 04200186340273.

⁹³ 5211_6/46.

⁹⁴ 5211_9/26.

188. Bij faxbericht van 20 november 1996 ⁹⁵ geeft Boot & Co de totalen voor de gemeente Z. weer.

"(.)Z. totalen

<i>R</i>	<i>1</i>	<i>16265</i>
	<i>2</i>	<i>6.254</i>
	<i>3</i>	<i>4.117</i>
<i>Begrpl</i>		<i>1.898 (.)"</i>

Darthuizer geeft hierop haar inschrijfprijzen ⁹⁶

<i>(.)R</i>	<i>1</i>	<i>16265</i>	<i>14027</i>
	<i>2</i>	<i>6.254</i>	<i>5492</i>
	<i>3</i>	<i>4.117</i>	<i>3602</i>
<i>Begrpl</i>		<i>1.898"</i>	<i>1898(.)</i>

In reactie hierop zendt Boot & Co haar commentaar op het voorstel:

"(.)Julie hebben de 1^e keer meer gekregen dan wij! (.)"

en

"(.)[vertrouwelijk]

Spoeed

Dit moet echt afgerond worden !

(je wordt echt traag! (.))"

en

"(.)Svp bedragen faxen ! mvgr

[vertrouwelijk] (.)"

189. In het faxbericht van 17 november 1997 ⁹⁷ staan de inschrijfprijzen van Boot, Darthuizer en Mart Van Dijk weergegeven. Door middel van pijltjes wordt aangegeven of een inschrijfprijs naar boven dan wel naar beneden moet worden aangepast. Ook wordt door middel van het omcirkelen een voorkeur voor het leveren aangegeven. Door middel van een * wordt de laagste inschrijfprijs aangegeven.

⁹⁵ 5211_1/3 document met nummer 04200186340388.

⁹⁶ 5211_1/3 document met nummer 04200186340387.

⁹⁷ 5211_1/3 document met nummer 04200186340394.

190. In het faxbericht van 18 december 1997⁹⁸ tussen Darthuiser en Bonte Hoek, waarin Ton van den Oever ook wordt genoemd, wordt de gemeente Wi. besproken. In reactie op een faxbericht van 18 december 1997 van Bonte Hoek gericht aan Darthuiser wordt de inschrijving voor de gemeente Wi. besproken. Bonte Hoek geeft aan dat Ton van den Oever nog niet heeft gereageerd. In reactie op dit faxbericht verzoekt Darthuiser aan Bonte Hoek: “(.)*Sluit jij kort met T vd O? mvg [vertrouwelijk]. (.)*”
191. Een faxbericht uit december 1997⁹⁹ geeft het maken van prijsafspraken tussen Darthuiser en Ton van den Oever aan. In een faxbericht van december 1997 verzoekt Ton van den Oever opheldering inzake een inschrijving bij de gemeente De Bilt. Darthuiser reageert hierop met “*nee*” bij de vraag naar Sy. Hamens en “*ja*” bij een vraag inzake Pink del.

Einde

192. Uit de voorliggende weergave van de feiten blijkt dat de betrokken ondernemingen sinds de jaren 1996/ 1997 continue met elkaar in contact zijn gebleven om hun praktijk voort te zetten. Hieronder worden gedeelten uit faxberichten en de tijdens het onderzoek door de clementieverzoekers afgegeven verklaringen weergegeven waaruit blijkt dat het onderling contact opnemen, het verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen ook in januari en februari 2004 nog steeds plaatsvond.
193. Bij faxbericht gedateerd op 25 februari 2004 van Darthuiser gericht aan Van 't Wout betreffende gemeente K. (Katwijk, NMa). Voor 7 wijken wordt door Darthuiser een door Darthuiser te gebruiken en een door Van 't Wout te gebruiken prijs opgegeven. Van 't Wout reageert door de vermelding: “(.)*OK, berb th. Darts def. Wel mee tellen maar niet leverbaar. [vertrouwelijk] (.)*”¹⁰⁰
194. Bij faxbericht gedateerd op 7 januari 2004 van Darthuiser gericht aan Van 't Wout betreffende leveranties aan gemeente V (Velzen, NMa). Darthuiser geeft een overzicht van prijzen van Darthuiser en Van 't Wout voor een 6-tal wijken en rozen. In reactie hierop stuurt Van 't Wout zijn prijsopgaven (bedragen zijn onduidelijk) en hij voorziet drie wijken van een krul en drie wijken van een pijl omhoog. Hij vraagt ook aan Darthuiser: “(.)*wil jij even iets omhoog gaan waar een pijl staat. Laat me even het resultaat zien aub. vr. gr. [vertrouwelijk] (.)*”

Darthuiser vermeldt de aangepaste prijzen.¹⁰¹

⁹⁸ 5211_1/3 document met nummer 04200186340398.

⁹⁹ 5211_1/3 document met nummer 0420018634 0400.

¹⁰⁰ 5211_1/3 document met nummer 04200593390357.

¹⁰¹ 5211_1/3 document met nummer 04200593390339.

195. Op 12 januari 2004 zendt Darthuiser een fax¹⁰² naar Boot & Co inzake Haarlemmermeer.
(.)*Heb jij nog wat H'meer? Gr. [vertrouwelijk]* (.)
Op 12 januari 2004 faxt Jack terug met: (.)*Ja, F1 en F2.* (.)
Hierop reageert Darthuiser met het omcirkelen van F1 met daarbij de opmerking "(.)*ook van 't Wout* (.)". En bij F2: (.)*geen He??* (.) En (.) (=Lb) (.), tevens merkt hij op: "(.)*ik F2 en F5* (.)".

Vervolgens reageert Boot & Co met de opmerking: "(.)*Ja ook!* (.)"
En "(.) *F 2 5825-*
Jij de laanbomen (is van 50% -> 2004 en 2005) (.)"

De faxwisseling eindigt met de opmerking van Boot & Co:
"(.)*[vertrouwelijk] wordt niets! Heb [vertrouwelijk] gebeld, zit ook bij M v/d O en XXXX*
(onleesbaar) (.)"

196. Op 16 januari 2004¹⁰³ vindt er faxverkeer plaats tussen Boot & Co, Darthuiser en Van 't Wout:
"(.)*aanvraag Dv. Land. Gr. P.* "en vraagt tevens: "*met hoeveel zijn we?* (.)"
Van 't Wout reageert met:
"(.)*nee. Wout.* (.)"
[vertrouwelijk] (Boot & Co, NMa) reageert met
"(.)*Ja*" en geeft aan: "*Vraag ik Na!*". Vervolgens reageert Boot met: "*3x dus ook M v/d O,*
vermoed ik. (.)"
197. Op 5 februari 2004¹⁰⁴ vraagt Boot & Co blijkens de reactie, aan Van 't Wout :
"(.)*aanvr. N ? (per tel) gr.* (.)"
In reactie hierop vraagt Van 't Wout: "*iets duidelijker svp mvg. [vertrouwelijk].*"
Boot & Co geeft vervolgens aan dat "N" staat voor "*Noordwijkerhout.* (.)"
Van 't Wout geeft aan: "(.)*Ja, 2x – 1x is weg en al opdracht en – 1x is weg nog niets gehoord* (.)".
198. Het faxbericht¹⁰⁵ (ongedateerd) Van 't Wout gericht aan Boot & Co en Darthuiser inzake gemeente D.H. en ziet op de lijst van 12-01-04 waarin de door Van 't Wout en Boot te hanteren prijzen staan vermeld.

199. Op 11 februari 2004¹⁰⁶ faxt Darthuiser naar Boot & Co met de vraag: "*aanvraag D?*"
In reactie hierop bericht Boot: " (.) *Ja. hoeveel/welke?* (.)"
Daarna geeft Darthuiser aan: "(.) *10 x welke objecten heb jij?* (.) "

200. De clementieverzoekers hebben hierover het volgende verklaard.

¹⁰² 5211_1/3 document met nummer 04200593390384.

¹⁰³ 5211_1/3 document met nummer 04200593390374.

¹⁰⁴ 5211_1/3 document met nummer 04200593390367.

¹⁰⁵ 5211_1/3 document met nummer 04200593390380.

¹⁰⁶ 5211_1/3 document met nummer 04200593390362.

Van 't Wout

201. In de verklaring van Van 't Wout van 18 augustus 2006 ¹⁰⁷ heeft Van 't Wout desgevraagd bevestigd dat hij van 1998 tot eind 2004 overleg heeft gevoerd met Darthuizer en Boot & Co.

Boot & Co

202. In de verklaring van Boot wordt aangegeven dat: “(.)*In het voorjaar van 2004 heeft [vertrouwelijk] nog contact gezocht met de afdeling(.)*.”¹⁰⁸

Tussenconclusie

203. In de jaren voorafgaande aan het jaar 1998 is er door de Boot & Co, Darthuizer, Mart van Dijk, Bonte Hoek en Ton van den Oever onderling contact opgenomen, leveranties verdeeld en zijn inschrijfprijzen afgestemd. Volgens het schriftelijke bewijs is in ieder geval op 25 februari 2004 door Van 't Wout, Boot & Co en Darthuizer nog contact opgenomen, de leveranties verdeeld en de inschrijfprijzen afgestemd. Het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het onderling afstemmen van de inschrijfprijzen van boomkwekerijproducten voor leveranties aan gemeenten in Nederland heeft in ieder geval geduurd vanaf 1 januari 1998 tot en met 25 februari 2004.

3.9 De deelname aan het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen

204. Hieronder worden delen van faxberichten weergegeven die betrekking hebben op het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het onderling afstemmen van de inschrijfprijzen in het jaar 1998 door ieder van de betrokken ondernemingen.

Darthuizer

205. Faxbericht van 20 februari 1998 ¹⁰⁹ van onderneming A gericht aan Darthuizer.

“(.)*Beste [vertrouwelijk]*,

“*Offerte d is bij ons al weg, sorry, ik ben wegens een begrafenis een dag weg geweest en hij is reeds verstuurd. (.)*”

Voor Rayon 1,2,3 en 4 worden de voorgestelde prijzen aangegeven alsmede bij 3 wijkposten.

Darthuizer reageert met:

“(.)*Beste [vertrouwelijk]*

Wij zitten duidelijk te laag!

206. *Kan jij je zo in de verdeling vinden? Voor rayon 3 zou ik best willen toeleveren 250 aaa 225 bbb (doorgehaald) en 870 cc OK? gaarne reactie mvgr [vertrouwelijk]. (.)*”

¹⁰⁷ 5211_9/26.

¹⁰⁸ 5211_6/46

¹⁰⁹ 5211_1/3 document met nummer 04200186340389.

Boot & Co

207. Bij faxbericht van 13 december 1998 ¹¹⁰ gericht aan Darthuizer geeft Boot & Co zijn inschrijfprijzen weer.

"(.)betr: Vh. (de M).

Totalen van [vertrouwelijk]

Grondwel f 5.052,=

Poortland 10.189,=

Energieb. 680,= svp minimaal 5% erboven

Boomgaard 1574,=

Vrijthof 1085,=

(wij vermelden geen totaal)

Mvrgr.

[vertrouwelijk] (.)"

M. van den Oever

208. In het faxbericht van 16 oktober 1998 ¹¹¹ van Darthuizer gericht aan Boot & Co en M. van den Oever wordt gevraagd naar: *"(.)Lijstje L te utr. (.)"* En *"(.)G te L. (.)"*

Bonte Hoek

209. Faxbericht van 21 september 1998 ¹¹² van Bonte Hoek aan Darthuizer.

"(.)Goedemorgen [vertrouwelijk],

Zaterdag 19 september '98 is bij ons binnen gekomen AA H

€ regel 800 Steph.

Eindregel 6 Aexulus

Bij wie ligt deze nog meer ?

[vertrouwelijk] (.)?

Ton van den Oever

210. Bij faxbericht van 30 oktober 1998 ¹¹³ geeft Ton van den Oever met betrekking tot het voorstel "Z." aan Darthuizer een kortingspercentage van 10% (*" dit zijnde een bedrag van f 6464,-"*) weer en verzoekt aan Darthuizer:

" (.) Jullie schrijven voor de he, vp, con en bospl de laagste prijs TvdO. Schrijft voor de LB het laagst zijnde F 6950,- Volgende jaar een zelfde soort regeling svp reactie

Vr. groet,

[vertrouwelijk]. (.) "

¹¹⁰ 5211_1/3 document met nummer 04200593390194.

¹¹¹ 5211_1/3 document met nummer 04200593390216.

¹¹² 5211_1/3 document met nummer 04200593390121.

¹¹³ 5211_1/3 document met nummer 04200593390107.

Udenhout

211. Bij faxbericht van 14 augustus 1998 ¹¹⁴ van Udenhout gericht aan Darthuiser wordt het volgende medegedeeld.

“(.)Beste [vertrouwelijk],“

Hierbij doen wij de prijzen toekomen zoals afgesproken.

Graag zo spoedig mogelijk jullie prijzen

mt vr gr. (.)”

Mart van Dijk

212. Bij een faxbericht van 2 november 1998 ¹¹⁵ van Mart van Dijk gericht aan Boot & Co en Darthuiser worden de inschrijfprijzen weergegeven van de gemeente M.

(.)lijst M.

Jullie gaan er dus boven!

Rayon 1 v beek 18.975,40

2 schermeer 5979,25

3 paasveer 11169,=

4 deusings 4597,75

5 wetzels 9217,50 “

m vgr. [vertrouwelijk] (.)”

Hier achter worden de door Darthuiser gehanteerde inschrijfprijzen vermeld.

“(.)Rayon 1 v beek 18.975,40 19.242

2 schermeer 5.979,25 6.231

3 paasveer 1.1169,= 11.467

4 deusings 4.597,75 4.822

5 wetzels 9.217,50 9.635

Ter Info

[vertrouwelijk] (.)”

Van 't Wout

213. In het faxbericht van 1 november 1998 ¹¹⁶ deelt Darthuiser aan Boot & Co mee dat: *“(.)Katwijk zijn 4 man K/ vt W/ B/ d Maandag even samenkomen en verdelen ± 11-12 uur ?? (.)”*.

214. Voor het gehele overzicht van het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen wordt verwezen naar Bijlage I. In Bijlage I wordt, met verwijzing naar de achterliggende documenten, per jaar voor iedere gemeente waar sprake is geweest van de betreffende gedragingen aangegeven welke van de betrokken ondernemingen hieraan hebben deelgenomen. Bijlage I maakt onderdeel uit van dit besluit.

¹¹⁴ 5211_1/3 document met nummer 04200593390124.

¹¹⁵ 5211_1/3 document met nummer 04200593390105.

