

Advies in zaak 5211, Bomen

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr J.P. Fokker (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn, prof. dr J.A.H. Maks, mw. mr M. Sikkens en dr H.H.B. Vedder. De subcommissie werd bijgestaan door mw. Ass. iur. I.E. Wendt (secretaris).

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 13 november 2007 in zaaknummer 5211 stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat Darthuizer Boomkwekerijen B.V., Boot & Co Boomkwekerij B.V., Handelskwekerij Piet van 't Wout B.V., Mart van Dijk Boomkwekerijen B.V., Bonte Hoek Kwekerijen B.V. (voorheen Bonte Hoek Boomkwekerijen v.o.f.), Boomkwekerijen M. Van den Oever & Zonen B.V., Boomkwekerij Udenhout B.V., Boomkwekerij Ton van den Oever B.V., en G. Kooij & Zonen B.V. inbreuk hebben gemaakt op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81, eerste lid, EG.¹
2. Daarbij zijn aan Darthuizer Boomkwekerijen B.V. en G.L. IJssink Beheer B.V. (hierna tezamen: Darthuizer), Boot & Co Boomkwekerij B.V. (hierna: Boot & Co), Handelskwekerij Piet van 't Wout B.V., P.J. van 't Wout en P. van 't Wout, K. Poppinga en J.P. Poppinga als vennoten van Bonte Hoek Kwekerijen B.V., Boomkwekerijen M. Van den Oever & Zonen B.V. en Van den Oever Holding B.V. (hierna tezamen: M. van den Oever), Boomkwekerij Udenhout B.V. en Cevi Beheer B.V., Boomkwekerij Ton van den Oever B.V. en Louisahof B.V. (hierna tezamen: Ton van den Oever) boetes opgelegd van respectievelijk € 497.000, € 262.000, € 20.000, € 19.000, € 223.000, € 22.000 en € 44.000.
3. Aan Mart van Dijk Boomkwekerijen B.V. en Hans de Swart Swolgen Holding B.V. (hierna tezamen: Mart van Dijk) zijn geen boetes opgelegd vanwege verjaring op grond van art. 64 Mw. Aan G. Kooij & Zonen B.V. is geen boete opgelegd omdat zij en haar enig aandeelhoudster Kajas Holding B.V. per 31 augustus 2003 zijn ontbonden en per 10 december 2003 uit het handelsregister zijn uitgeschreven.
4. Op 4 april 2008 heeft de Raad een wijzigingsbesluit genomen waarin de eerder aan M. van den Oever opgelegde boete is verlaagd tot € 16.000 op basis van gecorrigeerde omzetgegevens.²
5. Tegen het besluit werden op 18 december 2007 door Darthuizer en M. van den Oever pro forma bezwaarschriften ingediend.³ Deze zijn aangevuld op 8 mei 2008.⁴ Op grond van art. 6:19 lid 1 Awb is het bezwaar van M. van den Oever mede tegen het wijzigingsbesluit gericht.
6. Bij brief van 27 juni 2008 werd aan de partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 4 september 2008 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).⁵

¹ Prisma nummers 5211_1/210, 5211_1/218 en 5211_1/219.

² Prisma nummer 5211_1/256.

³ Prisma nummers 5211_235 en 5211_1/236.

⁴ Prisma nummers 5211_1/265 en 5211_1/267.

⁵ Prisma nummers 5211_1/272 t/m 274.

7. Bij brief van 29 augustus 2008 heeft Darthuizer aangegeven niet ter hoorzitting te kunnen verschijnen.⁶
8. Op 4 september 2008 vond deze hoorzitting plaats waarbij M. van den Oever en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: mr J.P. Fokker (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn, prof. dr J.A.H. Maks, mw. mr M. Sikkens en dr H.H.B. Vedder. De subcommissie werd bijgestaan door mw. Ass. iur. I.E. Wendt.
9. Het verslag van de hoorzitting werd op 8 oktober 2008 aan partijen rondgestuurd.⁷

