

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 5211_1/ 298

Betreft zaak: Boomkwekerijen; Besluit op bezwaar Darthuizer Boomkwekerijen BV en G.L. IJssink Beheer BV

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 13 november 2007 met kenmerk 5211/218.

I. Het ontstaan en het verloop van de procedure

1. Bij besluit van 13 november 2007 ("het primaire besluit") heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("de Raad") aan Darthuizer Boomkwekerijen BV en G.L. IJssink Beheer BV (hierna tezamen: "Darthuizer") een boete ten bedrage van EUR 497.000 opgelegd wegens overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet ("Mw") en artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag ("EG").
2. In het primaire besluit heeft de Raad vastgesteld dat de, in totaal acht, betrokken ondernemingen, waaronder Darthuizer, alle actief zijn op het gebied van het kweken van boomkwekerijproducten en het leveren van deze producten aan gemeenten. De betrokken ondernemingen hebben zich schuldig gemaakt aan een horizontale marktverdelingsafspraken in de periode van 1 januari 1998 tot en met 25 februari 2004. De betrokken ondernemingen hadden op enigerlei wijze contact met elkaar (in wisselende samenstelling) bij onderhandse aanbestedingen over het leveren van boomkwekerijproducten aan gemeenten. Door middel van faxberichten en/of telefoon stelden twee of meer betrokken ondernemingen vast of er andere dan de betrokken ondernemingen, de zogeheten "buitenommers", hadden ingeschreven. Was dat niet het geval, dan verdeelden ze de leveranties van boomkwekerijproducten voor gemeenten en stemden zij de inschrijfprijzen af. Was dat wel het geval, dan zagen ze af van afstemming van de inschrijvingen. Deze gedragingen (contact, verdeling leveranties en prijsafstemming) vormen een bestendiging van een ruim vóór 1 januari 1998 ontstane vaste praktijk tussen de betrokken ondernemingen. De geconstateerde gedragingen vormen een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG, waarvoor een boete is opgelegd aan de betrokken ondernemingen.
3. Tegen het primaire besluit is door Darthuizer tijdig een bezwaarschrift ingediend. Gelijkzeitig heeft Darthuizer verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter. Bij brief van 7 mei 2008 heeft Darthuizer zijn gronden tijdig ingediend,

waarbij gelijktijdig het verzoek bij brief van 7 mei 2008 is ingetrokken.

4. Bij brief van 27 juni 2008 is aan Darthuizer medegedeeld dat op 4 september 2008 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet ("de Adviescommissie"). Bij brief van 29 augustus 2008 heeft Darthuizer de Adviescommissie bericht niet ter hoorzitting te kunnen verschijnen.
5. Op 4 september 2008 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Het verslag werd op 8 oktober 2008 aan partijen rondgestuurd.

II Het Advies van de Adviescommissie

6. Op 7 november 2008 heeft de Adviescommissie haar advies (hierna: Advies) vastgesteld en uitgebracht aan de Raad. Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
7. De Adviescommissie adviseert de Raad de bezwaren van Darthuizer te verwerpen. In paragraaf 4A.2. wenst de Adviescommissie de Raad in overweging te geven in het besluit op bezwaar de marktafbakening nader vorm te geven onder vermelding van de daartoe gehanteerde criteria. In dit kader acht de Adviescommissie een toetsing aan de artikelen 7 en 8 Mw noodzakelijk, daar thans niet onomstotelijk is komen vast te staan dat de grenzen van de daarin neergelegde bagatelbepaling zijn overschreden. Daarnaast adviseert de Adviescommissie de toepasselijkheid van artikel 81 EG nader te motiveren, aangezien zij voorshands geen aanknopingspunten ziet voor de slotsom dat het onderhavige kartel een effect op de Gemeenschappelijke markt zou hebben gehad.

III De gronden van bezwaar en de beoordeling hiervan door de Raad

8. Na zich ervan te hebben vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen, beslist de Raad het Advies over te nemen zulks aangevuld met de hierna opgenomen motivering in randnummers 10 tot en met 35, 46, 53 tot en met 61, 64, 71 en 74.
9. In het navolgende wordt allereerst ingegaan op de toepassing van artikel 7 Mw en artikel 81 EG. Hierna zullen per onderdeel van het bezwaar van Darthuizer de gronden en het hierbij horende advies van de Adviescommissie (kort) worden weergegeven, gevolgd door de beoordeling hiervan door de Raad. De conclusie van de Raad wordt in hoofdstuk V weergegeven.