¹¹⁶ 5211_1/3 document met nummer 04200893390206.

Tussenconclusie

215. In het jaar 1998 hebben alle betrokken ondernemingen onderling contact opgenomen, de leveranties verdeeld en de inschrijfprijzen afgestemd.

3.10 Eindconclusie ten aanzien van de feiten en omstandigheden

216. De betrokken ondernemingen zijn alle actief op het gebied van het kweken van boomkwekerijproducten en het leveren van deze producten aan gemeenten. De leveranties aan gemeenten geschiedt voornamelijk op basis van een één op één-relatie tussen de ondernemingen en de gemeente. In die gevallen waarin een gemeente de opdracht verleent middels een aanbesteding, betreft het meestal een onderhandse aanbesteding, waarbij bij dezelfde groep leveranciers een offerte werd aangevraagd. In slechts enkele gevallen wordt de gunning verleend op basis van een openbare aanbesteding. De aanbestedingen waarop dit besluit ziet, betreffen die aanbestedingen die door de gemeenten ondershands aan een kleine groep van ondernemingen werd verleend. Iedere onderneming is in staat om het volledige assortiment boomkwekerijproducten te leveren, mede als gevolg van de mogelijkheid van het onderling toeleveren. De onderzochte, en in dit besluit behandelde, gedragingen zien op die leveranties aan gemeenten die het gevolg zijn van ondershandse aanbestedingen waarbij tenminste twee betrokken ondernemingen zijn betrokken (m.a.w. geen enkelvoudige uitnodiging en geen openbare aanbestedingen).
217. Begin 1991 heeft een aantal van de betrokken ondernemingen de gedachte uitgesproken dat het prijsniveau te laag was en dat het noodzakelijk werd geacht een en ander te ondernemen. Dit zag zowel op het prijsniveau als op het kwaliteitsniveau. Het naar aanleiding hiervan in 1993 opgerichte SKN, zo herleidt de Raad uit de verklaringen van de betrokken ondernemingen, heeft het behoud van de kwaliteit tot doel. Het behoud van kwaliteit was echter niet een op zichzelf staand doel van de betrokken ondernemingen. De (bij de SKN) betrokken ondernemingen stelden zich eveneens tot doel de prijzen op een aanvaardbaar niveau te krijgen, dan wel te behouden. Hiervoor was een vorm van gegevensuitwisseling nodig waarvoor ondermeer ook een meldingsstelsel is gebruikt, dat in de praktijk echter niet naar ieders tevredenheid heeft gefunctioneerd. Dat de SKN niet uitsluitend het "kwaliteitsdoel" diende, blijkt uit het feit dat uitsluitend de betrokken ondernemingen waren aangesloten bij de SKN.¹¹⁷ Blijkbaar stond de SKN in de praktijk niet open voor andere ondernemingen zolang die andere ondernemingen niet tevens aan de systematiek van afspraken wilden deelnemen. De SKN heeft daarmee een platform geboden voor het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen. In de periode vóór 1998 hebben in ieder geval Darthuizer, Boot & Co, M. van de Oever, Ton van de Oever, Bonte Hoek en Mart van Dijk aan het overleg van SKN deelgenomen.
218. Mede aan de hand van de verklaringen van de betrokken ondernemingen concludeert de Raad dat de betrokken ondernemingen met elkaar (in wisselende samenstelling) op enigerlei wijze contact hadden over het leveren van boomkwekerijproducten aan gemeenten. De betrokken ondernemingen maakten in eerste instantie hiervoor gebruik van een meldingsstelsel. In

¹¹⁷ Met uitzondering van Van 't Wout zie zijn verklaring, 5211_9/26.

een later stadium (vanaf 1999) namen de betrokken ondernemingen met elkaar contact op door middel van faxberichten en/of telefoon. De Raad concludeert tevens dat de betrokken ondernemingen overgingen tot het verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen. Voorwaarde hiervoor was dat er geen “buitenommers” deelnamen aan de aanbestedingsronden van de gemeenten. Om dit vast te stellen werd onderling contact opgenomen, alvorens eventueel werd overgegaan tot het verdelen van leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen. Bij het verdelen van de leveranties aan gemeenten werd de opdracht in het merendeel van de gevallen onderling tussen de betrokken ondernemingen verdeeld in “deelopdrachten”. Soms werd de opdracht aan een betrokken onderneming toegewezen.

219. De Raad concludeert vervolgens dat de betrokken ondernemingen al naar gelang hun belangstelling, nadat uit het voorafgaande contact was gebleken dat er geen “buitenommers” aanwezig waren, de leveranties verdeelden, al dan niet door middel van een toerbeurtsysteem – het om de beurt beleveren van de gemeenten -, een wijkverdeling –het leveren van alle boomproducten voor een of meerdere wijken van een gemeente-, een productsoortverdeling – de voorkeur om een bepaalde boomkwekerijproducten te leveren- dan wel een gemeenteverdeling – de voorkeur om de gehele leverantie van de boomkwekerijproducten aan de gemeente te leveren-. Het verdelen van leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen kende ook een vergoedingensysteem die bestond uit een geldelijke vergoeding of het mogen leveren van boomkwekerijproducten aan de laagste inschrijver.
220. In de jaren voorafgaande aan het jaar 1998 is er al door de Boot & Co, Darthuiser, Mart van Dijk, Bonte Hoek en Ton van den Oever onderling contact opgenomen, leveranties verdeeld en zijn inschrijfprijzen afgestemd. Alle betrokken ondernemingen hebben in het jaar 1998 deelgenomen aan het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen. Volgens het schriftelijke bewijs is op 25 februari 2004 door Van 't Wout, Boot & Co en Darthuiser voor het laatst contact opgenomen, de leveranties verdeeld en de inschrijfprijzen afgestemd. De Raad concludeert dat het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het onderling afstemmen van de inschrijfprijzen in ieder geval heeft geduurd vanaf 1 januari 1998 tot en met 25 februari 2004.

Voor de feitelijke betrokkenheid van de betrokken ondernemingen verwijst de Raad naar de bijgevoegde Bijlage I, welke onderdeel uitmaakt van dit besluit.

4 JURIDISCHE BEOORDELING

4.1 Overtreding artikel 6, eerste lid, Mw

221. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw geldt niet voor de in artikel 6, derde lid, Mw genoemde uitzondering. Voor de toepassing van dit verbod is de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna ook: de Commissie), de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna ook: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: ook GvEA) richtinggevend.¹¹⁸
222. Allereerst kan worden vastgesteld dat door het kweken en verhandelen van boomkwekerijproducten de betrokken boomkwekerijen economische activiteiten uitoefenen en derhalve ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, aanhef en onder sub f, Mw.
223. Het verbod van artikel 6 Mw ziet zowel op overeenkomsten als op onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.¹¹⁹ Hiervan is onder meer sprake wanneer de betrokken ondernemingen het eens worden over een gezamenlijk plan dat hun individuele commerciële vrijheid beperkt of waarschijnlijk zal beperken, doordat wordt vastgesteld hoe zij zich op de markt jegens elkaar zullen gedragen of zich van een bepaald gedrag zullen onthouden. Alhoewel zulks gezamenlijke besluitvorming (en betrokkenheid bij een gemeenschappelijke regeling) impliceert, behoeft dit niet schriftelijk te worden vastgelegd. Het is niet noodzakelijk dat de deelnemers van tevoren overeenstemming hebben bereikt over een allesomvattend gemeenschappelijk plan. Er zijn geen vormvereisten en contractuele sancties nodig en handhavingsmaatregelen zijn evenmin verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan derhalve uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.¹²⁰
224. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.¹²¹ De onderlinge afstemming kan blijken uit een mondelinge dan wel schriftelijke uitwisseling van (bedrijfsvertrouwelijke) prijslijsten. Een gedraging kan derhalve onder een "onderling afgestemde feitelijke gedraging" vallen zelfs wanneer partijen zich niet expliciet hebben

¹¹⁸ Zie: MvT bij de Mededingingswet, Tweede kamer 24 707, nr. 3, p. 9; NAV, Tweede Kamer 24 707, nr. 6, p. 11.

¹¹⁹ Zie o.m. GvEA, 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie (PVC II)*, gev. zaken T-305/94 e.a., Jurispr. blz. II-931, ro 715.

¹²⁰ Zie o.a. Beschikking van de Commissie 86/398 van 10 juli 1986, *Polypropyleen*, PB. L 230/1 van 18 augustus 1986. Dit is later bevestigd door het GvEA, *Polypropyleen*, zaak T-7/89, ro 262-264.

¹²¹ HvJEG, 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, blz. 619, ro 64.

verbonden tot een gemeenschappelijk plan waarin hun gedragingen op de markt zijn vastgelegd, maar wel gebruikmaken van of deelnemen aan op verstandhouding berustende systemen die de coördinatie van hun commerciële gedragingen vergemakkelijken.¹²² De termen coördinatie en samenwerking dienen tegen de achtergrond van de verplichting zo te worden verstaan dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren.

225. Deze zelfstandigheidseis ontnemt de ondernemer niet het recht zijn beleid intelligent aan te passen aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten; deze eis staat daarentegen echter wel onverbiddelijk in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers, waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.¹²³
226. Enerzijds betekent dit, dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, behalve de afstemming tussen de ondernemingen een daarop volgend marktgedrag en een oorzakelijk verband tussen beide vereist. De ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, worden echter behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs vermoed, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening te blijven houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie. Dit geldt te meer, wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden.¹²⁴
227. Anderzijds valt een onderling afgestemde feitelijke gedraging als hierboven omschreven, zelfs dan onder het verbod van artikel 6 Mw en artikel 81, lid 1, EG, wanneer mededingingsbeperkende gevolgen op de markt ontbreken.¹²⁵
228. Onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn, evenals overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen, ongeacht het gevolg ervan verboden, wanneer zij de mededinging beogen te beperken of te vervalsen. Voorts veronderstelt het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging weliswaar een marktgedrag van de betrokken ondernemingen, doch het vereist niet noodzakelijkerwijs, dat die gedraging de mededinging concreet beperkt, verhindert of vervalst.¹²⁶
229. Indien deelname aan een afstemming is bewezen, behoeft vervolgens niet te worden aangetoond dat deze afstemming tot uiting was gekomen in marktgedragingen of dat het

¹²² GvEA EG, 17 december 1991, zaak T-7/89, *SA Hercules Chemicalst. Commissie*, Jur. 1991, p. II-1711, ro 242.

¹²³ HvEG, 8 juli 1999, zaak C-199/92P Hül's AG Jur. 1999 p. I-4287 ro 160.

¹²⁴ Zaak C-199/92P Hül's/ Commissie, reeds voornoemd, ro 161 en 162.

¹²⁵ Zaak C-199/92P Hül's/ Commissie, reeds voornoemd, ro 163.

¹²⁶ Zaak C-199/92P Hül's/ Commissie, reeds voornoemd, ro 164 en 165.

mededingingsbeperkende effecten had gehad. Het is aan de betrokken onderneming om vervolgens aan te tonen dat de afstemming geen enkele invloed op haar eigen marktgedrag had gehad.¹²⁷

230. Er is geen nauw onderscheid tussen gedragingen die, hetzij volledig onder het begrip overeenkomst vallen, dan wel volledig onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen vallen. In sommige gevallen kan een gedraging de uitdrukking zijn van een enkele overtreding die ten dele valt onder het begrip overeenkomst en ten dele valt onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Derhalve kan een dergelijke overtreding als een overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gekwalificeerd, zonder dat gelijktijdig en cumulatief behoeft te worden bewezen dat elk van de feitelijke bestanddelen zowel de karakteristieken van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoont.
231. Dit betekent dat een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen de uitdrukking kan zijn van één enkele complexe inbreuk die ten dele onder het begrip overeenkomst en/of ten dele onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging valt.¹²⁸ De overeenkomsten kunnen van tijd tot tijd variëren, of de mechanismen ervan kunnen worden aangepast of versterkt om rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen. Het is vaste rechtspraak dat in het kader van een complexe inbreuk waarbij verschillende producenten gedurende een aantal jaren samen de markt probeerden te reguleren, van de Commissie, en dientengevolge van de Raad, niet kan worden geëist dat zij de inbreuk voor elke onderneming op elk tijdstip precies als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedragingen kwalificeert, daar artikel 6 Mw en artikel 81 van het EG-Verdrag in elk geval op beide vormen van inbreuk ziet. Een dergelijke inbreuk kan derhalve als een geheel worden beschouwd.
232. De Raad is, met name in geval van een complexe en langdurige overtreding, niet gehouden om de overtreding te kwalificeren als een overeenkomst dan wel als een onderling afgestemde feitelijke gedragingen aangezien beide begrippen elkaar kunnen overlappen.

¹²⁷ Zaak C-199/92P Hüls/Commissie, reeds voornoemd, ro 167.

¹²⁸ HvJEG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA t. Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, ro 112-114.

Toepassing op de onderhavige zaak

233. Op grond van de in randnummers 221 t/m 232 genoemde overwegingen is de Raad van oordeel dat de in randnummer 218 en 219 genoemde feiten alle karakteristieken vertonen van een overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 6 Mw.
234. In de periode januari 1998 tot en met februari 2004 hebben de betrokken ondernemingen stelselmatig onderling contact opgenomen met als doel de mogelijke levering van boomkwekerijproducten aan een gemeente te verdelen en daarbij de inschrijfprijzen af te stemmen. Teneinde dit doel te bereiken werd door de betrokken ondernemingen bij ondershandse aanbestedingen eerst onderling en in wisselende samenstellingen contact opgenomen om te bezien of het zinvol was om voorafgaande aan de inschrijving op de betreffende aanbesteding leveranties te verdelen en de inschrijfprijzen af te stemmen. Als vervolgens werd vastgesteld dat het zinvol was om verder te gaan met afstemmen, omdat er geen “buitennommers” bleken mee te doen, dan werden, afhankelijk van de omstandigheden (zoals wijze van aanbesteding door de gemeente) afspraken gemaakt over de manier waarop de leveranties aan de gemeenten werden verdeeld, hetgeen zijn weerslag vond in de vervolgens ingediende offerte. De leveranties werden onderling verdeeld waarbij een toerbeurtsysteem, wijkverdelingssysteem, productsoortverdelingssysteem en gemeenteverdelingssysteem werd gehanteerd. In de regel werd een offerte verdeeld over meerdere ondernemingen. Op grond hiervan kan worden geconcludeerd dat de betrokken ondernemingen door middel van hun gedragingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om tot een overeenkomst te komen. In ieder geval kan worden geconcludeerd dat de betrokken ondernemingen niet in zelfstandigheid hun commerciële activiteiten hebben bepaald. Het feit dat het in bepaalde gevallen bij het initiële contact bleef en er geen overeenstemming werd bereikt, dan wel dat aan geen van de betrokken ondernemingen de opdracht werd gegund, dan wel dat werd afgezien van het indienen van een offerte, doet niet af aan deze conclusie. Evenmin doet een eventuele concurrentie op kwaliteit en service af aan deze conclusie, omdat de gedragingen uiteindelijk tot doel hadden de leveranties te verdelen en de inschrijfprijzen af te stemmen.
235. Deze opzet en gedragingen van de betrokken ondernemingen moet worden aangemerkt als een geheel van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 6 Mw.
236. De betrokken ondernemingen stellen, ieder in eigen bewoordingen, dat er geen sprake zou zijn geweest van een voortdurende inbreuk doch van op zichzelf staande inbreuken (voor zover die al zouden kunnen worden bewezen). Zij stellen eveneens dat er geen sprake zou zijn geweest van een vast stramen.
237. Nu de gedragingen over een langere termijn hebben plaatsgevonden, te weten vanaf januari 1998 tot en met in ieder geval februari 2004, en steeds tot doel hadden de leveranties te verdelen en de inschrijfprijzen af te stemmen, zou het gekunsteld zijn dergelijke voortgezette gedragingen op te splitsen en als even zovele afzonderlijke overtredingen te beschouwen. Het

onderscheid in de frequentie en de mate waarin de onderscheiden ondernemingen hebben deelgenomen in de gedragingen is voor het vaststellen van de overtreding niet van belang.

