Zaak 4014_1/226
Griffie

Advies in zaak 4014, Openbaar Groen

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof. mr J. Borgesius (voorzitter), mw mr M.J.S. Korteweg-Wiers, prof. dr. J.A.H. Maks en mw mr M. Sikkens. De subcommissie werd bijgestaan door dr J.F. Appeldoorn (secretaris).

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 15 december 2005 in de zaak onder nummer 4014 (hierna: het besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat Kultuurtechniek Rooden B.V. en Holding H.J. Rooden B.V. (hierna: Rooden), Krinkels B.V. en Krinkels Holding B.V. (hierna: Krinkels), Henssen B.V. en P. Henssen Holding B.V. (hierna: Henssen), BTL Uitvoering B.V. en B.T.L. Beheer B.V. (hierna: BTL), Dolmans Kultuurtechniek B.V. en Dolmans Landscaping Group B.V. (hierna: Dolmans), Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V. (hierna: Vaessen), Hoveniers -en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V. (hierna: Hollanders) en Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V. (hierna: Oosterloo) een inbreuk hebben gemaakt op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw).[1]

2. Op grond van de vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw heeft de Raad aan de bovengenoemde ondernemingen elk afzonderlijk een boete opgelegd.

3. Tegen het besluit zijn bezwaarschriften ingediend door Rooden, Krinkels, Henssen, BTL, Dolmans, Oosterloo en Vaessen (hierna: de bezwaarden).[2][3][4][5][6][7][8] Hollanders heeft geen bezwaarschrift ingediend.

4. Bij brief van 19 april 2006 werd aan de bezwaarden en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit medegedeeld dat op 8 juni 2006 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 8 juni 2006 vond deze hoorzitting plaats waarbij de bezwaarden, met uitzondering van Oosterloo[9], en vertegenwoordigers van de Raad werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: prof. mr J. Borgesius (voorzitter), mw mr M.J.S. Korteweg-Wiers, prof. dr. J.A.H. Maks en mw mr M. Sikkens. De subcommissie werd bijgestaan door dr J.F. Appeldoorn (secretaris).

---

[1] Prismanummer 4014_1/209.
[2] Rooden pro forma op 25 januari 2006, prismanummer 4014_1/226, aanvullende gronden op 6 april 2006, prismanummer 4014_1/261.
[3] Krinkels Holding pro forma op 23 januari 2006, prismanummer 4014_1/223, Krinkels pro forma op 23 januari 2006, prismanummer 4014_1/224, aanvullende gronden van Krinkels Holding en Krinkels op 31 maart 2006, prismanummer 4014_1/248.
[4] Henssen pro forma op 19 januari 2006, prismanummer 4014_1/221, aanvullende gronden op 5 april 2006, prismanummer 4014_1/259.
[5] BTL pro forma op 26 januari 2006, prismanumer 4014_1/227, aanvullende gronden op 4 april 2006, prismanummer 4014_1/256.
[6] Dolmans pro forma op 25 januari 2006, prismanummer 4014_1/225, aanvullende gronden op 6 april 2006, prismanummer 4014_1/260.
[7] Oosterloo pro forma op 19 januari 2006, prismanummer 4014_1/220, aanvullende gronden op 5 april 2006, prismanummer 4014_1/257.
[8] Vaessen pro forma op 19 januari 2006, prismanummer 4014_1/222, aanvullende gronden 5 april 2006, prismanummer 4014_1/258.
[9] Oosterloo is niet ter hoorzitting verschenen.

5. Het verslag van de hoorzitting werd op 28 juni 2006 aan partijen rondgestuurd.

2. Besluit

6. Het besluit is als bijlage aan dit advies gehecht.

3. Bezwaren en beoordeling

7. De gronden van bezwaar van Rooden en Dolmans komen letterlijk overeen met uitzondering van twee toevoegingen in de aanvullende gronden van Rooden, bij de randnummers 93 en 185, en één toevoeging in de aanvullende gronden van Dolmans, bij randnummer 195. De aanvullende gronden van Henssen, Oosterloo en Vaessen komen (vrijwel) letterlijk overeen met uitzondering van het bezwaar aangaande de vermindering van de boete wegens betaalde schadevergoeding (steeds de voorlaatste paragraaf van de aanvullende gronden) en het bezwaar aangaande de onevenredigheid van de boete (steeds de laatste paragraaf van de aanvullende gronden). De aanvullende gronden van Krinkels en BTL zijn tekstueel anders dan de reeds genoemde, maar komen inhoudelijk vrijwel overeen.

8. Hierna zullen aanvankelijk enkel de bezwaren van Rooden als gemeenschappelijke bezwaren worden behandeld, waar nodig aangevuld met bezwaargronden van anderen. Daarna zullen de overige individuele gronden aan de orde worden gesteld. Voorzover de bezwaren ook door andere partijen naar voren zijn gebracht, geldt het advies ook steeds ten aanzien van hen.

A – Gemeenschappelijke bezwaren

Vooringenomenheid

9. Rooden stelt dat de Raad blijk heeft gegeven van vooringenomenheid, enerzijds door een 'gekleurd' persbericht te doen uitgaan, anderzijds door aan de Gemeente Maastricht (hierna: Gemeente) documenten ter beschikking te stellen.[10]

10. In het besluit weerspreekt de Raad de vooringenomenheid. Het persbericht zou neutraal zijn en ontkend wordt dat er documenten aan de Gemeente Maastricht zijn overhandigd. Bovendien werd een verzoek krachtens de Wet openbaarheid van bestuur van de Gemeente werd afgewezen.[11]

Beoordeling

11. De Adviescommissie acht de handelwijze van de Raad niet blijk geven van vooringenomenheid. De daartoe opgenomen motivering in het besluit wordt door de Adviescommissie voldoende geacht om dit aannemelijk te maken.

12. Het bezwaar van Rooden is daarnaast gebaseerd op een interpretatie van een krantenartikel van de hand van de burgemeester van Maastricht. Noch de inhoud van dat artikel, noch de invulling die Rooden daaraan geeft, kunnen in deze

[10] Randnummers 9-15 van de aanvullende gronden.
[11] Randnummers 23 en 26 van het besluit; zie ook vn. 11 van het besluit.

bezwaarprocedure aan de Raad worden tegengeworpen. In zoverre mist het bezwaar feitelijke grondslag.