2. Besluit

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

3. Rechtstreeks beroep

11. Darthuizer en M. van den Oever hebben de Raad verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter op grond van art. 7:1a, eerste lid, Awb.⁸ Darthuizer heeft haar verzoek op 7 mei 2008 ingetrokken.⁹ M. van den Oever heeft haar verzoek op 9 mei 2008 eveneens ingetrokken.¹⁰

4. Bezwaren en beoordeling

4A. Darthuizer

4A.1. Bezwaren in verband met bewijs en toerekenbaarheid van overtreding

12. Darthuizer maakt bezwaar tegen de bewijsvoering door de Raad waarbij een overtreding van de artikelen 6 Mw en 81 EG is vastgesteld. Het bezwaar van Darthuizer valt uiteen in vijf onderdelen.
13. Ten eerste bestrijdt Darthuizer haar deelname aan vooroverleg ter verdeling van leveranties en afstemming van inschriefforzielen.
14. Ten tweede maakt Darthuizer er bezwaar tegen dat de Raad geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat Darthuizer beweerdelijk niet van het vooroverleg heeft geprofiteerd.
15. Ten derde maakt Darthuizer bezwaar tegen de vaststelling dat van één voortdurende inbreuk sprake is geweest. Darthuizer bestrijdt dat de Raad heeft bewezen dat het vooroverleg een systematisch karakter had en dat de SKN (Stichting Kwaliteitsgroen Nederland) ter uitwisseling van informatie diende met het oog op vooroverleg in plaats van kwaliteitsverbetering binnen de branche. Als er vooroverleg plaatsvond, dan slechts incidenteel, omdat de aanwezigheid van "buitennummers" een systeem van vooroverleg onmogelijk maakte.

⁶ Prismanummer 5211_1/287.

⁷ Prismanummers 5211_1/292.

⁸ Prismanummer 5211_1/235, (Darthuizer) en prismanummer 5211_1/236, (M. van den Oever).

⁹ Prismanummer 5211_1/265.

¹⁰ Prismanummer 5211_1/268.

16. Ten vierde stelt Darthuizer dat de Raad ten onrechte ervan uit gaat dat gedurende de jaren 1998 tot en met 2002 het (latente) voornemen zou hebben bestaan tot vooroverleg te komen in gevallen waar geen "buitenommers" bij een onderhandse aanbesteding meededen. Op die manier zou de Raad ten onrechte een "poging tot kartelvorming" onder de reikwijdte van artikelen 6 Mw en 81 EG willen brengen.

17.

Beoordeling

18. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient dit bezwaar te worden afgewezen op grond van het hiernavolgende. Op grond van het clementiemateriaal en de overige bewijsstukken in het dossier heeft de Raad in de ogen van de Adviescommissie voldoende aangetoond dat de in randnummer 1 van dit advies genoemde ondernemingen in weerwil van wettelijke regels tot een vorm van samenwerking zijn gekomen die voor hen in de plaats van gewoonlijke concurrentie is getreden. De bewijsvoering die de Raad daartoe in het besluit heeft gehanteerd, acht de Adviescommissie voldoende, mede nu Darthuizer deze bewijsvoering niet heeft kunnen weerleggen. In het bijzonder heeft Darthuizer niet aannemelijk gemaakt dat zij in de praktijk geen rekening heeft gehouden met de uitgewisselde informatie en zij daarvan afwijkende prijzen heeft gehanteerd en aldus een zelfstandig commercieel beleid heeft gevoerd.

19.

20. Aangaande het tweede onderdeel is het naar het oordeel van de Adviescommissie voor het vaststellen van een inbreuk op het kartelverbod niet van belang of de betrokken onderneming daarbij een daadwerkelijk voordeel heeft behaald. De stelling van Darthuizer dat zij géén voordeel bij de overtreding zou hebben behaald, doet daarmee niet ter zake.

21. Aangaande de duur van de inbreuk is naar het oordeel van de Adviescommissie sprake van een structuurovertreding tussen 1 januari 1998 en 25 februari 2004. Uit het in het besluit aangevoerde bewijsmateriaal (faxberichten, verklaringen, onderlinge verrekeningen) valt af te leiden dat Darthuizer en de andere in het besluit genoemde ondernemingen gedurende die periode onderling contact opnamen, leveranties van

¹¹ Zie prisma-nummer 5211_1/218, randnummers 324-330.