238. Een overtreding kan gedurende een langere termijn plaatsvinden, in welk geval sprake is van een “voortdurende” overtreding. Om van “voortdurend” te spreken dient wel steeds sprake te zijn van één doel. In het arrest in de zaak Bollore¹²⁹ wees het GvEA er op dat het betreffende stelsel van bijeenkomsten deel uitmaakte van een reeks door de betrokken ondernemingen ondernomen stappen die waren gericht op één economisch doel. Volgens het Hof van Justitie zou het kunstmatig zijn om deze voortgezette gedraging, die wordt gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen in verschillende gedragingen en als even zovele inbreuken te beschouwen. Het gaat derhalve om een gemeenschappelijk en duurzaam nastreven van een doel.
239. Er hoeft zelfs geen sprake te zijn van een continue overtreding, maar wel van een bepaalde regelmaat in de gedragingen. Die kan bestaan uit regelmatige geheime bijeenkomsten, of het met regelmaat uitwisselen van informatie en gegevens. Het GvEA overwoog in de zaak Dunlop Slazenger¹³⁰ dat *“Wat de gestelde duur van een inbreuk rechtens kan worden aangetoond, er ten minste bewijzen moeten worden aangevoerd die betrekking hebben op feiten die in die tijd voldoende dichtbij elkaar liggen zodat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze inbreuk tussen twee precieze tijdstippen ononderbroken heeft voortgeduurd.”*
240. Het feit dat de betrokken ondernemingen elkaar gedurende een lange periode, te weten de periode 1998 t/m 2004, regelmatig en met korte tussenpozen wisten te vinden en daarbij er ook in slaagden om de leveranties aan gemeenten te verdelen en de inschrijfprijzen af te stemmen, duidt naar het oordeel van de Raad op een voortdurende inbreuk, zoals hierna ook verder zal worden uiteengezet.
241. Van 't Wout voert in verband in haar zienswijze aan dat haar deelname in tijd en omvang beperkt is. Zij verwijst hiervoor naar het “relevante geografische gebied” en het feit dat zij niet vanaf 1998 heeft deelgenomen aan het kartel.
242. De Raad constateert dat deze zienswijze niet in overeenstemming is met hetgeen namens Van 't Wout is medegedeeld in de brieven van 24 mei 2006¹³¹ en 2 augustus 2006¹³², waarin duidelijk door Van 't Wout wordt aangegeven dat vanaf 1998 is “deelgenomen aan het kartel”.
243. In weerwil van de in dat verband ingebrachte schriftelijke zienswijze van Van 't Wout, stelt de Raad vast dat Van 't Wout blijkens door haar eerder afgelegde verklaringen wist dat andere ondernemingen dan Darthuizer en Boot meededen aan de overtreding en dat de verboden gedragingen zich ook verder uitstreckte dan haar werkgebied. Op de vraag van de NMa of het mogelijk zou zijn dat andere ondernemingen buiten Darthuizer en Boot en wellicht samen met

¹²⁹ GvEA 26 april 2006 gevoegde zaken T-109/02, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02, T-136/02., Boloré SA Arjo Wiggins Appleton td, ro 196.

¹³⁰ GvEA 7 juli 1994, zaak T-43/92, Dunlop Slazenger, Jr. 1994, II-441, ro 79.

¹³¹ 5211_9/7.

¹³² 5211_9/18.

Darthuizer en Boot soortgelijke afspraken maken, antwoordt Van 't Wout: "(...) *Dat weet ik wel heel zeker, ik heb daar geen weet van, maar het kan niet anders. Het is lastig uitleggen, maar vooruit, een praktijkvoorbeeld. Op een gegeven moment kom ik bij de gemeente Delft. De man die daar zit die laat mij de prijzen zien van het afgelopen seizoen. Nou, dat waren prijzen. Laat ik het zo zeggen dat als je die prijzen een paar jaar kan hanteren dan is dat niet verkeerd. Dan heb je een gevoel van dat klopt niet, hier is geen concurrentie. (...)*".¹³³ Verder blijkt uit een op 18 augustus 2006 door Van 't Wout afgelegde verklaring het volgende:

"(...) D: (ambtenaar NMa) U hebt eerder verteld dat u in 1998 of 1999 bent begonnen met het overleg omdat [vertrouwelijk] of [vertrouwelijk] dat heeft gevraagd. Wij vroegen toen of het kartel al eerder bestond en toen zei u "wat mij betreft niet".

W: (Van 't Wout, NMa) Voor mij niet, maar voor hen wel. Dat hebben ze mij verteld. Dat zeiden [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]. Ze hebben me niet verteld met wie nog meer.

D: Hebben ze ooit iets verteld over met wie ze nog meer overleg hadden over gemeenten?

*W: Nee, niet echt. Dat hingen ze niet aan de grote klok naar mij toe. Maar ik kan me heel goed voorstellen dat het wereldje groot is daarin.(...).*¹³⁴

244. Bovendien wordt Van 't Wout, zoals in hoofdstuk 5 blijkt, beboet voor haar eigen aandeel in de overtreding en niet voor het gedrag van de andere betrokken overtredingen.
245. Het is niet vereist dat iedere onderneming een gelijke rol heeft in de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Een of meer ondernemingen kunnen een dominante rol spelen, andere ondernemingen kunnen (slechts) een ondergeschikte rol spelen. Ook omvang en intensiteit van de individuele deelname zich wijzigen gedurende de inbreuk. Een onderneming die aan een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen deel neemt door middel van handelingen die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beogen te leveren, is voor de gehele duur van haar deelname eveneens verantwoordelijk voor de gedragingen van die andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk. Dit is zeker het geval wanneer de betrokken onderneming zich van het onwettige karakter van de andere deelnemers bewust was of dat gedrag redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico daarvan te aanvaarden.¹³⁵
246. Het door de betrokken ondernemingen gestelde onderscheid tussen laanboomkwekers en heesterkwekers doet derhalve niet af aan het feit dat er sprake is van één voortdurende inbreuk. Het enkele feit dat elke deelnemer aan verboden overeenkomsten of gedragingen de rol kan spelen die toegesneden is op zijn eigen specifieke omstandigheden, sluit zijn aansprakelijkheid in voor de inbreuk als geheel, met inbegrip van de handelingen van de andere deelnemers met hetzelfde onwettige doel en dezelfde mededingingsbeperkende gevolgen.¹³⁶ Hun doel was daarbij duidelijk. Het - waar mogelijk - verdelen van de leveranties boomkwekerijproducten aan gemeenten en het afstemmen van de inschrijfprijzen.

¹³³ 5211_9/26.

¹³⁴ 5211_9/26.

¹³⁵ Zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA t. Commissie*, reeds aangehaald, ro 83.

¹³⁶ Beschikking van de Commissie van 21 november 2001, *Vitaminen*, PbEG 2003 L6/1, ro 562.

247. In dit verband merkt de Raad vervolgens op dat ten aanzien van het gestelde onderscheid tussen laanboomkwekers en sierboomkwekers het voor ieder van de betrokken ondernemingen, als gevolg van het onderling toeleveren van boomkwekerijproducten, mogelijk was het volledige assortiment te leveren. Het onderling toeleveren levert op zich geen gedraging op die in strijd is met artikel 6 Mw. Doch, doordat en voorzover het onderling toeleveren in combinatie geschiedde met het verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen hebben alle betrokken ondernemingen mede door het onderlinge toeleveren een bijdrage geleverd aan de verwezenlijking van de overtreding van artikel 6 Mw.
248. De betrokken ondernemingen wijzen ook op het in hun ogen incidentele karakter van de afspraken, zodat niet zou kunnen worden gesproken van een voortdurende overtreding. De Raad is van oordeel dat er sprake is van een voortdurende overtreding. Concurrentie is aanwezig in die gevallen waarin een gemeente aan twee of meer ondernemingen de gelegenheid biedt om een offerte in te dienen. De betrokken ondernemingen hadden tot doel deze mogelijke concurrentie uit te schakelen dan wel te beperken in die gevallen waarin er geen “buitenommers” waren. De betrokken ondernemingen waren hierin in eerste instantie afhankelijk van de wijze en het moment waarop iedere gemeenten de aanbestedingen vorm zouden geven. Dat vervolgens, zoals ongemotiveerd wordt gesteld, niet iedere keer de inschrijfprijzen werden afgestemd, doet niet af aan de conclusie dat sprake is van een voortdurende inbreuk.
249. Dat het naar de beleving van de betrokken ondernemingen het overleg op een ad hoc basis zou zijn gebeurd, laat zich dan ook verklaren door de wijze van aanbesteden door de gemeenten en de eventuele rol van een “buitenommer”. Zoals in randnummer 216 is geconcludeerd, vinden de meeste aanbiedingen van offerte plaats in een één-op-één relatie met de gemeente. Het gevolg hiervan is dat er onder deze omstandigheid in zijn algemeenheid geen onderlinge concurrentie tussen boomkwekerijen aanwezig is. De wijze van aanbesteden door de gemeenten en de eventuele rol van een “buitenommer” zijn de enige aspecten van het leveren van boomkwekerijproducten aan gemeenten waarop de betrokken ondernemingen geen, of althans in onvoldoende mate, invloed hadden. Dit neemt niet weg dat indien de gelegenheid zich voor deed, de betrokken ondernemingen in overleg traden ten einde de leveranties te verdelen en de inschrijfprijzen af te stemmen. Dat de aanwezigheid van “buitenommers” van belang is geweest wordt door de Raad aannemelijk geacht. Het voert echter naar mening van de Raad te ver om te concluderen dat het voeren van onderling overleg altijd onmogelijk is geweest. Dit is in tegenspraak met de feiten en omstandigheden zoals die in hoofdstuk 3 worden beschreven. Uit de feiten en omstandigheden blijkt dat niet uitsluitend contact werd opgenomen om na te gaan of er “buitenommers” waren, doch dat de betrokken talloze keren gebruik maakten van de gelegenheid om de inschrijfprijzen onderling af te stemmen. Hieruit blijkt tevens dat er lang niet altijd “buitenommers” aanwezig waren.

250. De betrokken ondernemingen stellen voorts dat de rol van de SKN zou zijn overdreven, dat er geen gebruik zou zijn gemaakt van het meldingssysteem, dat zij geen schaduwadministratie zouden hebben bijgehouden en dat toelevering een vast onderdeel zou zijn van de handelwijze van boomkwekerijen.
251. Uit de feiten en omstandigheden blijkt dat het meldingssysteem door de betrokken ondernemingen is gebruikt voor het uitwisselen van informatie over mogelijke leveranties aan gemeenten. Dat na verloop van tijd, omstreeks medio 1999, deze informatie-uitwisseling niet langer via het meldingssysteem liep, maar uitsluitend geschiedde via telefoon of fax doet niet af aan het feit dat het meldingssysteem als zodanig onderdeel is geweest van de gedragingen van de betrokken ondernemingen. Voor de vaststelling van de duur van de overtreding is het niet van belang dat niet gedurende de gehele termijn de betrokken ondernemingen gebruik hebben gemaakt van het meldingssysteem. Dat het meldingssysteem niet door alle betrokken ondernemingen is gebruikt is in dit verband evenmin van belang.
252. Dit geldt even zo zeer voor het per toerbeurt leveren of de wijze van vergoeden of het versturen van valse facturen, dan wel het voeren van een schaduwadministratie. Dit zijn alle uitingen van uitvoeringen van de gedragingen, waarvan het niet is vereist dat iedere betrokken ondernemingen deze steeds heeft verricht om een overtreding van artikel 6 Mw te constateren. Dat niet altijd sprake zou zijn geweest van de voornoemde uitingen, neemt niet weg dat in talloze gevallen de leveranties zijn verdeeld en de inschrijfprijzen zijn afgestemd. Overigens constateert de Raad dat er geen aanwijzingen zijn op grond waarvan kan worden vastgesteld dat naast Darthuizer nog andere betrokken ondernemingen gebruik hebben gemaakt van een schaduwadministratie, die overigens een zeer beperkte periode besloeg.
253. Darthuizer c.s. verwijzen ter onderbouwing van hun standpunt dat er geen toerbeurt-systeem zou zijn geweest in hun zienswijzen naar een in het rapport genoemde vermeende overtreding bij een aanbesteding van de gemeente W, terwijl in Bijlage IV van het rapport geen gemeente W wordt vermeld. De Raad is van mening dat in het onderhavige geval met de gemeente W de gemeente Winschoten wordt bedoeld, waarvan naar het oordeel van de Raad is bewezen dat er sprake is geweest van onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen tussen Darthuizer, Bonte Hoek en Ton van den Oever. De Raad verwijst hiervoor naar Bijlage I van dit besluit. Dat deze gemeente abusievelijk niet op Bijlage IV van het rapport wordt vermeld, doet niet af aan het bovenstaand oordeel.
254. Uit het feitencomplex kan, zoals partijen terecht stellen, niet worden herleid dat SKN de noemer is geweest waaronder men tot het verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen in gekomen. Wel dient te worden opgemerkt dat het voor het bewijzen van de overtreding niet nodig is dat tijdens de vergaderingen van SKN het verdelen van de leveranties en/of afstemming van de inschrijfprijzen heeft plaatsgevonden. Wel acht de Raad het aannemelijk dat deelneming aan SKN een platform heeft geboden voor het voeren van overleg dat vanaf 1 januari 1998 onder de Mededingingswet is verboden.