13. Het bezwaar voorzover gebaseerd op de toonzetting van het persbericht wordt door de Adviescommissie niet gedeeld, nu in dat bericht uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van een verdenking.

14. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Onpartijdigheid

15. Rooden is van mening dat de Raad zich niet onpartijdig heeft opgesteld met betrekking tot de hoorzitting naar aanleiding van het rapport en de aan de orde zijnde schadevergoeding. Dat de boete uiteindelijk, met het oog op de rol van de Gemeente, is verlaagd, doet haars inziens aan dit punt niet af.[12]

16. De Raad stelt dat hij alle betrokkenen tijdig heeft geïnformeerd.[13]

Beoordeling

17. De Adviescommissie kan Rooden in haar bezwaar niet volgen. De door Rooden naar voren gebrachte gronden zien ofwel op het hiervoor behandelde bezwaar betreffende vooringenomenheid van de Raad, dan wel op het hierna te bespreken bezwaar inzake onzorgvuldige handelwijze van de Raad. Zij zien echter geenszins op de beweerdelijke onpartijdigheid van de Raad. Ook wanneer Rooden stelt dat de overdracht van de zaak binnen de NMa aan de Juridische Dienst gebrekkig is, raakt dit de onpartijdigheid niet.

18. De Adviescommissie acht het bezwaar derhalve onvoldoende geadstrueerd, waarmee het dient te worden verworpen.

Zorgvuldigheidsbeginsel / Gelijkheidsbeginsel

19. Rooden stelt dat de Raad aanvankelijk te weinig acht heeft geslagen op de rol van de Gemeente, zodat zijn onderzoek onzorgvuldig is geschied. Een zorgvuldiger onderzoek had een andere kwalificatie van de feiten opgeleverd.[14]

20. Rooden is daarnaast van mening dat de Raad het onderzoek had moeten heropenen alvorens een besluit te nemen. Ten eerste enerzijds vanwege de onduidelijkheid van de rol van Van der Linden Groen BV (hierna: Van der Linden)[15], anderzijds vanwege de rol van de Gemeente.

21. Rooden herhaalt dit betoog met enige toevoegingen in randnummer 93.[16]

---

[12] Randnummers 19-24 van de aanvullende gronden.
[13] Randnummer 25 van het besluit.
[14] Randnummer 28 van het besluit.
[15] Van der Linden heeft samen met BTL een rayon 'gewonnen'; sommigen hebben verklaard dat Van der Linden ook aanwezig was in het Eurotel in Lanaken.
[16] Randnummers 82-97 van de aanvullende gronden.

22. In de aanvullende gronden van BTL wordt nog iets uitvoeriger ingegaan op de rol van Van der Linden.[17]

23. Krinkels stelt dat het niet heropenen van het onderzoek en het niet beboeten van Van der Linden tevens als mogelijk gevolg heeft, dat Krinkels in de toekomst wordt uitgesloten van overheidsopdrachten en Van der Linden niet, terwijl zij volgens Krinkels beiden bij het vooroverleg betrokken zijn geweest.[18]

24. Krinkels stelt dat ook de ondernemingen Jonkers en Jef Spees aan het vooroverleg hebben deelgenomen en dat ook BTL deze twee ondernemingen heeft genoemd.

25. De Raad stelt dat niet is komen vast te staan dat Van der Linden bij het vooroverleg betrokken is geweest.[19] Een heropening zou de procedure sterk vertragen. Wel houdt de Raad bij de boeteberekening rekening met het feit dat er wellicht meer ondernemingen aanwezig waren in Lanaken.[20] Ook wordt thans binnen de Directie Concurrentietoezicht van de NMa onderzocht of het opportuun is een rapport tegen Van der Linden op te maken.[21]

26. De Raad stelt voorts dat in verband met de rol van de Gemeente Maastricht de boete is verlaagd. Aanvullend onderzoek acht de Raad derhalve niet nodig.[22]

Beoordeling

27. Alvorens de bezwaargronden inhoudelijk te beoordelen, wenst de Adviescommissie het volgende op te merken. Het opleggen van een punitieve sanctie aan ondernemingen behoort in beginsel gegrondvest te zijn op feiten die door een zorgvuldig onderzoek aannemelijk zijn geworden. Het onderzoek naar verboden vooroverleg kan daarop geen uitzondering vormen, ook al wordt het onderzoek naar dergelijke gedragingen bemoeilijkt door het geheime karakter van het vooroverleg, terwijl voorts dergelijke gedragingen vaak niet door autonoom onderzoek van de toezichthouder aan het licht worden gebracht. Bij een dergelijk onderzoek dient zorgvuldigheid onder meer tot uitdrukking te komen, doordat de toezichthouder voldoende afstand bewaart tot de tipgever dan wel de klager.

28. In casu is de Adviescommissie van mening dat het onderzoek door de NMa op dit punt tekortschiet.

29. Het onderzoek is gestart naar aanleiding van een brief van de Gemeente Maastricht.[23] Vervolgens is er veelvuldig contact geweest tussen de Gemeente en de NMa. Gaandeweg is de NMa op informatie gestuit die de rol van de Gemeente in een ander daglicht heeft gesteld. Waar de Gemeente aanvankelijk uitsluitend als slachtoffer van *bid rigging* werd gezien, bleek later dat de ondernemingen zich door de Gemeente

[17] Randnummers 9-25 van de aanvullende gronden van BTL.
[18] Randnummers 17-21 van de aanvullende gronden van Krinkels.
[19] Randnummers 43-51 van het besluit.
[20] Randnummer 52 van het besluit.
[21] Randnummer 8 van de zienswijze.
[22] Randnummer 55 van het besluit.
[23] Prismanummer 4014/1.

juist gesteund konden voelen de voortzetting van hun eerdere verhouding met de Gemeente te kunnen realiseren, in weerwil van wettelijke regels.