¹² Zie randnummer 21 van de aanvullende gronden van Darthuizer.

boomkwekerijproducten aan gemeenten verdeelden en onderling de inschrijfprijzen afstemden. In dat kader is het niet noodzakelijk dat de Raad steeds de verschillende soorten gedragingen (toerbeurtsysteem, wijkverdeling, productsoortverdeling, gemeenteverdeling, onderlinge verrekening) afzonderlijk aantoonde. De Raad heeft genoegzaam bewezen dat partijen gebruik maakten van op onderlinge verstandhouding berustende systemen die de coördinatie van hun commerciële gedragingen vergemakkelijkten. De precieze vormen van de gedraging zijn daarbij niet doorslaggevend.¹³ Derhalve doen de constatering dat Van 't Wout geen lid was van SKN, dat het SKN computerprogramma alleen tot in het jaar 1999 werd gebruikt, dat toerbeurten in de jaren 1998 tot 2002 en 2004 weinig frequent zouden zijn gemaakt, en dat toelevering een wezenskenmerk van de markt is, niet aan het oordeel af dat er sprake is van onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Verder doet het feit dat het in de onderhavige zaak gaat om wisselende kringen van meestal slechts drie ondernemingen geen afbreuk aan de vaststelling dat alle acht in het besluit genoemde ondernemingen aan één overtreding deelnamen. Op grond van de uitspraak van het HvJ in de zaak *Anic* is een onderneming die aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging deelneemt door middel van handelingen die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beogen te leveren, voor de gehele duur van haar deelname eveneens verantwoordelijk voor de gedragingen van die andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk.¹⁴ In de onderhavige zaak heeft Darthuizer onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de onderling afgestemde feitelijke gedragingen geen enkele invloed op haar eigen marktgedrag hebben gehad, noch dat zij de markt in kwestie heeft verlaten dan wel openlijk afstand van de verboden gedraging heeft gedaan.

22. Bijgevolg gaat Darthuizer ten onrechte ervan uit dat het bestreden besluit sancties oplegt voor een "poging tot kartelvorming", aangezien in de onderhavige zaak wel degelijk verboden afspraken tussen de betrokken partijen zijn aangetoond.
23. Derhalve dient naar het oordeel van de Adviescommissie het bezwaar aangaande de bewijsvoering te worden verworpen.

4A.2. Merkbaarheid en de toepassing van artikel 81 EG

24. De Adviescommissie acht het geïndiceerd de Raad in de onderhavige zaak op twee punten te wijzen.
25. Mede op grond van de ter hoorzitting ontsponnen discussie aangaande de marktafbakening in het besluit wenst de Adviescommissie de Raad in overweging te geven deze in het besluit op bezwaar nader vorm te geven onder vermelding van de daartoe gehanteerde criteria. In dat kader acht de Adviescommissie tevens een toetsing aan de artikelen 7 Mw en 8 Mw noodzakelijk, daar thans niet onomstotelijk vast is komen te staan dat de grenzen van de daarin neergelegde bagatelbepalingen zijn overschreden. In het verlengde daarvan zou de Raad eveneens de toepasselijkheid van artikel 81 EG nader dienen te motiveren, aangezien de Adviescommissie voorshands geen aanknopingspunten ziet voor de slotsom dat het onderhavige kartel een effect op de Gemeenschappelijke markt zou hebben gehad. Eerder lijkt een dergelijk effect niet aanwezig te zijn geweest, nu bij aanwezigheid van een "buitenommer" uit een andere lidstaat het kartel niet in staat bleek de aanbesteding te winnen en er voor het overige geen beperking voor import of export door het kartel werd opgeworpen. Voor zover de Raad van mening is dat het kartel het gehele Nederlandse grondgebied zou hebben bestreken en zich in deze zaak op

¹³ Zie zaken T-7/89, *SA Hercules Chemicals tegen Commissie* en C-49/92 *Anic*.