Tussenconclusie overtreding artikel 6, eerste lid, Mw

255. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen betrokken waren bij overeenkomsten en / of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die tot doel hadden de leveranties van boomkwekerijproducten aan gemeenten te verdelen en daarbij de inschrijfprijzen onderling af te stemmen en die in zijn geheel als een overtreding kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. De Raad constateert dat geen van de betrokken ondernemingen een beroep heeft gedaan op de uitzonderingen als genoemd in artikel 6, derde lid, Mw. Ook overigens is de Raad niet gebleken dat deze bepaling in zoverre van toepassing is.

4.2 Mededingingsbeperking

256. Vervolgens dient te worden nagegaan of de afspraak naar zijn aard mededingingsbeperkend is. Indien de overeenkomsten of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen naar hun aard mededingingsbeperkend zijn, behoeft de Raad geen nader onderzoek te doen naar de concrete gevolgen van de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
257. Ten aanzien van dit onderdeel van de toepassing van artikel 6 Mw oordeelde het CBb in de zaak Modint als volgt: *“Blijkens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet de beoordeling of een overeenkomst of een deel daarvan al dan niet strekt tot beperking van de mededinging of die ten gevolge heeft, plaatsvinden binnen het feitelijke kader waarin de mededinging zich, zonder de overeenkomst met haar beweerde beperkingen, zou afspelen. Dit houdt in dat de overeenkomst moet worden onderzocht binnen de economische context waarin zij toepassing vindt, rekening houdend met de doelstellingen van partijen en de wijze waarop zij daadwerkelijk op de markt optreden, de producten of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert. Ook bij de toepassing van het Nederlandse recht dient de rechtspraak van het Hof op dit punt leidraad te zijn.”*¹³⁷
258. De betrokken ondernemingen leverden hun boomkwekerijproducten aan gemeenten meestal op grond van historische banden tussen de onderneming en de gemeente. Gemeenten vroegen een offerte aan bij de gebruikelijke leverancier van boomkwekerijproducten (enkelvoudige uitnodiging), of door middel van een onderhandse aanbesteding. Het ondershands aanbesteden geschiedde op uitnodiging van de gemeente waarbij de gemeenten zich beperkte tot een kleine groep van leveranciers. Ook hier speelden historische banden tussen leveranciers die van oudsher leverden aan de gemeenten een rol. Een enkele keer kwam het voor dat een gemeente een openbare aanbesteding deed.
259. Bij een onderhandse aanbesteding namen de betrokken ondernemingen contact met elkaar op (steeds in wisselende samenstelling) ten einde na te gaan of er buiten de groep van betrokken ondernemingen nog andere ondernemingen waren uitgenodigd voor het indienen van een offerte. Zodra duidelijk was dat er geen “buitenommer” bij de aanbesteding betrokken was, zag het contact dat hierop volgde op wie welke offerte en tegen welke inschrijfprijzen zou

¹³⁷ College van Beroep voor het bedrijfsleven, 28 oktober 2005 AWB 04/ 794 en AWB 04/ 829, Modint, LJN:AU5316 ro 7.2.2..

indienen ten einde de opdracht te verkrijgen. Op deze wijze poogden de betrokken ondernemingen in tenminste 127 gevallen de leveranties te verdelen alsmede hogere prijzen te verkrijgen voor de door hen aan gemeenten geleverde producten dan zij onder normale marktomstandigheden zouden hebben verkregen en realiseerden zij dit in tenminste 73 gevallen.

260. Dat de betrokken ondernemingen ook een prijseffect beoogden, blijkt onder meer uit het faxbericht van Boot & Co. gericht aan de SKN-leden van 15 maart 1999¹³⁸ waarin wordt medegedeeld dat:

*“Juist nu het moeilijker gaat, is het nuttig en nodig elkaar te vinden en daar waar mogelijk betere kwaliteit/prijs verhoudingen te bewerkstelligen!
Dat hebben wij met elkaar afgesproken.”*

261. Het blijkt ook uit het faxbericht van 16 februari 2001¹³⁹ van Darthuizer gericht aan Boot & Co, waarin de reactie wordt gegeven op het voorstel van Boot & Co.

“[vertrouwelijk], hierbij mijn reactie/ voorstel/ argumenten

Argumenten: - zonde om prijspeil te verliezen

- zolang het via [vertrouwelijk] gaat zal ik de kans krijgen mijn prijzen aan te passen .

- ik kan het met [vertrouwelijk] regelen (kost ook geld)”

262. In het faxverkeer op 28 maart 2001 en 30 maart 2001¹⁴⁰ tussen Boot & Co en Darthuizer en Van 't Wout worden inschrijfprijzen weergegeven inzake een offerte aan de gemeente K. (Katwijk NMa). Het document geeft voor negen straten/ wijken de offerteprijzen voor de gemeente Katwijk van Boot & Co, Darthuizer en van 't Wout weer, waarbij bij diverse offerteprijzen een pijltje omhoog staat en een hogere offerteprijs.

263. De afspraken zagen in sommige gevallen ook op de verdeling per wijk of op de mogelijkheid om per toerbeurt te mogen leveren.

264. Op grond van vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag is het verdelen van de markt alsmede het afstemmen van de prijzen, zoals in deze zaak is geschied, naar zijn aard mededingingversturend.¹⁴¹

Tussenconclusie mededingingsbeperking

265. De Raad concludeert dat er sprake is van gedraging die tot doel heeft de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen, te beperken of te vervalsen en dat dientengevolge de Raad geen nader onderzoek behoeft te doen naar de concrete gevolgen van de overeenkomst en/ of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

¹³⁸ 5211_1/3, document met nummer 04200593390138.

¹³⁹ 5211_1/3, document met nummer 04200186340256.

¹⁴⁰ 5211_1/3, document met nummer 04200186340235.

¹⁴¹ Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, Pb. 2001, C3, p.2. nummer 25.

4.3 Merkbaarheid mededingingsbeperking

266. Wanneer, zoals in de onderhavige zaak, wordt vastgesteld dat een overeenkomst ertoe strekt de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van die overeenkomst niet nader te worden onderzocht.¹⁴² Een dergelijke overeenkomst ontkomt slechts aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer zij, wegens de zwakke positie van partijen op de relevante markt, de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.
267. Uit de uitspraak van het CBb in de zaak Secon blijkt dat bij de toetsing aan het merkbaarheidsvereiste rekening moet worden gehouden met de concrete situatie waarin de overeenkomst effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.¹⁴³
268. De betrokken ondernemingen stellen zich op het standpunt dat de Raad een onderzoek naar de relevante markt, de geografische markt en de eventuele verstoring van de mededinging op de markt had moeten verrichten, aangezien uit de notitie “boomkwekerijsector” niet zou vallen te herleiden dat de verweten gedragingen de mededinging merkbaar hebben beperkt.
269. Naar het oordeel van de Raad is voldaan aan het merkbaarheidsvereiste als vereist bij een overtreding van artikel 6 Mw en overweegt hiertoe het volgende.
270. Onder randnummer 144 is een beschrijving gegeven van de afspraken, de omstandigheden waarbinnen en de wijze waarop die tot stand kwamen. Een onderdeel van die afspraken was dat allereerst werd vastgesteld of er “buitennommers” meededen. Bij afwezigheid van een “buitennommer” konden de betrokken ondernemingen de leveranties verdelen en daarbij hogere inschrijfprijzen hanteren. De verdeling en afstemming hebben zich niet voorgedaan als gevolg van een toevallige samenloop van omstandigheden. De betrokken ondernemingen hielden rekening met de voorziene mogelijkheid dat zich op enig moment de gelegenheid zou voordoen, en in feite talloze malen heeft voorgedaan, om tot verdeling van de leveranties en afstemming van de inschrijfprijzen te komen. De betrokken ondernemingen konden zich het blijkbaar veroorloven af te wachten tot dat de door de gemeenten, onbewust, aangeboden gelegenheid zich voordeed, om vervolgens hierop in te spelen.
271. Dat de betrokken ondernemingen hogere prijzen hebben verkregen, blijkt ook uit het feit dat het niet opportuun werd geacht de inschrijfprijzen af te stemmen indien er een derde onderneming aanwezig was. Dit duidt er op dat die derde wellicht een lagere inschrijfprijs zou hanteren, met als gevolg dat de aanbesteding niet aan de betrokken ondernemingen zou worden gegund. In ieder geval is het resultaat van de verdeling van de leveranties en de

¹⁴² Zaak C-49/92 *Commissie / Anic Partecipazioni*, reeds aangehaald ro 112-114.

HvJEG 13 juli 1966, zaak 56 en 58/64, *Consten-Gründig / Commissie Jur.* 1966, p. 449.

¹⁴³ CBb, 7 december 2005 zaken AWB 04/237, AWB 04/249, *Secon Group BV en G-star International*, LJN: AU 8309.

afstemming van de inschrijfprijzen een hogere prijs voor het werk dan zou zijn betaald onder concurrerende omstandigheden. De afspraken hadden derhalve prijseffecten tot gevolg. De omstandigheid dat er geen “buitennommers” meededen, geeft aan dat in dergelijke gevallen uitsluitend de betrokken ondernemingen betrokken waren bij de aanbesteding.

272. Dit betekent, naar het oordeel van de Raad, dat in die gevallen waarin de betrokken ondernemingen als gevolg van “afgestemde inschrijvingsprijzen” aanbestedingen werden gegund, per definitie sprake is van een merkbare mededingingsbeperking.
273. Daarenboven merkt de Raad nog het volgende op. In 2004 waren ongeveer 2300 boomkwekerijen actief in Nederland met een gezamenlijke productiewaarde van 577 miljoen euro. De betrokken ondernemingen waren verantwoordelijk voor 14,5%¹⁴⁴ van de totale omzet van het leveren van boomkwekerijproducten in Nederland. Dit percentage is gebaseerd op het rapport “Ontwikkelingen in de boomkwekerij” van ZLTO¹⁴⁵ en op de door de betrokken ondernemingen verstrekte omzetgegevens.
274. Voor het jaar 2004 bedroeg de omzet van de leveranties aan de institutionele afnemers 69 miljoen Euro. Het aandeel van de betrokken ondernemingen hierin bedraagt voor het jaar 2004: 22,7%¹⁴⁶. De omzet van 69 miljoen euro in het jaar 2004 heeft betrekking op leveranties aan institutionele afnemers, waaronder gemeenten. De omzet van leveranties aan gemeenten bedraagt derhalve minder dan 69 miljoen euro. Dit betekent dat de betrokken ondernemingen in het jaar 2004 verantwoordelijk zijn voor een groter aandeel dan 22,7%.
275. Voor het bepalen van de feitelijke positie op de markt kan het aandeel in de omzet van 22,7% ook nog in relatie worden gezien met de posities die de ondernemingen innemen ten opzichte van de concurrerende boomkwekerijen. De acht betrokken ondernemingen behoren tot de ongeveer 30 belangrijkste ondernemingen die boomkwekerijproducten leveren aan gemeenten.
276. In de verklaring van Boot & Co wordt aangegeven dat van een aantal grote, tot de top 25 behorende, ondernemingen ook ondernemingen zaten die niet aan gemeenten leverden. De Raad herleidt hieruit dat de betrokken ondernemingen bij de top 20 of zelfs bij de top 15 van ondernemingen die boomkwekerijproducten leverden aan gemeenten behoren. Het feit dat de betrokken ondernemingen gedurende de periode 1998-2004 er in slaagden de opdrachten te verwerven en bij sommige gemeenten voor meerdere (al dan niet) opeenvolgende jaren, bevestigt dit.
277. Daarbij merkt de Raad op dat de positie die de betrokken ondernemingen ten opzichte van de concurrerende boomkwekerijen hadden met betrekking tot het leveren van boomkwekerijproducten hen in staat stelden daar waar mogelijk gedurende een lange periode de leveranties te verdelen en de inschrijfprijzen af te stemmen, zodat hiermee tevens is gegeven dat het geen zwakke partijen betrof.

¹⁴⁴ EURO 33.487.385: EURO 231.000.000 = 14,5%.

¹⁴⁵ Het rapport van ZLTO is in het algemene deel van het dossier opgenomen onder nummer 5211_27.

¹⁴⁶ 5211_/173 rapport randnummer 173.

Tussenconclusie merkbaarheid mededingingsbeperking

278. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen geen zwakke positie innamen ten opzichte van de concurrerende boomkwekerijen en er dientengevolge er sprake is van een merkbare beperking van de mededinging.

Algemene tussenconclusie mededingingsbeperking

279. Op grond van het voorgaande is de NMa van oordeel dat de onder randnummers 218 en 219 omschreven gedragingen de mededinging merkbaar heeft beïnvloed en derhalve moet worden aangemerkt als een overtreding van artikel 6 Mw.

4.4 Duur van de overtreding

Aanvang van de overtreding

280. Zoals in randnummer 81 van het rapport reeds is aangegeven gaan de gedragingen die vanaf 1 januari 1998 een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG behelzen terug tot ver voor die datum: *"(...)De prijsafspraken bestaan eigenlijk al lang. Sinds begin jaren negentig zijn de prijsafspraken toegenomen (...) Toen begon de bouwfraude en zijn de prijsafspraken ook in onze branche duidelijk afgenomen. Ze bestaan overigens nog steeds (...)"*¹⁴⁷
281. Op gedragingen voor 1998 is de Mededingingswet niet van toepassing. De bevoegdheid van de Raad strekt zich niet uit over die periode. Wel hecht de Raad er aan op te merken dat het onderling contact opnemen, het verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen ruim voor 1998 blijkens de hiervoor aangehaalde passage en onderdeel 3.4 van dit besluit tussen de betrokken partijen (met uitzondering van Van 't Wout) in zwang is geraakt en dat een en ander zich in ieder geval ook in de jaren 1996 en 1997 hebben voorgedaan.
282. Gelet op Bijlage IV bij het rapport alsmede gelet op de door de betrokken ondernemingen aangeleverde omzetgegevens die de betrokken omzet als bedoeld in randnummer 15 van de Richtsnoeren boetetoemeting behelzen, hebben Darthuizer, Boot, Udenhout, Ton van den Oever, Van 't Wout, M. van den Oever, Bonte Hoek en Mart van Dijk bovengenoemde gedragingen in 1998 voortgezet. De overtreding is derhalve begonnen op het moment dat de Mededingingswet in werking trad op 1 januari 1998.