30. De Raad heeft dit laatste onderkend[24] en derhalve de boete met 30% verlaagd. Bezwaarden hadden er echter op aangedrongen de rol van de Gemeente nader te onderzoeken. De Raad heeft dit geweigerd, aangezien hij zich ook zonder verder onderzoek in staat acht de rol van de Gemeente voldoende te kunnen beoordelen.

31. De Adviescommissie is van mening dat deze handelwijze onvoldoende recht doet aan de zorgvuldigheid die de Raad in het onderzoek had moeten betrachten. Met name nu gaande het onderzoek nieuwe feiten zijn gebleken, was de Raad gehouden de rol van de Gemeente aan verder onderzoek te onderwerpen met het oog op een juiste toerekening van onrechtmatig gedrag en sanctionering van de bezwaarden. Door dit na te laten heeft de Raad het risico genomen dat de mate waarin de Gemeente druk heeft uitgeoefend op de bezwaarden, niet correspondeert met een verlaging van 30% van de boete. Onafhankelijk van de uitkomst van dergelijk verder onderzoek is de Adviescommissie van mening dat voornoemd risico niet ten laste van de bezwaarden mag worden gebracht. Niet is uit te sluiten dat de boete met een groter percentage verlaagd had moeten worden., of dat zou zijn afgezien van sanctionering.

32. Daarnaast merkt de Adviescommissie het volgende op. Tijdens het onderzoek is de Raad gestuit op de onderneming Van der Linden. Tegen Van der Linden is geen rapport opgemaakt in de zin van art. 59 Mw, daar de NMa toen meende onvoldoende bewijs te hebben dat deze onderneming bij het vooroverleg betrokken is geweest. Bezwaarden hebben er bij de NMa op aangedrongen het onderzoek naar de betrokkenheid van Van der Linden te heropenen, daar zij op grond van nieuwe informatie meenden dat de betrokkenheid van Van der Linden niet wezenlijk verschilde van die van henzelf. De NMa heeft dit niet gedaan. Die handelwijze wordt in bezwaar bestreden met een beroep op het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

33. De Adviescommissie acht zich onvoldoende geïnformeerd om het beroep op het gelijkheidsbeginsel naar waarde te kunnen beoordelen, juist omdat over de gedragingen van Van der Linden onduidelijkheid bestaat. Nu immers de rol van Van der Linden niet verder is onderzocht, kan de voor een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel noodzakelijke vergelijking niet worden gemaakt. De beslissing van de Raad om op grond van de indertijd beschikbare informatie tegen van der Linden geen rapport op te maken komt de Adviescommissie daarbij op zich niet onredelijk voor.

34. Het bezwaar aangaande het gelijkheidsbeginsel dient derhalve buiten beschouwing te worden gelaten.

35. Bezien in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel is de Adviescommissie echter van mening dat het onderzoek tekort schiet. Evenals het nadere onderzoek naar de rol van de Gemeente had de NMa, gelet ook op de reeds aanwezige informatie, verder onderzoek naar de rol van Van der Linden moeten instellen, teneinde uit te sluiten dat door het onderhavige besluit het gelijkheidsbeginsel zou worden geschonden. Die

[24] Randnummer 182 van het besluit.

slotsom geldt te meer nu Van der Linden ook anderszins een mogelijk voordeel heeft bij het achterwege blijven van een sanctiebesluit, gelet op art. 5 van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (BIBOB) en de beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren. Wederom geldt dat de wijze waarop de Raad in het besluit heeft gemeend het manco te kunnen helen, door de Adviescommissie onvoldoende wordt geacht. Het enkele bijstellen van het aantal niet-uitvoerende ondernemingen bij het hanteren van de Scheemda-lijn[25] doet geen recht aan de mogelijke uitkomsten van een onderzoek naar de betrokkenheid van Van der Linden, met name niet nu Van der Linden bij de aanbesteding een rayon heeft gewonnen.

36. Dientengevolge adviseert de Adviescommissie de Raad om het besluit op bezwaar te laten voorafgaan door nader onderzoek naar de rol van de Gemeente en van Van der Linden en de overtreding van bezwaarden in het licht van het verrichte onderzoek nader te motiveren.

37. Daarnaast is de Adviescommissie van mening dat de onzorgvuldigheid van het onderzoek zijn neerslag dient te krijgen in de hoogte van de boete, zoals hierna aan de orde zal komen.

38. Voor het overige dienen de bezwaren te worden verworpen.

Kwalificatie van de feiten

39. Rooden maakt bezwaar tegen de wijze waarop de Raad de feiten van de casus heeft gekwalificeerd, met name de parallel die door de Raad wordt getrokken met de wijze van vooroverleg in de bouwzaken. Zo zou dit vooroverleg van de bouwzaken verschillen doordat er ten eerste geen gesloten systeem van compensatie was, en ten tweede dat er geen samenstel van prijsafspraken en marktverdeling aanwezig was. Wel wordt door Rooden erkend dat er vooroverleg heeft plaatsgevonden.[26]

40. De Raad stelt dat er een marktverdeling heeft plaatsgevonden waarbij de deelnemers aan het vooroverleg "voldoende op de hoogte waren van elkaars inschrijfcijfers".[27]

Beoordeling

41. De Adviescommissie acht het opportuun dit bezwaar hierna te beoordelen in combinatie met het bezwaar aangaande de Boeterichtsnoeren.[28]

Het verband tussen het vooroverleg en de overeenkomsten met de Gemeente

42. Rooden stelt dat de overeenkomsten met de Gemeente niet het rechtstreekse gevolg zijn van het vooroverleg. Na de aanbesteding heeft de Gemeente immers het bestek gewijzigd en apart met de bezwaarden over de prijs onderhandeld. Randnummer 106

[25] Randnummer 159 van het besluit.
[26] Randnummers 42-72 van de aanvullende gronden.
[27] Randnummer 96 van het besluit.
[28] Zie randnummer 46.

van het besluit zou derhalve niet juist zijn waar het stelt dat de overeenkomsten overeenkomstig het vooroverleg zijn gesloten.[29]

Beoordeling

43. De Adviescommissie is van mening dat randnummer 106 van het besluit voor tweeërlei lezing vatbaar is. Zo kan het woord "dienovereenkomstig" inderdaad worden gelezen als zouden de schriftelijke overeenkomsten overeenkomstig de biedingen zijn gesloten. Aangezien dat feitelijk niet het geval is, zou randnummer 106 in dat geval onjuist zijn.