¹⁴ R.o. 83.

het VCH-arrest zou willen beroepen acht de Adviescommissie het ook in dat geval aangewezen dat het (potentiële) effect op de Gemeenschappelijke markt wordt aangetoond, nu de mededingingsbeperking in VCH meer rechtstreeks in verband stond met de handel tussen de lidstaten dan de mededingingsbeperking in de onderhavige zaak.¹⁵

26. Bijgevolg adviseert de Adviescommissie de Raad om in het besluit op bezwaar mede met het oog op de toepassing van artikel 81 EG, een nauwkeuriger marktafbakening op te nemen.

4A.3. Onevenredig hoge boete, geen rol van initiator

27. Voorts stelt Darthuizer dat de opgelegde boete disproportioneel hoog is. Verder is Darthuizer van mening dat de Raad diverse boeteverlagende omstandigheden ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten.
28. Ten eerste stelt Darthuizer dat de Raad de boete ten onrechte met 15% verhoogd heeft, aangezien Boot & Co vaker of in ieder geval niet minder vaak het initiatief voor vooroverleg heeft genomen. Darthuizer stelt dat de Raad onvoldoende heeft onderbouwd en bewezen dat Darthuizer als "ringleader" zou hebben gefungeerd.¹⁶ Het aangehaalde bewijs acht Darthuizer niet geloofwaardig.
29. Ten tweede vindt Darthuizer dat de Raad rekening had moeten houden met de faciliterende of zelfs sturende rol van gemeenten. Darthuizer verwijst daartoe naar zaak 4014 en op de procedure in zaak 3183. Voorts stelt Darthuizer dat de overheid de kartelvorming heeft begunstigd.
- 30.
31. Ten vierde is Darthuizer van mening dat de Raad de boetesystematiek zoals gehanteerd in de bouwsector en de groenvoorzieningssector had moeten toepassen. Omdat in de onderhavige zaak de onderzochte feiten uit dezelfde periode dateren als de feiten uit de onderzoeken binnen de bouwnijverheid en de groenvoorziening, meent Darthuizer dat de Raad haar de keuze had moeten bieden voor een versnelde procedure in ruil voor boetevermindering. Door haar deze keuze te onthouden zou de Raad het gelijkheidsbeginsel hebben geschonden.

Beoordeling

32. Zowel ten aanzien van de 15% boeteverhoging als ten aanzien van de overige factoren die tot de huidige boetes hebben geleid, overweegt de Adviescommissie dat de Raad daarbij een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt. Voor het gegrond verklaren van het bezwaar is het noodzakelijk dat de Raad moet worden geacht bij het vaststellen van de boete de grenzen van zijn beleidsvrijheid te hebben overschreden. Gronden voor een dergelijke vaststelling acht de Adviescommissie in het betoog van Darthuizer niet aanwezig. Het verwijzen naar de rol van andere partijen kan niet de eigen verantwoordelijkheid verkleinen en tot een verlaging van de boete(verhoging) leiden. De Adviescommissie is daarbij van mening dat de boeteverhoging van 15% niet kennelijk onredelijk is. De Adviescommissie kan voorts Darthuizer in haar betoog niet volgen waar zij het bewijs voor haar leidende rol

¹⁵ Zie zaken C-215/96 en C-216/96, *Bagnasco*.

¹⁶ Met ringleader wordt een leidinggevende rol bij de inbreuken bedoeld.

binnen het kartel ongeloofwaardig acht, nu dat betoog uitsluitend op ontkenning berust.

33. Aangaande de door Darthuizer gestelde rol van gemeenten overweegt de Adviescommissie dat het de verantwoordelijkheid van ondernemingen is niet over te gaan tot verdeling van leveranties en afstemming van de inschrijfprijzen, zelfs als gemeenten informatie aan hen zouden hebben doorgegeven, bijvoorbeeld welke aanbieders uitgenodigd waren om in te schrijven op meervoudig onderhandse aanbestedingen.