Einde van de overtreding

283. Het laatste schriftelijke bewijs van het bestaan van de overtreding dateert van 25 februari 2004 en behelst een fax van Darthuizer aan Van 't Wout waarin de levering van boomkwekerijproducten aan – waarschijnlijk – de gemeente Katwijk wordt verdeeld. Tevens worden daarbij de inschrijfprijzen afgestemd.¹⁴⁸ Zowel Van 't Wout als Boot & Co hebben

¹⁴⁷ 5211_1/3. 04200186340004, mondelinge verklaring voormalig commercieel directeur van Darthuizer van 8 december 2004, ondertekend na vastlegging door de FIOD/ ECD.

¹⁴⁸ 5211_1/3 document met nummer 04200593390357.

afzonderlijk verklaard dat het overleg in 2004 is geëindigd¹⁴⁹, zodat de Raad vaststelt dat de overtreding op 25 februari 2004 is geëindigd. Het laatste schriftelijke bewijs van deelname aan de overtreding van M. van de Oever dateert van 25 november 2002,¹⁵⁰ hetgeen overeenkomt met de door haar aangeleverde betrokken omzetgegevens.¹⁵¹ Ten aanzien van Udenhout betreft deze datum 25 november 2002,¹⁵² hetgeen eveneens overeenkomt met de door haar aangeleverde betrokken omzetgegevens. Het laatste schriftelijke bewijs van deelname door Ton van den Oever dateert van 29 november 2002,¹⁵³ hetgeen ook overeenkomt met de door haar aangeleverde betrokken omzetgegevens.¹⁵⁴ Ten aanzien van Bonte Hoek betreft deze datum 12 december 2002,¹⁵⁵. Ten aanzien van Mart van Dijk tenslotte betreft deze datum 29 november 2001,¹⁵⁶ hetgeen overeenkomt met de door haar aangeleverde betrokken omzetgegevens.

284. M. van den Oever, Ton van den Oever, Udenhout en Bonte Hoek zijn van oordeel dat de Raad aan hen op grond van artikel 64 Mw geen boete op kan leggen, aangezien door de NMa, aldus deze betrokken ondernemingen, niet kan worden aangetoond dat zij minder dan vijf jaar geleden nog hebben meegedaan aan verboden afspraken. Dit standpunt mist echter, zoals uit het voorgaande randnummer blijkt, feitelijke grondslag. Het laatste schriftelijke bewijs van deelname van deze betrokken ondernemingen dateert sowieso al vanaf respectievelijk 25 november 2002, 29 november 2002, 25 november 2002 en 12 december 2002. Reeds om die reden behoeft deze zienswijze in zoverre geen verdere bespreking.

Conclusie overtreding artikel 6 Mw

285. Op grond van het voorgaande concludeert de Raad dat onder de randnummer 218 en 219 omschreven gedragingen een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging van ondernemingen vormt die ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt, vervalst en kwalificeert deze gedragingen als een overtreding van artikel 6 Mw en rekent dit, met uitzondering van [onderneming A] en [onderneming B], aan de (rechts)personen genoemd in randnummer 16 van dit besluit toe. De Raad concludeert vervolgens dat deze overtreding heeft geduurd vanaf 1 januari 1998 tot en met 25 februari 2004.

¹⁴⁹ Dit blijkt uit een door Van 't Wout op 23 augustus 2007 ondertekende verklaring, 5211_9/7, p. 9 en uit een door [vertrouwelijk] op 28 november 2006 ondertekende verklaring, 5211_6/46, p. 11.

¹⁵⁰ 5211_1/3, document met nummer 04200186340381.

¹⁵¹ Overigens blijkt uit de door M. van de Oever aangeleverde gegevens met betrekking tot de betrokken omzet dat haar deelname is doorgestaan tot en met 2004.

¹⁵² 5211_1/3, document met nummer 04200186340355.

¹⁵³ 5211_1/3, document met nummer 04200186340368.

¹⁵⁴ Overigens blijkt uit de door Ton van de Oever aangeleverde gegevens met betrekking tot de betrokken dat haar deelname is doorgestaan tot en met 2004.

¹⁵⁵ 5211_1/3, document met nummer 04200186340048.

¹⁵⁶ 5211_1/3, document met nummer 04200186340168.

4.5 Overtreding artikel 81 EG-Verdrag

286. Ingevolge artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die bestaan in: a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden, b) het beperken of controleren van de productie, afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen, of c) het verdelen van markten of van de voorzieningsbronnen. Het verbod van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag geldt niet voor de in artikel 81, derde lid, EG-Verdrag genoemde uitzonderingen.
287. Op grond van artikel 3, eerste lid, Verordening 1/2003¹⁵⁷ zijn de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten verplicht om artikel 81 EG-Verdrag toe te passen op overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag welke de handel tussen de Lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden, wanneer zij nationaal mededingingsrecht toepassen op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
288. Met betrekking tot de kwalificatie als ondernemingen, overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, met betrekking tot de (merkbare) mededingingsbeperking en met betrekking tot artikel 81, derde lid, EG-Verdrag wordt verwezen naar hetgeen hieromtrent is opgemerkt in de randnummers 221 tot en met 285, omdat toetsing aan artikel 81, eerste en derde lid, EG-Verdrag in dit opzicht op geen enkele wijze afwijkt van de toetsing aan artikel 6, eerste en derde lid, Mw en de beoordelingen en conclusies derhalve dezelfde zijn.
289. Indien een overtreding van artikel 6 Mw wordt geconstateerd, dan behoeft voor toepassing van artikel 81 EG-Verdrag slechts het criterium van de “ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten” te worden behandeld. Voor de toepassing van het criterium “merkbare beïnvloeding” is het niet vereist dat de relevante markten wordt afgebakend. Op basis van de omzet kan reeds worden geconcludeerd dat sprake is van een merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.¹⁵⁸
290. Er is sprake van een weerlegbaar vermoeden indien de omzet van de betrokken ondernemingen meer dan EUR 40 miljoen bedraagt. In geval van overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden kan het vermoeden ook worden aangenomen indien het marktaandeel de 5%-drempel overschrijdt.¹⁵⁹

¹⁵⁷ PbEG 2003, L 1/ 1.

¹⁵⁸ Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Pb. EU C 101/81. 27 april 2004 randnummer 48.

¹⁵⁹ Richtsnoeren, reeds aangehaald, randnummer 53.

Toepassing op deze zaak

291. De boomkwekerijproducten zijn naar hun aard gemakkelijk het voorwerp van grensoverschrijdende handel. Uit het rapport van ZLTO blijkt dat deze producten worden geëxporteerd naar andere lidstaten en naar Finland. Dit duidt er op dat deze producten over grote afstanden kunnen worden getransporteerd. Weliswaar blijkt dat bomen die in België worden gekweekt slecht aarden in Nederland. Daarentegen is de in Duitsland gevestigde kwekerij Laub een onderneming die naar Nederland exporteert. De Raad concludeert dat er sprake is van in- en export van boomkwekerijproducten, als gevolg waarvan de toepassing van EG-verdrag kan worden aangenomen.
292. De betrokken ondernemingen stellen dat er geen sprake is van een “merkbare beïnvloeding” van de interstatelijke handel.
293. Daadwerkelijke beïnvloeding hoeft niet te worden aangetoond. Het is voldoende dat de overeenkomst dergelijke effecten kan hebben.¹⁶⁰ Door het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen werden de betrokken ondernemingen in staat gesteld om hun producten tegen een hogere prijs af te zetten dan onder marktconforme omstandigheden het geval zou zijn geweest. Het verkrijgen van een hogere prijs voor hun boomkwekerijproducten stelde de betrokken ondernemingen vervolgens in staat om bij andere aanbestedingen dan waar dit besluit betrekking op heeft lager in te schrijven dan wellicht mogelijk zou zijn geweest zonder het verdelen en de afstemming. Dit heeft een oneigenlijk concurrentie-voordeel geboden aan de betrokken ondernemingen ten opzichte van de concurrerende boomkwekerijen, waaronder buitenlandse boomkwekerijen.
294. De betrokken ondernemingen waren eveneens in staat hun boomkwekerijproducten eerder af te zetten op de Nederlandse markt dan onder gewone marktomstandigheden het geval zou zijn geweest. Indien de betrokken ondernemingen die mogelijkheid niet hadden gehad, hadden zij andere afzetmogelijkheden moeten gaan benutten, waaronder de afzetmogelijkheden in het buitenland.
295. Voor de toepassing van het criterium “merkbare beïnvloeding” is het niet vereist dat de relevante markten wordt afgebakend. Op basis van de omzet kan reeds worden geconcludeerd dat sprake is van een merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten.¹⁶¹ Er is sprake van een weerlegbaar vermoeden indien de omzet van de betrokken ondernemingen meer dan EUR 40 miljoen bedraagt. In geval van overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden kan het vermoeden ook worden aangenomen indien het marktaandeel de 5%-drempel overschrijdt.¹⁶²

¹⁶⁰ Richtsnoeren, reeds aangehaald, randnummer 36/43.

¹⁶¹ Richtsnoeren, reeds aangehaald, randnummer 48.

¹⁶² Richtsnoeren, reeds aangehaald, randnummer 53.

296. Uit de in randnummer 273 genoemde omzetgegevens blijkt dat het totale marktaandeel groter is dan 5%. Nu boomkwekerijproducten naar hun aard gemakkelijk het voorwerp zijn van interstatelijk handelsverkeer kan op grond van een marktaandeel van meer dan 5% sprake zijn van weerlegbaar een vermoeden van een “*merkbare beïnvloeding*”.
297. Ten aanzien van de zienswijzen die Van 't Wout heeft ingediend met betrekking tot de toepassing van artikel 81 EG-Verdrag overweegt de Raad als volgt. Voorop wordt gesteld dat volgens het Hof van Justitie het gekunsteld zou zijn om iedere gedraging als evenzo veel inbreuken te beschouwen. Daarbij is een onderneming die deelneemt aan verboden overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen gedurende zijn deelname tevens aansprakelijk voor de gedragingen van de overige betrokken ondernemingen.
298. In randnummer 96 heeft de Raad geconstateerd dat de betrokken ondernemingen in staat waren de boomkwekerijproducten door heel Nederland te leveren en dat het onderling contact opnemen, verdelen van de leveranties en het afstemmen van inschrijfprijzen geschiedde bij gemeenten die niet in een klein deel van Nederland waren gelegen, maar over geheel Nederland waren verspreid.
299. Voor zover het als juist kan worden aangenomen dat Boot, Darthuizer en Van 't Wout alleen actief waren in het gebied van Noord-Holland, Zuid-Holland en Utrecht, neemt dit niet weg dat Darthuizer en Boot & Co, al dan niet te samen dan wel met een of meerdere van de betrokken ondernemingen leverden aan gemeenten verspreid over geheel Nederland, voor welke gedragingen Van 't Wout gedurende zijn deelname mede aansprakelijk is.
300. De Raad constateert dat door de betrokken ondernemingen niet is gesteld en evenmin is gebleken dat in het onderhavige geval artikel 81, derde lid, EG-Verdrag toepassing vindt.

Conclusie ten aanzien van artikel 81-EG-Verdrag

301. De Raad concludeert dat er sprake is van een weerlegbaar vermoeden van een “*merkbare beïnvloeding*” van de tussenstaatse handel. De Raad constateert dat de betrokken ondernemingen slechts ongemotiveerd hebben gesteld dat er geen sprake was van een “*merkbare beïnvloeding*” van de tussenstaatse handel, hetgeen geen weerlegging van het vermoeden inhoudt. Vervolgens concludeert de Raad dat de gedragingen van de betrokken ondernemingen, waarvan de Raad heeft geconcludeerd dat deze een overtreding inhouden van artikel 6 Mw, mede een overtreding inhouden van artikel 81 EG-Verdrag en rekent dit, met uitzondering van [onderneming A] en [onderneming B], aan de (rechts)personen genoemd in randnummer 16 van dit besluit toe.

4.6 Verjaring

302. Ten aanzien van de overtreding van Mart van Dijk stelt de Raad echter vast dat bij Mart van Dijk met ingang van 1 januari 2002 de directie is gewijzigd. Met de komst van de nieuwe directie heeft deze betrokken onderneming een nieuwe weg ingeslagen. Dit blijkt uit de volgende onafhankelijk van elkaar afgelegde verklaringen van de voormalig directeur van Mart van Dijk en de huidige directeur.

303. Zo heeft de voormalig directeur als volgt verklaard: “(...) De voormalig directeur heeft vanaf medio 2001 niet meer gewerkt met het (meldingssysteem, NMa)systeem. De voormalig directeur en ook de andere SKN leden hadden de wetenschap dat het hier ging om verboden gedrag. (...) De voormalig directeur deelt mede dat hij de huidige directeur wel in kennis heeft gesteld van de stichting. Maar de huidige directeur had eigenlijk geen interesse in die stichting, omdat gemeenten niet zijn aandachtsveld zouden gaan worden. De voormalig directeur kan zich niet herinneren dat er dan ook is gesproken over prijsafspraken met betrekking tot prijsafspraken in SKN verband. Door de voormalig directeur werd separaat van het verhoor de navolgende gemeenten aangegeven waar prijsafspraken hebben plaatsgevonden: Geldrop, Geleen, Maastricht en Wijchen. (...)”¹⁶³
304. De huidige directeur heeft in dit verband als volgt verklaard: “(...) Ik ben de huidige directeur van Mart van Dijk sedert 2002 (...) De gesprekken die de huidige directeur heeft met zijn collega kwekers gaan één op één, dus niet gezamenlijk. Het gaat in die gesprekken wel over offertes, maar dan uitsluitend globaal wat betreft de inhoud. Er wordt nimmer over de prijsstelling gesproken. Mart van Dijk heeft momenteel een prijslijst en gaat niet onder die prijslijst werken, dit is al drie jaar zo. (...) De huidige directeur heeft geen vooroverleg met zijn collega kwekers. Soms heeft hij wel vermoedens wie er ook inschrijven maar nimmer vooroverleg over prijsstelling. (...)”¹⁶⁴
305. Gelet op de bovenvermelde verklaringen in samenhang met het ontbreken van schriftelijk bewijs is de Raad van oordeel dat voldoende aannemelijk is dat Mart van Dijk na 2001 niet meer heeft deelgenomen aan de overtreding.

Conclusie verjaring

306. Ter zake van de overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG-Verdrag begaan door Mart van Dijk concludeert de Raad dat, nu er meer dan 5 jaar is verstreken nadat de overtreding door Mart van Dijk is begaan, zij ingevolge artikel 64, eerste lid, Mw niet meer bevoegd is ter zake een boete op te leggen.