44. Het komt de Adviescommissie echter voor, dat de Raad met het woord "dienovereenkomstig" eerder heeft willen uitdrukken dat de schriftelijke overeenkomsten zijn gesloten met de partijen die volgens afspraak in het vooroverleg de opdracht zouden verwerven. Deze interpretatie sluit ook beter aan bij randnummer 99 van het besluit, waar "dienovereenkomstig" op dezelfde wijze voor dezelfde slotsom wordt gehanteerd.

45. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen op grond van de laatste uitleg; de Adviescommissie adviseert de Raad om het bovenstaande in zijn besluit op bezwaar te laten neerslaan.

Boeterichtsnoeren

46. Rooden maakt bezwaar tegen de wijze waarop de Raad de huidige casus vergelijkt met de bouwzaken, (voornamelijk) door in randnummer 134 van het besluit te stellen dat de gedragingen geruime tijd ná de schoon-schip-oproep van het kabinet zijn geïnitieerd. Tevens maakt Rooden bezwaar tegen het achterwege laten van de toepassing van de Bijzondere Boeterichtsnoeren voor de bouwzaken, zoals onder meer wel is geschied in de sterk op de onderhavige zaak lijkende Groot-Groen zaak.[30]

47. De Raad stelt in het besluit dat de onderhavige zaak sterk verschilt van het stelsel van vooroverleg van de bouwzaken, reden waarom niet de Bijzondere, maar de Algemene Boeterichtsnoeren zijn toegepast.

Beoordeling

48. Het verboden vooroverleg heeft in februari 2004 plaatsgevonden, zijnde de maand waarin de schoon-schip oproep van het kabinet is gedaan. Met bezwaarden moet derhalve worden ingestemd, dat de gedraging niet "geruime tijd ná de schoon-schip-oproep van het kabinet" is geschied. Randnummer 134 van het besluit is daarmee feitelijk onjuist.

49. Anders dan bezwaarden menen betekent dit echter niet zonder meer, dat deze zaak tot de bouwzaken moet worden gerekend en derhalve de Raad genoodzaakt zou zijn de Bijzondere Boeterichtsnoeren toe te passen. In beginsel is de mogelijkheid om al dan

[29] Randnummers 73-81 van de aanvullende gronden.
[30] Besluit van 30 mei 2006 in zaak 4695.

niet te kiezen voor toepassing van Algemene of Bijzondere Boeterichtsnoeren inherent aan de beleidsvrijheid die de Raad in deze heeft.

50. Daarbij dient de Raad echter in de ogen van de Adviescommissie ervoor te waken, dat het uitoefenen van die beleidsvrijheid rechtsongelijkheid of anderszins onredelijke gevolgen met zich brengt.

51. In dit geval meent de Adviescommissie dat toepassing van de Bijzondere Richtsnoeren niet in aanmerking komt omdat de overtredingen in de sector Groenvoorzieningen zijn begaan in de periode 1 januari 1998 tot en met december 2001, en het gaat om een sectoraal systeem van overtredingen. In de onderhavige zaak gaat het om een niet sectorwijde overtreding van niet-structurele aard begin 2004 met een specifieke rol van de opdrachtgever.

52. Ook onverkorte toepassing van de Algemene Boeterichtsnoeren dient achterwege te blijven. Voorzover de Raad bij het uitoefenen van zijn beleidsvrijheid onderscheid had wensen te maken tussen zaken daterende van vóór en ná de schoon-schip-oproep, los van de termijn van 1 mei 2004, is de Adviescommissie van mening dat dit kenbaar had moeten worden gemaakt aan ondernemingen in de sector, zeker nu de keuze voor onverkorte toepassing van de Algemene Boeterichtsnoeren ten opzichte van de Bijzondere Boeterichtsnoeren een feitelijke verzwaring van sancties betreft.

53. De Adviescommissie adviseert de Raad om het bovenstaande in zijn besluit op bezwaar te laten neerslaan.

54. Voor het overige dient het bezwaar te worden verworpen.

Betrokken omzet / Scheemda-lijn / duur van de overtreding - I

55. Rooden maakt bezwaar tegen de vaststelling dat de betrokken omzet gedurende drie jaren is behaald (2004, 2005 en 2006). Het vooroverleg had volgens Rooden uitsluitend betrekking op 2004, waarna de Gemeente de overeenkomsten na verdere onderhandelingen voor drie jaren heeft gesloten. Ook verschilde de uiteindelijke opdracht wezenlijk van de aanbestede opdracht.[31]

56. Daarnaast maakt Rooden, kort gezegd, bezwaar tegen het hanteren van de Scheemda-lijn, althans tegen het onvoldoende motiveren van de gelijksoortigheid van die zaak met de onderhavige, ondermeer omdat in casu voor de bezwaarden niet voorzienbaar was welke omzet kon worden gerealiseerd. [32] Ook motiveert de Raad onvoldoende op welke wijze de niet-uitvoerende ondernemingen baat bij het vooroverleg hebben gehad.[33]

57. De Raad past in het besluit inderdaad de Scheemda-lijn toe.[34] De Raad stelt dat "naar in het algemeen mag worden aangenomen" daarmee een dergelijk voordeel wordt bereikt. Dit zou ook blijken uit de verklaringen van enkele bezwaarden.[35]

---

[31] Randnummers 126-134 van de aanvullende gronden.
[32] Randnummer 141 van de aanvullende gronden.
[33] Dit punt wordt nog enige malen herhaald in de randnummers 135-140 en 142-156.
[34] Randnummers 136-139 van het besluit.
[35] Vn. 85 van het besluit.

Beoordeling

58. Ten aanzien van het hanteren van de Scheemda-lijn is de Adviescommissie van mening dat deze toepassing binnen de beleidsvrijheid van de Raad valt. Het standpunt dat de Raad uitputtend zou moeten motiveren waarom de Scheemda-zaak gelijksoortig is aan deze, kan daarbij niet worden gevolgd. De omstandigheid dat het steeds aanbestedingen betreft waarbij verboden vooroverleg heeft plaatsgevonden resulterende in een verdeling van de werken, is in de ogen van de Adviescommissie behoudens bijzondere omstandigheden voldoende. De aanwezigheid van dergelijke bijzondere omstandigheden is onvoldoende aanemelijk geworden.