34

35. Naar de mening van de Adviescommissie heeft de Raad niet het gelijkheidsbeginsel geschonden door Darthuizer niet de keuze te bieden van een versnelde procedure in ruil voor boetevermindering. De Raad is er terecht van uit gegaan dat het enkele feit dat de overtreding in de onderhavige zaak en de overtredingen in de bouwsector en de groenvoorzieningssector uit dezelfde periode dateren niet betekent dat voor deze overtreding hetzelfde gunstiger boeteregime zou moeten gelden. Zoals de Raad in het besluit terecht heeft overwogen zijn daarvoor de overtredingen, de achterliggende feiten en omstandigheden en de maatschappelijke impact van de overtredingen te verschillend.¹⁷ Het gelijkheidsbeginsel is derhalve niet geschonden en de bezwaren ten aanzien van het niet hanteren van Bijzondere Boeterichtsnoeren dienen te worden verworpen.

4B. M. van den Oever (voor zover anders dan Darthuizer)

Duur van de overtreding

36. M. van den Oever is van mening dat de Raad de duur van haar overtreding zou moeten vaststellen op 1 januari 1998 tot en met 12 oktober 2001, in plaats van tot en met 25 november 2002.

Beoordeling

37. Naar de mening van de Adviescommissie heeft de Raad onvoldoende bewijs geleverd om een schending van art. 6 Mw en/of art. 81 EG door M. van den Oever na 12 oktober 2001 aan te nemen.
38. Het faxbericht van 25 november 2002 waarop de Raad zich heeft gebaseerd voor het vaststellen van de laatste verboden handeling van M. van den Oever kan naar het oordeel van de Adviescommissie niet als voldoende bewijs dienen, omdat dit te veel vragen open laat. Ten eerste werd het faxbericht gewisseld tussen twee andere partijen dan M. van den Oever. Zo in de tekst al een uitnodiging tot deelname aan verboden vooroverleg te lezen is, bewijst dit niet dat M. van den Oever deze uitnodiging heeft ontvangen. Bovendien toont een loutere uitnodiging tot deelname niet voldoende aan dat M. van den Oever in 2002 nog bij de inbreuk betrokken was. Ter hoorzitting heeft de Raad verklaard dat hij de deelname van M. van den Oever op 25 november 2002 uitsluitend nog doet steunen op deze fax. Nu de Adviescommissie die fax echter onvoldoende acht om als bewijs van overtreding te dienen, is daarmee

¹⁷ Randnummers 338 en 339 van het besluit.

de inbreuk van M. van den Oever naar het oordeel van de Adviescommissie op 12 oktober 2001 geëindigd.

39. De bevoegdheid tot het opleggen van een boete is daarmee, gelet op het verstrijken van de termijn van vijf jaren tussen het beëindigen van de overtreding en het opleggen van de boete, op grond van art. 64 Mw komen te vervallen.
40. Het bezwaar dient derhalve gegrond te worden verklaard. Het bezwaar aangaande het beroep op het gelijkheidsbeginsel in het licht van het niet opleggen van een boete aan Mart van Dijk heeft daarmee geen bespreking.

5. Kosten

41. De door M. van den Oever op grond van art. 7:15 lid 2 Awb gevraagde kostenvergoeding kan slechts worden toegewezen indien de Raad genoodzaakt zou zijn om het besluit op grond van een aan hem te wijten onrechtmatigheid te herroepen. Aangezien zulks in casu niet het geval is, adviseert de Adviescommissie de Raad om in het besluit op bezwaar het verzoek om een kostenvergoeding af te wijzen.

Slotoverweging

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

6. Slotsom en Advies

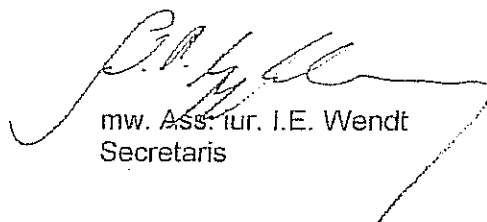
43. De bezwaren van Darthuizer dienen te worden verworpen.
44. Het bezwaar van M. van den Oever aangaande de duur van de overtreding dient gegrond te worden verklaard. De overige bezwaren dienen te worden verworpen.
45. De Adviescommissie adviseert de Raad bij het nemen van zijn besluit op bezwaar mede aan de hand van een nauwkeuriger marktafbakening op de toepassing van de artikelen 7 Mw, 8 Mw en 81 EG in te gaan.

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 5211

mr J.P. Fokker
Voorzitter



mw. Ass: iur. I.E. Wendt
Secretaris



-/-