4.7 Beoordeling overige zienswijzen

307. Hieronder worden de zienswijzen beoordeeld die nog niet zijn besproken, dan wel niet in hoofdstuk 5 aan de orde komen.

(i) Het rapport

308. Ten aanzien van de opmerking dat het rapport niet zou voldoen aan de vereisten als genoemd in artikel 59, tweede lid, Mw, en dat het rapport niet duidelijk aangeeft welke beschuldigen tegen de betrokken ondernemingen worden geuit, overweegt de Raad het volgende.
309. Artikel 59, tweede lid, Mw bepaalt dat het rapport onder meer de feiten en omstandigheden vermeldt op grond waarvan is geconstateerd dat een overtreding is begaan. De Raad is van mening dat het rapport in voldoende mate ingaat op deze feiten en omstandigheden. Voor zover met dit argument wordt gesteld dat het rapport geen opsomming bevat van de specifieke gevallen waarin onderling contact is opgenomen dan wel de inschrijfprijzen zijn

¹⁶³ 5211_3/3.

¹⁶⁴ 5211_3/2.

afgestemd, verwijst de Raad naar Bijlage IV van het rapport. In deze bijlage wordt per jaar per gemeente afgegeven welke van de betrokken ondernemingen contact hebben opgenomen dan wel de inschrijfprijzen onderling hebben afgestemd.

310. Iedere betrokken onderneming is derhalve in kennis gesteld van de specifieke gevallen als gevolg waarvan het voor iedere betrokken onderneming duidelijk is waarvan zij wordt beschuldigd. Van enige strijdigheid met het fair trail-beginsel van artikel 6 EVRM is dan ook geen sprake.
311. De Raad hecht er aan op te merken dat het haar niet aannemelijk voorkomt dat clementieverzoekers Van 't Wout en Boot & Co niet duidelijk is waarvan zij worden beschuldigd. Van 't Wout en Boot & Co hebben immers zelf hun eigen gedragingen bij de NMa bekend gemaakt in de wetenschap dat deze gedragingen een overtreding van de Mededingingswet behelzen. Deze gedragingen alsmede de overige relevante feiten en omstandigheden zijn ook terug te vinden in het rapport.

(ii) Schending van de rechten van de verdediging

312. Naar de mening van Mart van Dijk zou de voormalig directeur-eigenaar, [vertrouwelijk], ten onrechte de cautie zijn onthouden en zou hij tijdens het afnemen van zijn verklaring onder druk zijn gezet door te dreigen met een boete wegens niet-medewerken indien hij niet zou afzien van een beroep op zijn zwijgrecht. Deze verklaring zou niet kunnen worden gebruikt, althans in ieder geval ongeloofwaardig zijn, nu deze onder druk zou zijn afgelegd.
313. De plicht tot het stellen van de cautie ziet op degene die een zelf incriminerende verklaring kan afleggen. Tijdens het afleggen van zijn verklaring door [vertrouwelijk] is hem geen cautie verleend, aangezien hij ten tijde van het afleggen van zijn verklaring geen werknemer was van de betreffende onderneming en derhalve geen zelf incriminerende verklaring kon afleggen. De Raad is derhalve van oordeel dat [vertrouwelijk] terecht geen cautie is verleend. Verder stelt de Raad vast dat ter hoorzitting door de betrokken ambtenaar van de NMa is verklaard dat zich het volgende heeft afgespeeld bij het afleggen van de verklaring “(...)De [vertrouwelijk] heeft aan het begin van het gesprek niet geheel naar waarheid geantwoord. Dit kwam tijdens het gesprek naar voren toen [vertrouwelijk] werd geconfronteerd met een aantal faxen, die niet strookten met zijn verhaal. Deze faxen duiden op betrokkenheid van [vertrouwelijk] bij afspraken, terwijl hij daar naar eigen zeggen geen weet van had. De heer [vertrouwelijk] en ikzelf hebben [vertrouwelijk] erop gewezen dat het niet naar waarheid antwoorden op de vragen kan leiden tot een boete wegens niet meewerken. [vertrouwelijk] gaf aan dat hij dit begreep en vervolgens gaf hij aan het gesprek te willen vervolgen en de vragen naar waarheid te willen beantwoorden. Daarna heeft [vertrouwelijk] volledig meegewerkt.”
314. Deze verklaring van hetgeen zich heeft afgespeeld is ter hoorzitting niet weersproken. De Raad acht het meer in het licht hiervan niet aannemelijk dat deze mededeling ertoe heeft geleid dat de verklaring onder druk is afgelegd. Tijdens de hoorzitting is door een van de bij het afleggen van de verklaring betrokken ambtenaren van de NMa medegedeeld dat het gesprek daarna zeer gemoedelijk en vriendelijk is verlopen, hetgeen evenmin is weersproken door [vertrouwelijk] die tijdens de hoorzitting als gemachtigde van de onderneming Mart van Dijk

aanwezig was. *[vertrouwelijk]* heeft het verslag van zijn verklaring ondertekend, waarvan hij ten overstaande van de betrokken ambtenaar van de NMa heeft medegedeeld dat hij het een goede weergave van het gesprek vond. De Raad is derhalve van oordeel dat het standpunt dat de verklaring onder dwang zou zijn afgelegd geen doel treft en dat deze verklaring geloofwaardig is.

315. Ook de ondernemingen Darthuizer, Ton van den Oever en Udenhout zouden onder druk zijn gezet om de hun inziens onjuiste transcripties van de verklaringen te ondertekenen.
316. Tijdens de hoorzitting is ten aanzien van dit aspect door deze drie ondernemingen aangegeven dat zij “verkeerd geciteerd worden”.¹⁶⁵
317. De verklaring van de directeur van Udenhout, *[vertrouwelijk]* is, zo blijkt uit het verslag, een volledige weergave van de drie gesprekken die met *[vertrouwelijk]* zijn gehouden. Deze verklaring is door de heer Van Iersel ondertekend, waarbij door hem is opgemerkt: “onder voorbehoud van interpretatie van het geschrevene”. Naar het oordeel van de Raad behelst dit geen voorbehoud ten aanzien van de weergave van het gesprek.
318. Bij brief van 21 september 2006 heeft Darthuizer de verklaring van 14 juni 2006 aan de NMa toegezonden. Bij nalezing van de ondertekende en geretourneerde verklaring is door de NMa geconstateerd dat de tekst van de aan Darthuizer toegezonden verklaring door Darthuizer eigenmachtig is aangepast. Om die reden is bij brief van 27 september 2006 Darthuizer wederom in de gelegenheid gesteld de verklaring te ondertekenen waarbij Darthuizer is gewezen op de mogelijkheid om eventuele aanvullingen op de verklaring in een separate brief kenbaar te maken. Bij brief van 29 september is door de toenmalige advocaat –gemachtigde aangegeven dat Darthuizer hiermee niet kon instemmen en in overleg wou treden om de over de wijzigingen van gedachten te wisselen.
- Bij brief van 6 oktober 2006 heeft de NMa vervolgens medegedeeld dat; “*(..) De NMa zelf bepaalt op welke wijze een verklaring naar aanleiding van een gesprek wordt opgesteld. De door de NMa opgestelde versie van het de verklaring, welke niet is ondertekend, zal in het dossier worden opgenomen. De door u opgestuurde versie van de verklaring zal eveneens in het dossier worden opgenomen(..).*”

Beide stukken zijn in het dossier opgenomen onder prisma-nummer 5211_2/4 en 5211_2/18.

319. Uit het dossier blijkt dat het verslag van Ton van den Oever niet is ondertekend en dat Ton van den Oever gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om eventuele opmerkingen in een separate brief kenbaar te maken. Bij brief van 12 april 2006 heeft Ton van den Oever zijn opmerkingen kenbaar gemaakt, waarbij is verzocht bij gebruik van het verslag tevens te verwijzen naar de inhoud van die brief. De Raad constateert dat de reden om niet te ondertekenen niet zo zeer is gelegen in een onjuiste weergave van het gesprek, doch is gelegen in de “*(..) de benadering van uw medewerkers, de druk die ik daarbij heb ervaren en het ontbreken*

¹⁶⁵ 5211_1/190 Verslag hoorzitting algemene deel.

van de onderliggende stukken (..)."

320. De Raad ziet gelet op het vorenstaande geen om reden aan te nemen dat de drie betrokken ondernemingen onder druk zouden zijn gezet om een in hun ogen onjuiste verklaring te ondertekenen, waarbij de Raad tevens opmerkt dat Ton van den Oever en Darthuiser ieder hun verklaring niet hebben ondertekend.
321. De NMa heeft negen dagen voor de zitting een nader ingekomen stuk toegezonden aan de betrokken ondernemingen. Naar mening van Darthuiser c.s. zou er allereerst een nader Rapport dienen te worden opgemaakt.
322. Naar mening van de Raad behoeft er geen nader rapport te worden opgemaakt inzake de nader ingekomen stukken. Deze stukken bevatten een nadere verklaring van de voormalige commercieel directeur van Darthuiser en hebben betrekking op de in het rapport omschreven gedragingen. Nu de betrokken ondernemingen de gelegenheid hebben gekregen over deze stukken hun aan- en opmerkingen binnen de daartoe voorgeschreven termijn van vier weken kenbaar te maken¹⁶⁶, zijn de betrokken ondernemingen niet in hun proces-belang geschaad.

(iii) Beoordeling zienswijze Darthuiser gesloten gedeelte (Vertrouwelijk)

323. [Vertrouwelijk]
324. [Vertrouwelijk]
325. [Vertrouwelijk]
326. [Vertrouwelijk].
327. [Vertrouwelijk].
328. [Vertrouwelijk].
329. [Vertrouwelijk].¹⁶⁷ [Vertrouwelijk].
330. [Vertrouwelijk].¹⁶⁸, ¹⁶⁹, ¹⁷⁰

¹⁶⁶ 5211_1/190 Verslag hoorzitting algemene deel.

¹⁶⁷ 5211-6/9.

¹⁶⁸ 5211-1/189 verslag hoorzitting vertrouwelijk deel, 5211_1/158 pleitnota vertrouwelijk deel.

¹⁶⁹ 5211_1/3 documenten 04200186340156, 04200593390341, 04200593390339.

¹⁷⁰ 5211_1/3 documenten 04200186340156, 04200593390341, 04200593390339.

5 MEDEDINGINGSWET EN RICHTSNOEREN BOETETOEMETING

5.1 Inleiding

331. De Raad acht het passend om de betrokken ondernemingen, met uitzondering van Mart van Dijk voor de in randnummers 285 en 301 vastgestelde overtredingen te beboeten en overweegt in dit verband het navolgende.
332. De artikelen 56-58 Mw regelen de bevoegdheid van de Raad tot oplegging van een boete of last onder dwangsom in geval van overtreding van artikel 6 of 24 Mw. Ingevolge artikel 57, eerste lid Mw bedraagt de boete voor overtreding van die artikelen ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
333. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de d-g NMa op 19 december 2001 op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld: 'Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet' (hierna: de Richtsnoeren).¹⁷¹
334. Bij het opstellen van de Richtsnoeren zijn in de eerste plaats de wettelijke bepalingen over de hoogte van de boete in acht genomen. Afgezien van het bovengenoemde wettelijk maximum (artikel 57, eerste lid, Mw) is met name van belang het voorschrift dat rekening wordt gehouden met de ernst en duur van de overtreding (artikel 57, tweede lid, Mw). De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Met de duur van de overtreding wordt in de Richtsnoeren rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt.
335. Voorts zijn in de Richtsnoeren andere criteria opgenomen, waaronder criteria die blijken uit de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet.¹⁷²
- "(...) Afhankelijk van het geval kunnen ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel en dergelijke. De financiële positie van de onderneming speelt in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Hierdoor zou immers een slecht ondernemingsbeleid «beloond» worden door een lagere boete op te leggen dan zou geschieden aan*

¹⁷¹ *Stort.* 21 december 2001, 248, p. 90. Op 1 juli 2007 is de NMa Boetecode 2007 in werking getreden. Zie www.nmanet.nl.

Randnummer 60 van de Boetecode bepaalt echter dat de Richtsnoeren van toepassing blijven op alle zaken waarin een rapport is toegezonden conform artikel 59 Mededingingswet vóór de inwerkingtreding van de Boetecode. In deze zaak is op 8 februari 2007 een afschrift van het rapport aan de betrokken ondernemingen toegezonden, zodat op deze zaak de Richtsnoeren van toepassing zijn. De in de Richtsnoeren gehanteerde systematiek van beboeting van dit soort overtredingen is in de Boetecode gehandhaafd, zodat toepassing van de Richtsnoeren in zoverre niet leidt tot zwaardere boetes. In tegenstelling tot de Richtsnoeren bepaalt de Boetecode echter in randnummer 56 dat de vastgestelde boete naar beneden wordt afgerond met een veelvoud van EUR 1000,-. De Raad acht het geraten om dat in deze zaak ook te doen.

¹⁷² *Kamerstukken II* 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 88-89 (*memorie van toelichting*).

een onderneming die wel floreert (...). Aan de andere kant moet het niet zo zijn dat een boete een faillissement van de onderneming waarschijnlijk zou maken.(...)"

336. Volgens randnummer 29 is afwijking van de Richtsnoeren mogelijk indien toepassing daarvan tot onbillijkheid zou leiden of in geval van bijzondere omstandigheden. Daarnaast is van belang dat de Raad ingevolge artikel 4:84 Awb overeenkomstig de Richtsnoeren dient te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.
337. Darthuizer c.s. vinden dat voor hen een gunstiger boeteregime dient te gelden dan de Richtsnoeren, omdat de beweerde feiten, aldus Darthuizer c.s., uit dezelfde periode dateren als de feiten die in de zogeheten bouwfraude aan de orde waren. Bovendien is het gelijkheidsbeginsel geschonden, omdat de NMa Darthuizer c.s. in tegenstelling tot de ondernemingen in de bouwnijverheid niet de gelegenheid heeft geboden om een versnelde procedure te volgen in ruil voor boetevermindering.
338. Dienaangaande overweegt de Raad dat voor de door Darthuizer c.s. bedoelde "bouwzaken" een specifieke handhavingsaanpak geldt. Die aanpak ligt in het verlengde van de oproep van het kabinet aan de bouwondernemingen om "schoon schip te maken" en zich daartoe uiterlijk 1 mei 2004 vrijwillig bij de NMa te melden. Het kabinet heeft die oproep gedaan naar aanleiding van de door de Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid geconstateerde "structurele kartelvorming, gefundeerd in ingenestelde gewoontes en de cultuur van de bouwnijverheid".¹⁷³ Onder schoon schip maken verstaat het kabinet: "het op korte termijn komen tot genormaliseerde verhoudingen in de bouw door een toekomstgerichte aanpak."¹⁷⁴ Een zeer groot aantal ondernemingen heeft gehoor gegeven aan de oproep. Gelet op dat grote aantal en de schoon schip doelstelling heeft de NMa vanuit de volgende uitgangspunten een bijzondere aanpak ontwikkeld:
- snelheid en eenvoud,
 - transparantie van procedures en sanctie,
 - rechtsgelijkheid met voldoende oog voor individuele zaken,
 - cultuuromslag als effect, gevolgd door herstel van vertrouwen in de sector.
- Een bij die uitgangspunten aansluitende, efficiënte en sectorbrede aanpak vereist ook vereenvoudiging van het bestaande boetebeleid. In dat licht heeft de NMa ten behoeve van de bouwzaken zoals hiervoor bedoeld speciale bekendmakingen boetetoemeting vastgesteld. De algemene Richtsnoeren blijven ook voor deze bouwzaken gelden voor zover daarvan in de Bekendmaking niet wordt afgeweken.