59. Het bezwaar aangaande de toepassing van de Scheemda-lijn moet derhalve worden verworpen.

60. Ten aanzien van de "betrokken omzet" moet worden vastgesteld dat de verleende opdrachten in beginsel voor één jaar zijn aanbesteed met een mogelijke verlenging tot drie jaar. Ter hoorzitting is evenwel gebleken dat de mogelijkheid tot verlenging ter discretie van de Gemeente was. Die omstandigheid zorgt ervoor, dat de omzet die met het bod kon worden behaald, de omzet is die tot de verlenging is gerealiseerd. Dat de betrokken ondernemingen uiteindelijk in de praktijk een contract voor drie jaar hebben gekregen doordat de Gemeente daartoe heeft besloten, kan de omvang van de "betrokken omzet" niet veranderen. De vaststelling in randnummer 154 van het besluit, dat "op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, gedurende drie jaar omzet [kon, *BAC*] worden gerealiseerd", is dus onjuist.

61. In dit geval adviseert de Adviescommissie de Raad derhalve de betrokken omzet vast te stellen op een wijze die de omzet op grond van de gedane bieding weergeeft tot het moment van verlenging van de overeenkomst, zijnde 21 december 2004.

62. Voor het overige dient het bezwaar te worden verworpen.

Duur van de overtreding - II

63. Rooden is van mening dat de geringe duur van de overtreding in het besluit onvoldoende tot uitdrukking komt.

64. De Raad stelt dat de korte duur van de overtreding niet uitsluit dat de overtreding langdurige negatieve gevolgen met zich brengt.[36]

Beoordeling

65. Het standpunt van Rooden lijkt op het argument te berusten dat een overtreding van korte duur de mededinging minder schade berokkent en derhalve minder bestraft zou moeten worden.

66. Zoals de Raad echter in zijn zienswijze uiteenzet, is de omvang van de schade geen leidraad voor de Raad bij het vaststellen van de boete, een gerechtvaardigde beleidskeuze. De Adviescommissie stemt in met de redenering dat de beperkte duur

[36] Randnummer 145 van het beslult.

van de overtreding geen rechtstreeks verband hoeft te houden met de daardoor opgetreden schade aan de concurrentie.[37]

67. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Percentage van de omzet

68. Rooden maakt bezwaar tegen het "standaardpercentage" van 10%, althans is Rooden van mening dat de Raad deze keuze had moeten motiveren.

69. De Raad verwijst naar paragraaf 18 van de Richtsnoeren boetetoemeting.[38]

Beoordeling

70. De Adviescommissie is van mening dat door naar de Richtsnoeren te verwijzen en vervolgens het gebruikelijke percentage te hanteren, de Raad de grenzen van zijn beleidsvrijheid niet heeft overschreden.

71. Gelet op het hiervoor overwogene[39] acht de Adviescommissie het aangewezen om de Raad te adviseren in het besluit op bezwaar te motiveren waarom in dit geval 10% het aangewezen percentage is.

Boeteverhogende omstandigheden

72. Rooden bestrijdt dat de Raad de boeteverhoging mocht toepassen. Aanvaarding van het standpunt van de Raad zou immers met zich brengen dat voortaan alle gevallen van vooroverleg standaard met een verhoging van 30% zouden worden bestraft. Ook zou de "fijngroen" sector waartoe bezwaarden behoren verschillen van de bouwsector.[40]

73. Daarnaast wordt het gelijkheidsbeginsel geschonden, omdat er in vergelijkbare zaken verhogingen van 10% en 20% zijn opgelegd.[41]

Beoordeling

74. Hierboven oordeelde de Adviescommissie reeds dat onverkorte toepassing van de Algemene Boeterichtsnoeren in het onderhavige geval ongewenste effecten heeft.[42]

75. Het zijn in de ogen van de Adviescommissie dezelfde feiten en omstandigheden die ervoor zorgen dat de Raad in deze niet gerechtigd was de boete met 30% te verhogen.

76. Daarenboven acht de Adviescommissie het vanuit een oogpunt van billijkheid onverenigbaar met een juiste rechtstoepassing om de boete voor de overtreding met

[37] Randnummer 21 van de zienswijze.
[38] Randnummer 161 jo. 136 van het besluit.
[39] Randnummer 51 e.v.
[40] Randnummers 172-182 van de aanvullende gronden.
[41] Randnummer183 van de aanvullende gronden.
[42] Zie randnummer 51 e.v.

30% te verhogen, gezien de onvoldoende mate van zorgvuldigheid die tijdens het onderzoek door de Raad is betracht.

77. Het bezwaar dient derhalve gegrond te worden verklaard.

Boeteverlagende omstandigheden

78. Gezien de verhoging van de boete met 30% acht Rooden gezien de rol van de Gemeente de verlaging van de boete met 30% te weinig, daar er thans per saldo geen verlaging plaatsvindt.[43]

Beoordeling

79. Voor de goede orde merkt de Adviescommissie op dat in het geval de Raad in zijn besluit op bezwaar de boeteverhoging achterwege zou laten, geheel aan het bezwaar van Rooden tegemoet zou worden gekomen, daar de Adviescommissie dit bezwaar interpreteert als rustende op het element "per saldo".

80. Voor het overige meent de Adviescommissie dat, afgezien van het "per saldo" element, er aanleiding voor de Raad kan zijn om de boete verder te verlagen, gelet op hetgeen hiervoor is opgemerkt in verband met de gestelde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

81. Voorts wenst de Adviescommissie de Raad in overweging te geven de boete met meer dan 30% te verlagen, mocht de Raad de boeteverhoging van 30% ook in het besluit op bezwaar willen toepassen. De Adviescommissie acht zulks gerechtvaardigd gezien de rol voorzover thans bekend die de Gemeente tijdens de aanbesteding en het onderzoek van de NMa heeft gespeeld. In dat geval zou het bezwaar van Rooden gegrond moeten worden verklaard, teneinde een "per saldo" verlaging te effectueren.