¹⁷³ De bouw uit de schaduw, TK 28244, nrs. 6, p. 11.

¹⁷⁴ Brief Minister EZ 14 oktober 2004, TK 28244, nr. 85, p. 3.

339. Gelet hierop betekent het enkele feit dat beide overtredingen uit dezelfde periode dateren niet dat voor deze overtreding ook een gunstiger boeteregime zou moeten gelden. Daarvoor zijn de overtredingen, de achterliggende feiten en omstandigheden en de maatschappelijke impact van de overtredingen te verschillend. Er kan dan ook geen sprake zijn van strijd met het gelijkheidsbeginsel door Darthuizer c.s. niet de gelegenheid te hebben geboden om een versnelde procedure te volgen in ruil voor boetevermindering.
340. Gelet op het voorgaande past de Raad de algemene Richtsnoeren toe. Hieronder worden derhalve de boetes voor de betrokken ondernemingen aan de hand van de Richtsnoeren bepaald en gemotiveerd. De Raad gaat hieronder tevens in op de door enkele van de betrokken ondernemingen in dit verband ingebrachte zienswijzen.

5.2 Toepassing van de Richtsnoeren

341. Randnummer 18 van de Richtsnoeren introduceert een boetegrondslag van 10% van de “betrokken omzet”. De betrokken omzet wordt in randnummer 15 van de Richtsnoeren gedefinieerd als de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft.

5.3 De wijze waarop de betrokken omzet wordt vastgesteld en de boetegrondslag

342. Zoals hiervoor reeds vastgesteld vonden de gedragingen die vanaf 1 januari 1998 een overtreding van artikel 6 Mw en 81 EG behelsden al plaats vóór 1 januari 1998. Na 1 januari 1998 gingen de betrokken ondernemingen hiermee verder en maakten zij zich vanaf dat moment schuldig aan een overtreding van artikel 6 Mw en 81 EG.¹⁷⁵ De gedragingen bestonden uit het elkaar informeren dat zij waren benaderd door een gemeente om op een aanbesteding in te schrijven zodat zij konden vaststellen of het zinvol was om de volgende stappen in het kader van de marktverdelingsafpraak te zetten. Deze stappen behelsden vervolgens het verdelen van de leveranties aan de gemeenten en het uitwisselen van de voorgenomen inschrijfprijzen op de aanbesteding waarna de inschrijfprijzen in onderling overleg werden vastgesteld.
343. Gelet hierop is de betrokken omzet met in achtneming van randnummer 15 van de Richtsnoeren vastgesteld op de waarde van alle transacties die door de betrokken ondernemingen zijn verricht op het gebied van leveranties van boomkwekerijproducten aan gemeenten, voor zover zij daarbij elkaar hebben geïnformeerd dat zij waren benaderd door een gemeente om op een aanbesteding in te schrijven om te kunnen bepalen of het zinvol was de leveranties te verdelen en de inschrijfprijzen af te stemmen en/of voor zover zij daarbij deze leveranties onderling hebben verdeeld en de inschrijfprijzen onderling hebben uitgewisseld en vastgesteld.
344. De betrokken ondernemingen hebben inzicht verschaft in de waarde van de hierboven genoemde transacties¹⁷⁶ en de Raad heeft geen aanleiding om aan de juistheid hiervan te

¹⁷⁵ Met uitzondering van Van 't Wout die voor 1998 niet aan de gedragingen deelnam, zie randnummer 130.

¹⁷⁶ 5211_1/ 157, 5211_6/ 4, 5211_9/ 18.

twijfelen.

345. De Raad gaat derhalve uit van de volgende betrokken omzet per onderneming:

Darthuizer	EUR 2.164.696
Boot & Co	EUR 1.546.342
Van 't Wout	EUR 285.767
Bonte Hoek	EUR 97.259
M. van den Oever	EUR 1.118.077
Udenhout	EUR 111.592
Ton van den Oever	EUR 223.487

Conform de Richtsnoeren is de boetegrondslag gelijk aan 10% van de betrokken omzet.

De boetegrondslag bedraagt derhalve:

Darthuizer	EUR 216.469
Boot & Co	EUR 154.634
Van 't Wout	EUR 28.576
Bonte Hoek	EUR 9.725
M. van den Oever	EUR 111.807
Udenhout	EUR 11.159
Ton van den Oever	EUR 22.348

5.4 Ernst van de overtreding

346. Zoals ook uit het voorgaande voortvloeit, hadden de afspraken en/ of gedragingen van partijen (horizontale) afstemming tussen concurrenten omtrent verdeling van de markt en het afstemmen van de inschrijfprijzen tot doel. De Richtsnoeren merken als zeer zware overtredingen onder meer aan horizontale marktverdelingsafspraken. De overtreding van de betrokken ondernemingen in de onderhavige zaak dient te worden aangemerkt als een zeer zware overtreding.

347. Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van de Richtsnoeren een rekenfactor van 1,5 tot 3. De Raad stelt in elk individueel geval de hoogte van de rekenfactor vast met inachtneming van de ernst van de overtreding.

348. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de Raad, naast de zwaarte van de overtreding, rekening met de concrete economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijk marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. De Raad kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.

349. In het kader van de boeteoplegging in de onderhavige zaak neemt de Raad met name het navolgende in acht. Enkele van de betrokken ondernemingen, zoals Darthuizer en Boot & Co, namen ieder voor zich al in ieder geval ten tijde van de overtreding een sterke marktpositie in.

Verder was de handelwijze van met name Darthuizer en Boot & Co maar ook van de andere betrokken ondernemingen erop gericht de pakkans tot een minimum te reduceren door in beginsel geen andere ondernemingen bij hun overeenkomst en/of onderlinge afstemming te betrekken. Als een “buitenommer” inschreef dan zagen de betrokken ondernemingen verder af van het onderling verdelen van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen. Dit deden zij met de wetenschap dat een volgende mogelijkheid om de leveranties te verdelen en de prijzen af te stemmen niet lang op zich zou laten wachten, hetgeen in de praktijk ook zo uitpakte. Zodoende zijn zij erin geslaagd jarenlang in het geheim te opereren. De overtreding is pas aan het licht gekomen toen de FIOD/ECD in het kader van een strafrechtelijk onderzoek administraties in beslag had genomen en verklaringen had afgenomen die duiden op marktverdeling en prijsafspraken, waarna deze gegevens aan de NMa in maart 2005 zijn overgedragen.

350. Verder is van belang dat de betrokken ondernemingen deel uitmaakten van een selecte groep die aan gemeenten leverden. Het betrof een kleine groep, omdat het moeilijk was om tot deze markt toe te treden.¹⁷⁷
351. Ook kan niet worden voorbij gegaan aan het feit dat in die gevallen waarin gemeenten de opdracht verleenden door middel van een onderhandse aanbesteding, deze gemeenten de rechtmatige verwachting hadden dat de ingediende offertes niet het resultaat zouden zijn van heimelijke afspraken tussen de deelnemers, maar dat sprake zou zijn van daadwerkelijke mededinging tussen de betrokken ondernemingen. In het onderhavige geval is deze verwachting ernstig geschonden doordat de betrokken ondernemingen de leveranties verdeelden en de inschrijfprijzen afstemden. Bovendien acht de Raad de ernst van de overtreding vergroot door het feit dat voornoemde verdeling en afstemming uit publieke middelen betaalde producten betroffen. Het enkele feit dat Darthuizer c.s. suggereren dat gemeenten op de hoogte waren van de heimelijke afspraken kan hieraan niet afdoen, reeds omdat dit niet is gebleken, zoals hierna verder uiteen zal worden gezet.
352. Ten slotte is in dit verband ook van belang dat weliswaar het aantal afspraken ten tijde van en naar aanleiding van de berichtgeving over de bouwfraude is verminderd maar de afspraken niet zijn gestopt. Zo verklaart [vertrouwelijk]: “(...) *Ten tijde van de bouwfraude en bouwenquête rond 2002 begon bij mij het besef door te dringen dat hoe klein en marginaal ook, dit handelen toch als strafbaar was aan te merken. Ik heb toe besloten er mee te stoppen. Of dat voor andere boomkwekerijen ook geldt weet ik niet. In het seizoen 2003-2004 zal misschien nog een enkele keer overleg hebben plaatsgevonden(...).*”¹⁷⁸
353. Zoals hiervoor reeds overwogen betreft het hier een zeer zware overtreding, waarvoor op grond van de Richtsnoeren een rekenfactor van 1,5 tot 3 geldt. De Raad overweegt dienaangaande het volgende.

¹⁷⁷ Zie randnummer 103.

¹⁷⁸ Zie 5211_6/9.

354. Naar het oordeel van de Raad ligt het in beginsel in de rede om een factor 2,25 te hanteren. Deze factor wordt gerechtvaardigd door de bovenomschreven ernst van de overtreding en het feit dat de betrokken ondernemingen het vertrouwen hebben misbruikt van de gemeenten waarmee ze vanuit het verleden een goede relatie hadden opgebouwd. Dit vertrouwen is beschaamd door stelselmatig de markt te verdelen en de prijzen af te stemmen.
355. De Raad stelt echter vast dat in ongeveer de helft van het aantal gevallen twee of meer betrokken ondernemingen alleen contact met elkaar hebben opgenomen om te bezien of de leveranties konden worden verdeeld en de inschrijfprijzen konden worden afgestemd zonder dat deze contactleggende betrokken ondernemingen tot daadwerkelijke verdeling en afstemming zijn overgegaan. Dit maakt de overtreding in zoverre minder ernstig. Een en ander neemt niet weg dat nog steeds sprake is van een ernstige overtreding. Het was slechts aan niet door de betrokken ondernemingen te beïnvloeden omstandigheden te wijten dat zij niet overgingen tot verdeling van de leveranties en het afstemmen van de inschrijfprijzen. Zij kozen er daarbij bovendien bewust voor om andere deelnemers niet toe te laten omdat daardoor de kans tot destabilisatie en noodgedwongen beëindiging van het kartel zou worden vergroot. Zij kozen er op dat moment voor de markt niet te verdelen, maar hun kansen voor de volgende gelegenheid tot verdeling en afstemming af te wachten. Dusdoende beschermden de betrokken ondernemingen hun kartel.
- Het geheel overziende is de Raad van oordeel dat in deze zaak een rekenfactor van 2 dient te worden gehanteerd.
356. Zowel Van 't Wout als Boot & Co betogen dat in hun geval een boete geen preventieve werking kan hebben, omdat de kans klein is dat zij nogmaals de mededingingsregels zullen overtreden nu zij zelf clementie hebben aangevraagd. De Raad begrijpt dit betoog aldus dat daar bij de berekening van de boete rekening moet worden gehouden. Hiervoor ziet de Raad geen enkele aanleiding, reeds omdat bij de berekening daarvan rekening zal worden gehouden met het feit dat zij clementie hebben gevraagd en een voorwaardelijke clementietoezegging hebben verkregen. Verder overweegt de Raad dat het enkele feit dat zij clementie hebben aangevraagd niet betekent dat overtreding van de mededingingsregels in de toekomst is uitgesloten. Bovendien doet het feit dat zij clementie hebben aangevraagd niet af aan het feit dat daar een zeer zware overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid EG aan is voorafgegaan.

357. Gelet op het voorgaande wordt de boete met inachtneming van randnummer 20, maar zonder toepassing van randnummer 26 t/m 30 van de Richtsnoeren en zonder vermindering van de boete op basis van de aan P. van 't Wout en Boot & Co gedane clementietoezegging berekend door de boetegrondslag met een factor 2 te vermenigvuldigen.

Darthuizer	EUR 432.938
Boot & Co	EUR 309.268
Van 't Wout	EUR 57.152
Bonte Hoek	EUR 19.450
M. van den Oever	EUR 223.614
Udenhout	EUR 22.318
Ton van den Oever	EUR 44.696

5.5 Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

Boeteverhogende omstandigheden

358. Zoals in randnummer 26 van de Richtsnoeren is vermeld, neemt de Raad bij de boetevaststelling boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking.¹⁷⁹

359. De Raad acht het feit dat Darthuizer in het kader van deze overtreding een initiërende, leidinggevende en coördinerende rol heeft gespeeld reden om de boete met 15% te verhogen. Dit blijkt in aansluiting op randnummer 87 van het rapport bij voorbeeld uit de verklaring van de senior-accountmanager van Ton van den Oever: “(..) Na 1 januari 1998 denk ik dat Darthuizer en Bonte Hoek de grootste initiatiefnemers waren. Volgens mij is hun belang groter voor leveranties aan gemeenten. Voor ons is het belang voor leveranties aan de gemeenten kleiner (..)”.¹⁸⁰ De Raad ziet niet in dat aan deze verklaring voorbij dient te worden gegaan, omdat, zoals door Darthuizer is betoogd, het maar een veronderstelling zou zijn. Deze verklaring staat namelijk niet op zichzelf, nu meerdere betrokken ondernemingen Darthuizer hebben aangewezen als initiator van de overtreding. Zo blijkt uit de verklaring van de algemeen directeur van Van 't Wout dat de voormalige commercieel directeur van Darthuizer hem heeft gevraagd om tot het overleg toe te treden en aan de overtreding deel te nemen.¹⁸¹ Verder heeft de directeur van Boot & Co het volgende verklaard: “(..) Hij (algemeen directeur Darthuizer, NMa) heeft mij ooit als eerste benaderd met de vraag om te overleggen met de intentie om afspraken te maken. Hij liet het verdelen en afstemmen, ofwel de uitvoering over aan zijn commercieel directeur, [vertrouwelijk]. Die was het meest actief en de stimulator en benaderde ook andere partijen. Als er al overleg was, was hij altijd betrokken als initiatiefnemer. Ik weet ook dat [vertrouwelijk] bij andere bedrijven is gaan praten om te kijken of er afspraken gemaakt konden worden. [vertrouwelijk] was dus zeker op de hoogte van het feit dat er afspraken werden gemaakt. [vertrouwelijk] ging altijd op zoek naar andere ondernemingen om dingen te kunnen regelen. [vertrouwelijk] overlegde wel soms met [vertrouwelijk] over het maken van de afspraken(..)”¹⁸² Voorts verklaart hij: “(..) Onze klanten

¹⁷⁹ In casu is geen toepassing gegeven aan randnummer 23 waarbij uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking het bedrag van de boete kan worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming.