82. Voor het overige dient het bezwaar te worden verworpen.

Gelijkheidsbeginsel

83. Rooden stelt dat de Raad thans in zijn boetebeleid een vrijwel algemene korting toepast op "kleine ondernemingen", echter zonder in casu aan Rooden een dergelijke korting te verlenen.

Beoordeling

84. Zoals hiervoor in randnummer 51 reeds werd overwogen is de Raad niet gehouden in deze zaak de Bijzondere Boeterichtsnoeren van de bouwzaken toe te passen. Een rechtstreekse aanspraak op de volgens Rooden "algemene correctie" uit die Richtsnoeren kan Rooden dus niet doen gelden.

85. Het standpunt van de Adviescommissie aangaande de gemitigeerde toepassing van de Algemene Richtsnoeren geldt hier evenzeer. De wijze waarop de Raad de boete voor

[43] Randnummer 191 van de aanvullende gronden.

kleinere ondernemingen in deze heeft beperkt tot 10% van hun omzet, acht de Adviescommissie echter reeds voldoende.[44]

86. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

B – Individuele bezwaren

Rooden
Korting wegens schadeloosstelling

87. Rooden stelt thans de feiten van het rapport niet te betwisten. Eerder trof Rooden een schikking met de Gemeente. Derhalve eist Rooden toekenning van de volledige korting wegens schadeloosstelling i.p.v. 30%.[45] Daarnaast stelt Rooden dat het toekennen van slechts 30% onredelijk formalistisch zou zijn, nu Rooden op de hoorzitting naar aanleiding van het rapport, niet bijgestaan door een advocaat, onvoldoende duidelijk kon maken de feiten van het rapport niet te betwisten.

Beoordeling

88. De Adviescommissie is van mening dat de omstandigheid dat Rooden thans de feiten van het rapport niet betwist en een schikking met de Gemeente heeft bereikt, dezelfde korting rechtvaardigt die aan de andere ondernemingen wegens schadeloosstelling is toegekend.

89. De omstandigheid dat Rooden de niet-betwisting pas in een later stadium aan de Raad heeft gemeld, maakt daarbij geen verschil. Anders dan in de versnelde procedure in de bouwzaken heeft Rooden zich immers in een eerder stadium geenszins gecommitteerd om iets te doen dan wel na te laten. Nu de Raad aan de ondernemingen de mogelijkheid heeft geboden om een korting op de boete te krijgen en Rooden aan de gestelde voorwaarden voldoet, kan de Raad thans niet in redelijkheid volhouden dat Rooden in deze zaak door haar optreden op de hoorzitting naar aanleiding van het rapport enigerlei recht zou hebben verwerkt.

90. Het bezwaar dient derhalve gegrond te worden verklaard.

Dolmans
Boete evident onbillijk

91. Dolmans stelt dat de Raad uit billijkheidsoverwegingen de boetes voor enkele ondernemingen zo sterk heeft verlaagd, dat die boetes thans lager zijn dan die van Dolmans, terwijl de oorspronkelijke boete van die bedrijven hoger was dan die van Dolmans. Dolmans is van mening dat dit evident onbillijk is.[46]

Beoordeling

92. De boeteverlagingen zijn toegepast vanwege de geringe omvang van enkele ondernemingen. Dat daardoor het door Dolmans beschreven effect optreedt, acht de

[44] Randnummer 32 van de zienswijze.
[45] Randnummer 185-188 van de aanvullende gronden.
[46] Randnummer 196 van de aanvullende gronden van Dolmans.

Adviescommissie echter geenszins onbillijk, maar juist een redelijke toepassing van een binnen de beleidsvrijheid bestaande mogelijkheid om de effecten van de boete voor kleinere ondernemingen te matigen. Voor het overige verwijst de Adviescomissie naar randnummer 85.

93. Het bezwaar dient te worden verworpen.

BTL

Beoordeling

97. Gezien de toezegging van de Raad in de zienswijze om dit bezwaar te honoreren behoeft dit bezwaar geen verdere bespreking.[50]

Toerekening aan de moedermaatschappij van BTL

98. BTL stelt dat de Raad de gedraging niet aan de moedermaatschappij van BTL Uitvoering, BTL Beheer, had mogen toerekenen. Het feit dat de moedermaatschappij 100% van de aandelen in de dochtermaatschappij houdt, zou immers niet voldoende zijn om toerekening te rechtvaardigen.[51]

99. Daarnaast betwist BTL dat de moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend op het commerciële beleid van de dochtermaatschappij. In het besluit wordt deze betwisting niet gemotiveerd weerlegd, zodat er tevens sprake is van een motiveringsgebrek.[52]

Beoordeling

---

[47] Randnummers 53-57 van de aanvullende gronden van BTL. Zie ook tabel 4 bij randnummer 194 van het besluit.
[48] Randnummer 58 van de aanvullende gronden.
[49] Bedoeld zal zijn: *"dat de Raad de boete vermindert met € 28.000 in plaats van € 16.134"*. De € 70.028 is juist.
[50] Randnummer 44 van de zienswijze.
[51] Randnummer 60 van de aanvullende gronden van BTL.
[52] Randnummer 63 van de aanvullende gronden van BTL.

100. Naar het oordeel van de Adviescommissie is het recente arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA) in de zaak *DaimlerChrysler*[53] in deze van doorslaggevende betekenis. Het GvEA overwoog daarin als volgt: "*De omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, is niet voldoende om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij wordt toegerekend; dit kan met name het geval zijn wanneer de dochtermaatschappij haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, doch grotendeels de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt (...) Het bezit van 100 % van het kapitaal van de dochteronderneming volstaat als zodanig evenwel niet om het bestaan van een dergelijke controle door de moedermaatschappij aan te tonen. (...) Zoals het Hof in het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie heeft geoordeeld, (...) kan de Commissie haar beslissing inzake de toerekening van het gedrag van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij ook baseren op de omstandigheid dat de moedermaatschappij niet betwist dat zij het commerciële beleid van haar dochter op beslissende wijze kon beïnvloeden, en geen bewijs aandraagt voor haar stelling dat die dochter autonoom optrad.*"

101. Naar de mening van de Adviescommissie blijkt uit het citaat dat het houden van 100% van de aandelen het vermoeden rechtvaardigt dat de moedermaatschappij feitelijke zeggenschap in haar dochtermaatschappij uitoefent, dit behoudens tegenbewijs.

102. Naar de mening van de Adviescommissie ziet het door BTL aangedragen bewijs uitsluitend op het zelfstandige optreden van de dochtermaatschappij op operationeel niveau. Niet wordt aannemelijk gemaakt dat de dochtermaatschappij ten aanzien van strategische vragen van commercieel beleid (het marktgedrag op lange termijn en beslissingen aangaande investeringen) eenzelfde onafhankelijkheid genoot.

103. Dit leidt tot de slotsom dat de Adviescommissie het door BTL aangedragen tegenbewijs onvoldoende acht om het vermoeden van feitelijke zeggenschap te weerleggen.[54]

104. De Adviescommissie adviseert de Raad deze motivering in het besluit op bezwaar op te nemen.

105. Voor het overige dient het bezwaar te worden verworpen.

Krinkels

Toerekening aan de moedermaatschappij van Krinkels

106. Dit bezwaar is gelijk aan dat van BTL in randnummer 98.[55]

107. Anders dan BTL voert Krinkels geen bewijs of adstructie aan voor de stelling dat de dochtermaatschappij in dezen autonoom optrad.[56]

---

[53] Zaak T-325/01, DaimlerChrysler v Commissie.
[54] Rn. 9 van de zienswijze.
[55] Randnummers 45 en 46 van de aanvullende gronden van Krinkels.
[56] Dit punt is gelijk aan dat van BTL in het vorige randnummer van deze instructienota; zie de randnummers 45 en 46 van de aanvullende gronden van Krinkels. De moedermaatschappij van Krinkels lijkt geen bemoeienis met het clementietraject te hebben gehad; Krinkels voert geen bewijs aan voor de stelling dat Krinkels autonoom optrad.

Beoordeling

108. Nu Krinkels geen bewijs aandraagt voor haar stelling, en de aannemelijkheid daarvan ook niet anderszins is gebleken, mag de Raad van de feitelijke zeggenschap van de moedermaatschappij van Krinkels uitgaan.

109. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Toerekening omzet

110. Krinkels is een combinatie aangegaan met Henssen. Krinkels stelt dat de Raad ten onrechte de gehele omzet van de combinatie aan Krinkels heeft toegerekend.[57]

111. De Raad stelt dat Henssen geen projectomzet heeft gerealiseerd.[58]

Beoordeling

112. Gezien het aanbod van de Raad in de zienswijze om Krinkels alsnog in de gelegenheid te stellen nader bewijs voor haar stelling aan te dragen, behoeft dit bezwaar geen verdere bespreking.[59]

Geen boetevermindering als "zittende" onderneming.

113. Krinkels stelt dat de boetevermindering van 30% voor de "zittende" ondernemingen, zijnde ondernemingen die vóór de aanbesteding het groen in de Gemeente onderhielden, onbillijk is nu zij niet laakbaarder heeft gehandeld dan zij. Ook zou zij voorafgaand aan de aanbesteding feitelijk niet in andere omstandigheden hebben verkeerd, zodat ook aan haar de boetevermindering moet worden verleend.[60]

Beoordeling

114. Het is in de hoorzitting van de Adviescomissie aannemelijk geworden dat voorafgaande aan de aanbesteding van het groenonderhoud het in de Gemeente Maastricht en omstreken in ruime kring bekend was, dat de Gemeente, in weerwil van mededingings- en aanbestedingsregels, de relatie met de zittende ondernemingen wilde voortzetten. In een dergelijk klimaat valt het Krinkels in verhouding tot de zittende ondernemingen niet extra te verwijten dat zij aan verboden vooroverleg heeft deelgenomen. Het enkele feit dat de Gemeente geen regelrechte, overigens ongeoorloofde, toezegging aan Krinkels heeft gedaan, maakt in dat kader geen verschil. De Adviescommissie is dan ook van mening dat de Raad, door aan Krinkels niet dezelfde 50% korting op de boete te verlenen, in het besluit een kunstmatig verschil tussen Krinkels en de zittende ondernemingen in het leven heeft geroepen.

115. Het bezwaar dient derhalve gegrond te worden verklaard.

---

[57] Randnummers 40-41 van de aanvullende gronden van Krinkels.
[58] Randnummer 158 van het besluit.
[59] Randnummer 38 van de zienswijze.
[60] Randnummers 42-44 van de aanvullenden gronden van Krinkels.

Henssen

Rekenfactor

116. Henssen maakt bezwaar tegen het hanteren van een rekenfactor 2.00 door de Raad, aangezien met het oog op de rol van de Gemeente de marktverdeling niet als *hard core* restrictie is aan te merken en er geen prijsopdrijving heeft plaatsgevonden.[61]

Beoordeling

117. In de *Dakdekkers* zaken werd door de Raad een rekenfactor van 1.75 gehanteerd in de gevallen waarin tussen ondernemingen bij vooroverleg een rekenvergoeding was afgesproken en een rekenfactor van 2.00 indien er tevens afspraken waren gemaakt over de hoogte van inschrijfprijzen en er sprake was van werkverdeling.[62][63]

118. In het huidige geval is enkel sprake van werkverdeling. Partijen hadden van te voren niet aan elkaar bekend gemaakt welke inschrijfprijzen zij zouden hanteren en er is geen rekenvergoeding afgesproken.

119. De Adviescommissie is derhalve van mening dat een rekenfactor van 2.00 in dit geval te hoog is. Ter hoorzitting betoogde de Raad dat de omstandigheid dat de inschrijfprijzen niet door de ondernemingen aan elkaar bekend zijn gemaakt, geen verschil zou maken aangezien de partijen vanwege hun ervaring en hun bekendheid met de werken in de Gemeente redelijk konden schatten wat de inschrijfprijzen zouden zijn. Voorts zou de Raad de "bekendheid met het werk" als uitsluitende reden hebben gezien om in dit geval toch een rekenfactor van 2.00 te hanteren.