¹⁸⁰ Zie 5211_8/4.

¹⁸¹ Zie 5211_9/2.

¹⁸² Zie 5211_6/2.

zijn naast de gemeenten ook de groenvoorzieners. En deze groenvoorzieners zeiden dat wij elkaar kapot aan het maken waren en stelden dan de vraag waarom wij onderling niets regelden. En [vertrouwelijk] gebruikte dit argument wel eens om aan te geven dat we elkaar het veel te moeilijk maakten en te lage prijzen zouden doorberekenen aan de gemeenten. Volgens [vertrouwelijk] van Darthuiser moesten we elkaar niet kapot concurreren (...) Maar vooral [vertrouwelijk] probeerde het (maken van verboden afspraken, NMa) dan weer te bagatelliseren en zei dat onze afspraken helemaal niet veel voorstelden(...).”¹⁸³

Boeteverlagende omstandigheden

360. Boot & Co en Darthuiser c.s. zien in de rol van de gemeenten reden om boeteverlagende omstandigheden aan te nemen. Gemeenten hebben volgens hen namelijk bijgedragen aan de mogelijkheid om te overleggen over aanbestedingen door de betrokken ondernemingen te vertellen wie nog meer waren uitgenodigd om in te schrijven of door te vertellen hoeveel concurrenten er waren. Volgens Darthuiser c.s. kan dan ook geen sprake zijn geweest van een verboden uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie, omdat de gemeenten daar nu zelf voor hebben gezorgd. Darthuiser c.s. wijzen er, overigens onder de gelijktijdige vaststelling dat geen wettelijke verplichting tot aanbesteding bestond, in dit verband verder op dat gemeenten aanbesteden maar lastig vonden en één-op-één bestellingen plaatsten dan wel hun leveranciers slechts in zeer beperkte kring zochten, of het zelfs oogluikend toestonden dat inschrijvers op hun onderhandse aanbestedingen de zaken onderling regelden. Ten slotte wijzen de betrokken ondernemingen erop dat de rol van de gemeenten in deze zaak naar hun mening raakvlakken vertoont met de rol van de gemeente Maastricht in zaak 4014 welke rol de Raad heeft doen besluiten de boete in die zaak met 30% te verminderen.
361. In deze omstandigheden ziet de Raad geen aanleiding de boete te verlagen. Uit de stukken blijkt dat gemeenten soms aangaven wie de overige inschrijvers op een onderhandse aanbesteding waren. Dat hierdoor geen sprake meer kan zijn van uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie, zoals Darthuiser c.s. beweren, is volstrekt onjuist. Het enkele feit dat de betrokken ondernemingen soms dankzij de gemeenten wisten wie de overige inschrijvers waren betekent niet dat deze gemeenten er vervolgens ook voor hebben gezorgd dat leveranties werden verdeeld en de prijzen werden afgestemd. Daar hebben de betrokken ondernemingen juist voor gezorgd en niet de gemeenten door soms aan te geven wie de andere inschrijvers waren. De volgende verklaring van de heer Boot toont dat ook aan wanneer hij zegt: “(...) *De gemeente wist niets van de afspraken af, (...)*”.¹⁸⁴ De Raad hecht er in dit verband ook nog aan op te merken dat wordt gesuggereerd dat sommige gemeenten op eigen initiatief de namen van andere inschrijvers zouden hebben verstrekt. Dit is echter niet het geval: “(...) *De medewerkers van Boot werden systematisch geïnstrueerd om zoveel mogelijk bij gemeenten langs te gaan, met het doel de betrokken gemeenten uit te horen welke ondernemingen nog meer voor een bepaalde aanbesteding werden uitgenodigd. We moesten ook bellen en vragen wie en hoeveel er meededen bij een aanvraag (...)*”.¹⁸⁵ Het initiatief en de uitvoering lag derhalve volledig bij de betrokken ondernemingen. Van een parallelie met de rol

¹⁸³ Zie 5211_6/2.

¹⁸⁴ Zie 5211_6/45.

¹⁸⁵ Zie 5211_1/134.

van de gemeente Maastricht in zaak 4014 is geen sprake.¹⁸⁶ De Raad acht het volstrekt misplaatst om in de rol die gemeenten soms met succes werd opgedrongen vervolgens een boeteverminderende omstandigheid te zien.

362. Ook ziet de Raad niet in dat het feit dat gemeenten veel één-op-één aanbesteden en een aantal gemeenten maar een beperkte kring van leveranciers hebben de Raad zouden moeten nopen de boete voor de betrokken ondernemingen te verlagen. Met deze stelling miskent Darthuizer c.s. de eigen verantwoordelijkheid van ondernemingen voor naleving van de Mededingingswet ook als ondernemingen in de structuur van de markt kennelijk aanleiding zien om verboden afspraken te maken.
363. Verder overweegt de Raad ten aanzien van het standpunt van Darthuizer c.s. dat gemeenten oogluikend toestonden dat inschrijvers op hun onderhandse aanbestedingen de zaken onderling regelden het volgende. De heer Boot heeft dienaangaande het volgende verklaard: *“(..)Ieder van ons kreeg zijn deel van levering en de gemeente (Den Helder, NMa) vond het dan ook prima dat het dan zo werd verdeeld, althans die indruk had ik. De gemeente wist niets van de afspraken af, maar stuurde wel aan op het verdelen van een levering onder de verschillende leveranciers (...)”*.¹⁸⁷ Hoewel deze verklaring, die Darthuizer c.s. ook hebben aangehaald om hun argument kracht bij te zetten, de indruk kan wekken dat de gemeente Den Helder niet onbekend kon zijn met hetgeen zich afspeelde tussen de betrokken ondernemingen, voert het naar het oordeel van de Raad te ver om het feit dat deze gemeente beweerdelijk in de situatie berustte als een boeteverlagende omstandigheid te zien. Bovendien kan uit deze verklaring ook niet worden afgeleid dat een en ander ook voor andere benadeelde gemeenten opging. Daarenboven wijst de Raad erop dat de door Darthuizer c.s. gestelde houding van de gemeente Den Helder niet terugkomt in een verklaring die is afgelegd door twee ambtenaren van de gemeente Den Helder.¹⁸⁸ Aldus bezien kan uit deze verklaring niet worden afgeleid dat (nagenoeg) alle gemeenten op de hoogte waren van hetgeen zich tussen de betrokken ondernemingen afspeelden. Bovendien kan dit ook niet afdoen aan de eigen verantwoordelijkheid van ondernemingen voor naleving van de Mededingingswet.
364. Darthuizer c.s. wijzen erop dat zij begin 2004 niet zijn opgeroepen voor 1 mei 2004 schoon schip te maken hoewel de beweerdelijke door hen begane inbreuken, aldus Darthuizer c.s., grotendeels betrekking hebben op dezelfde periode. De bedrijven die schoon schip hebben gemaakt, is toegezegd dat zij niet zullen worden uitgesloten bij aanbestedingen van Rijkswaterstaat en de Rijksgebouwendienst, aldus Darthuizer c.s.. Doordat zij niet de gelegenheid hebben gehad om schoon schip te maken, sluiten Darthuizer c.s. niet uit dat zij de komende jaren zullen worden getroffen door uitsluitingen, indien de NMa aan één of meer van hen een boete zou opleggen. Dit is volgens hen een boetematigende factor.

¹⁸⁶ Besluit van de Raad van 15 december 2006 in zaak 4014.

¹⁸⁷ Zie 5211_6/45.

¹⁸⁸ Zie 5211_1/35.

365. Zoals hiervoor reeds uiteengezet levert een verschil in afdoening van de bouwzaken en deze zaak geen strijd met het gelijkheidsbeginsel op. Dit betekent dat de gevolgen die die afdoening voor de bouwbedrijven in het leven heeft geroepen ook niet voor de betrokken ondernemingen in deze zaak dienen te gelden. Ook overigens ziet de Raad geen aanleiding het zich wellicht wel voortdoen van de gestelde negatieve gevolgen van de overtreding op voorhand reeds te compenseren door middel van een boetevermindering. Nog daargelaten dat het niet zeker is dat deze gevolgen zich voortdoen, zijn deze naar het oordeel van de Raad als consequentie van hun gedrag ten volle voor rekening en risico van de betrokken ondernemingen.
366. Gelet op het voorgaande wordt de boete met inachtneming van randnummer 20, 26, 27 en 28 van de Richtsnoeren maar zonder toepassing van randnummer 29 en 30 van de Richtsnoeren voor Darthuizer als volgt berekend:
- | | |
|------------|-------------|
| Darthuizer | EUR 497.878 |
|------------|-------------|

5.6 Clementie

369. Van 't Wout en Boot & Co hebben, zoals hiervoor reeds in randnummers 6 t/m 9 is aangegeven, vrijwillig informatie verstrekt aan de NMa en zij hebben daarvoor een clementietoezegging ontvangen in de zin van de Richtsnoeren Clementietoezegging.¹⁸⁹ In weerwil van de verklaringen van Darthuizer c.s. is de Raad van oordeel dat Boot & Co de voorwaarden waaronder de clementie is toegezegd heeft nageleefd. Op basis van de gedane toezeggingen vermindert de Raad de boete, zoals tot dusver berekend, voor Van 't Wout met 65% en voor Boot & Co met 15%. Dit leidt tot de volgende boetebedragen:
- | | |
|-------------|-------------|
| Van 't Wout | EUR 20.003 |
| Boot & Co | EUR 262.877 |

5.7 Matiging boete, beginselen van behoorlijk bestuur

370. De Richtsnoeren geven in de randnummers 29-30 de mogelijkheid een boete te matigen (algemene beginselen van behoorlijk bestuur, evidente onbillijkheid, symbolische boete bij bijzondere omstandigheden).

¹⁸⁹ Regeling van 28 juni 2002, Stcrt. 1 juli 2002, nr. 122, met betrekking het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 6 juncto 56, 57 en 62 Mededingingswet, zoals deze regeling laatstelijk is gewijzigd bij besluit van de Raad van 9 oktober 2007, Stcrt. 10 oktober 2006, nr. 196.

371. In dit verband voeren Darthuizer c.s. aan dat bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening moet worden gehouden met de slechte financiële situatie in de sector. Waar het gaat om de hoogte van de boete in relatie tot de financiële situatie van een onderneming, herinnert de Raad eraan dat blijkens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet de financiële positie van de onderneming in beginsel geen rol speelt bij de vaststelling van de hoogte van de boete, met dien verstande dat het opleggen van een boete niet het faillissement van een levensvatbare onderneming waarschijnlijk mag maken. Gelet hierop en nu ook overigens niet is gebleken dat de hierna vermelde boetes in zoverre onredelijk zouden zijn is een boetematiging niet op zijn plaats.

5.8 Wettelijk maximum

372. De Raad heeft ambtshalve met inachtneming van het bepaalde in artikel 57 Mw onderzocht of de boete hoger is dan EUR 450.000 dan wel, indien dat meer is, hoger dan 10% van de omzet van de betrokken ondernemingen in het jaar 2006. Op basis van de thans door de betrokken ondernemingen overgelegde gegevens is de Raad van oordeel dat dit niet het geval is.

6 BESLUIT

- I. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:
 - i) legt aan Darthuizer Boomkwekerijen B.V., gevestigd te Leersum, en G.L. IJssink Beheer B.V., gevestigd te Doorn, een boete op van EUR 497.000,00 en stelt beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel;
 - ii) legt aan Boot & Co Boomkwekerijen B.V., gevestigd te Boskoop, een boete op van EUR 262.000,00;
 - iii) legt aan Handelskwekerij Piet van 't Wout B.V. (als rechtsopvolger van Handelskwekerij Piet van 't Wout B.V. i.o., voorheen Handelskwekerij Piet van 't Wout), gevestigd te Boskoop, en [vertrouwelijk], geboren [vertrouwelijk] en wonende te [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], geboren op [vertrouwelijk] en wonende te [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], wonende te [vertrouwelijk], een boete op van EUR 20.000,00 en stelt Handelskwekerij Piet van 't Wout B.V. en [vertrouwelijk] hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel en stelt [vertrouwelijk], geboren op [vertrouwelijk] en wonende te [vertrouwelijk], en [vertrouwelijk], wonende te [vertrouwelijk], beiden als vennoten van (voorheen) Handelskwekerij Piet van 't Wout hoofdelijk aansprakelijk voor zover de overtreding zich uitstrekte over de periode vanaf 1 januari 1998 tot en met 30 juni 2002;
 - iv) legt aan Mart van Dijk Boomkwekerijen B.V., gevestigd te Meerlo-Wansum, en Hans de Swart Swolgen Holding B.V., gevestigd te Meerlo-Wansum geen boete op;
 - v) legt aan [vertrouwelijk], wonende te [vertrouwelijk], en [vertrouwelijk], wonende te [vertrouwelijk], als vennoten van (voorheen) Bonte Hoek Kwekerijen v.o.f. (thans: Bonte Hoek Kwekerijen B.V.), een boete op van EUR 19.000,00 en stelt beide natuurlijke personen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel;
 - vi) legt aan Boomkwekerijen M. van den Oever & Zonen B.V., gevestigd te Haaren, en Van den Oever Holding B.V., gevestigd te Haaren, een boete op van EUR 223.000,00 en stelt beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel;
 - vii) legt aan B.V. Boomkwekerij Udenhout, gevestigd te Udenhout, en Cevi Beheer B.V., gevestigd te Udenhout, een boete op van EUR 22.000,00 en stelt de rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel;
 - viii) legt aan Boomkwekerij Ton van den Oever B.V., gevestigd te Haaren, en Louisahof B.V., gevestigd te Haaren, een boete op van EUR 44.000,00 en stelt beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

- II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde rechtspersonen en natuurlijke personen afzonderlijk.

Datum: 13 november 2007

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,
overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

W.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.