120. Dit betoog acht de Adviescommissie niet overtuigend. Omdat de bekendheid met de uit te voeren werken niet uit het vooroverleg voortvloeit en daarmee, anders dan bij het uitwisselen van de inschrijfprijzen, niet op met de Mw strijdig gedrag is gebaseerd, mag die bekendheid de rekenfactor niet verhogen.

121. De Adviescommissie is derhalve van mening dat gezien de *Dakdekkers* zaken de rekenfactor in het besluit op bezwaar 1.75 dient te zijn.

122. Voorzover het bezwaar daarop ziet, moet het gegrond worden verklaard. Voorzover het bezwaar op een lagere rekenfactor dan 1.75 ziet, dient het te worden verworpen.

Vermindering boete wegens betaalde schadevergoeding

123. De combinatie Krinkels-Henssen heeft € 57.000 schadevergoeding aan de Gemeente betaald. Henssen stelt dat ten onrechte uitsluitend de boete van Krinkels met 50% daarvan, zijnde € 28.500, is verlaagd.[64]

---

[61] Randnummers 31-37 van de aanvullende gronden van Henssen.
[62] Zaken 3687, 3689, 3690, 3691 en 3692.
[63] De Adviescommissie meende overigens dat het verschil van 0.25 te klein was.
[64] Randnummers 49-53 van de aanvullende gronden van Henssen.

Beoordeling

124. Gezien het aanbod van de Raad in de zienswijze om Henssen toe te laten nader bewijs voor haar stelling aan te dragen, behoeft dit bezwaar geen verdere bespreking.[65]

Vaessen
Vermindering boete wegens betaalde schadevergoeding

125. Vaessen maakt bezwaar tegen het feit dat de Raad van haar heeft verlangd de feiten in het rapport niet te betwisten in ruil voor boetevermindering. Zij acht dit in strijd met art. 3:3 Awb.

Beoordeling

126. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad geenszins van Vaessen verlangd de feiten niet te betwisten. De Raad heeft uitsluitend een aanbod gedaan om de boete te verlagen in het geval Vaessen aan een aantal voorwaarden voldeed. Vaessen heeft vrijwillig om haar moverende redenen besloten niet aan die voorwaarden te voldoen, waardoor zij thans geen aanspraak op de boetevermindering kan doen gelden.

127. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Oosterloo
Faillissement

128. Oosterloo heeft bezwaar tegen het besluit, omdat de boete een faillissement tot gevolg heeft.[66]

129. Ter hoorzitting is Oosterloo niet verschenen, naar verluidt vanwege een inmiddels uitgesproken faillissement.

130. De Raad stelt dat de beschikbare financiële gegevens te beperkt zijn om de boete verder te matigen.[67]

Beoordeling

131. De Adviescommissie deelt het standpunt van de Raad en adviseert het bezwaar te verwerpen.

Vermindering boete wegens betaalde schadevergoeding

132. Oosterloo heeft 30% van de betaalde schadevergoeding in mindering op de boete gekregen. Oosterloo is van mening dat dit te weinig is, daar het non-

[65] Randnummer 40 van de zienswijze.
[66] Randnummer 56 van de aanvullende gronden van Oosterloo.
[67] Randnummer 204 van het besluit.

discriminatiebeginsel eist dat het gemiddelde van de betaalde schadevergoedingen op de boete in mindering moet worden gebracht.[68]

Beoordeling

133. Meerdere bezwaarden zijn met de Gemeente een schadevergoeding overeengekomen. Aangezien de projecten die de bezwaarden voor de Gemeente hebben uitgevoerd, verschillend van omvang zijn, is de door de Gemeente vanwege overtreding van de Mw geleden schade per project verschillend. Daaruit volgt dat de door de Gemeente ontvangen schadevergoeding eveneens per project verschilt.

134. De Raad blijft binnen de grenzen van zijn beleidsvrijheid wanneer hij de boetes wenst te matigen op grond van de omstandigheid dat de bezwaarden aan de Gemeente een schadevergoeding hebben betaald en tevens wanneer hij het bedrag waarmee de boetes worden verlaagd laat aansluiten bij de hoogte van de betaalde schadevergoeding. De Adviescommissie acht het non-discriminatiebeginsel niet geschonden indien de Raad voor elk van de bezwaarden – een percentage van – de betaalde schadevergoeding op de boete in mindering brengt, ook al is de matiging van de boete daardoor per bezwaarde verschillend. Dit verschil is terug te voeren op de verschillen in omvang van de projecten en niet op een discriminatoire boetetoemeting door de Raad. Aangezien ook overigens niet van enige schending van het non-discriminatiebeginsel is gebleken, dient het bezwaar te worden verworpen.

Slotoverweging

135. Voor zover bezwaren niet aan de orde zijn gekomen ontberen zij zelfstandige betekenis dan wel acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

4. Slotsom en Advies

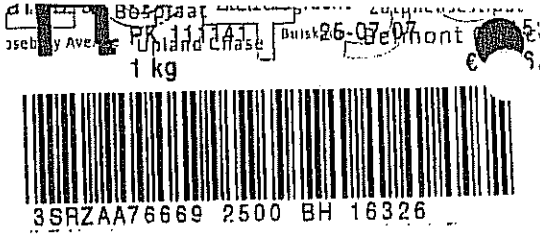
136. De Adviescommissie adviseert de Raad de besluiten op bezwaar vorm te geven onder toewijzing en verwerping van de bezwaren in voege als voormeld.

Prof. mr J. Borgesius
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 4014
Voorzitter

dr J.F. Appeldoorn
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 4014
Secretaris

-/-

[68] Randnummers 46-49 van de aanvullende gronden van Oosterloo. Randnummer 48 vermeldt € 35.000; dit moet zijn € 32.667.



Nederlandse Mededingingsautoriteit
Juridische Dienst
t.a.v. mr. M.T.P.J. van Oers
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

Nederlandse Mededingingsautoriteit
Postbus 16326
2500 BH DEN HAAG

26 JUL 2007

26 JUL 2007

aan Voddon
emslanaal zz. 4
9207 TD Appingedam