Toepassing van artikel 7 Mw

10. De *Adviescommissie* geeft de Raad in overweging de marktafbakening in het primaire 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 en 8 Mw noodzakelijk¹, daar thans niet onomstotelijk vast is komen te staan dat de grenzen van de daarin neergelegde bagatelbepalingen zijn overschreden.²
11. De *Raad* is van mening dat niet aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 7, *eerste lid*, Mw is voldaan. Hoewel het aantal betrokken ondernemingen acht bedraagt, is de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen hoger dan EUR 5.500.000. De gezamenlijke omzet over het jaar 1998 bedraagt afgerond EUR 30 miljoen.³ Aldus is niet voldaan aan lid 1, sub b van artikel 7 Mw. De gezamenlijke omzet in 1998 ten bedrage van ruim EUR 16 miljoen van de twee grootste betrokken ondernemingen, te weten Darthuizer Boomkwekerijen BV en Boot & Co Boomkwekerij B.V., bedraagt reeds meer dan de drempelwaarde. De totale omzetten zijn van jaar tot jaar voldoende stabiel, zodat mag worden aangenomen dat deze in het jaar voorafgaande aan de overtreding, 1997, alsmede in andere jaren van de overtreding, steeds ruim boven de drempelwaarde lagen.⁴
12. Aan de eerste cumulatieve voorwaarde voor artikel 7, *tweede lid*, Mw, is wel voldaan. De gezamenlijke omzet in het aan de overtreding voorafgaande kalenderjaar van de bij de afspraken betrokken ondernemingen voor de onder de afspraken vallende goederen (in feite: de betrokken omzet) is niet hoger dan EUR 40.000.000. De Raad behoeft de gezamenlijke omzet in het onderhavige geval voor 1997 en volgende jaren niet exact vast te stellen, omdat de gezamenlijke omzet duidelijk niet boven voornoemde drempel uitkomt.
13. Uit het bovenstaande en tevens uit het verband dat de Adviescommissie legt tussen de marktafbakening en de bagatelbepalingen van de Mededingingswet maakt de Raad op dat het advies van de Adviescommissie in het bijzonder de uitzonderingsbepaling van artikel 7, tweede lid, sub a Mw betreft, daar dit de enige bepaling is waarin het marktaandeel van de betrokken ondernemingen een rol speelt. Op grond van deze

¹ Artikel 8 Mw geeft slechts de berekeningsgrondslag voor de omzetvereisten van artikel 7 Mw, zodat op artikel 8 hieronder niet wordt ingegaan.

² Zie overweging 25 van het Advies.

³ Gebaseerd op de door de betrokken ondernemingen aangeleverde omzetgegevens.

⁴ De drempelwaarde bedroeg volgens de toenmalige wettekst EUR 4.540.000. De gedragingen gaan terug tot het begin van de jaren negentig; 1 januari 1998 is in het besluit als aanvangsdatum van de overtreding genomen, omdat de Mededingingswet toen in werking trad.

bepaling mag, om in aanmerking te komen voor de uitzondering op het kartelverbod, het gezamenlijke marktaandeel van de bij de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van invloed is, groter zijn dan 5%.

14. Alvorens hierop in te gaan, tekent de Raad in de eerste plaats aan dat de bepalingen van artikel 7 Mw, waar deze ruimte laten voor interpretatie en toepassingsmodaliteiten, als *uitzondering* op het algemene verbod van artikel 6, eerste lid, Mw *strikt* dienen te worden uitgelegd.
15. De Raad merkt daarbij in de tweede plaats op dat het in dit verband niet zonder betekenis is, dat de wettekst spreekt van “*geen van de relevante markten waarop de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van invloed is*”. Dat impliceert immers dat de inbreukmakende gedragingen op meer dan één relevante markt van invloed kunnen zijn. Het geeft bovendien aan dat deze markten voor het doel van de toepassing van het kartelverbod dienen te worden bepaald.
16. In de derde plaats merkt de Raad op dat het toetsen aan een marktaandeelcriterium, in vergelijking met het onomstotelijk vaststellen van aantallen ondernemingen en hun omzetten, veel minder een exercitie is die met mathematische precisie kan worden uitgevoerd. Er zit een kwalitatief element in de beoordeling, waardoor de zekerheid dat aan het marktaandeelcriterium wordt voldaan, geringer is dan bij de kwantitatieve toetsing die wordt gesteld ten aanzien van de omzet van partijen. Deze onzekerheid was precies de reden waarom in de oorspronkelijke Mededingingswet van het invoeren van een dergelijk criterium is afgezien.⁵
17. Het navolgende maakt evenwel overduidelijk dat de marktaandeelgrens van 5% onder alle mogelijke gezichtspunten ten aanzien van de afbakening van de markt wordt overschreden.
18. In dit verband merkt de Raad allereerst op dat in het primaire besluit in verband met het merkbaarheidsvereiste dat voortvloeit uit de Europese jurisprudentie, los van de bagatelbepalingen van de Mededingingswet, reeds is ingegaan op (mogelijke) marktaandelen.⁶ In haar Advies gaat de Adviescommissie niet op deze analyse in het primaire besluit in. De Raad leidt daaruit af dat de Adviescommissie deze analyse onderschrijft en de Raad ziet overigens geen reden om thans een ander standpunt in te nemen. De onderbouwing van de marktaandelen (en de hieraan ten grondslag liggende feiten) in het kader van de beoordeling van de merkbaarheid in het primaire besluit kan

⁵ MvT Mw, Handelingen Tweede Kamer 24 707 nr. 3 pag 16.

⁶ Zie randnummers 266-278 van het primaire besluit.

in beginsel zonder meer worden doorgetrokken naar de toetsing aan de bagatelbepaling van artikel 7, tweede lid, sub a Mw.

19. Voor toepassing van de betreffende bagatelbepaling constateert de Raad, zoals weergegeven in de merkbaarheidsanalyse in het primaire besluit, dat in die gevallen waarin uitsluitend de bij de afspraken tot offertevervalsing betrokken ondernemingen op een bepaalde aanbesteding hebben ingeschreven, de markt op dat moment enkel *díe* aanbesteding met aan de aanbodzijde enkel *díe* ondernemingen omvat.⁷ In een dergelijke situatie bedraagt het gezamenlijke marktaandeel van de deelnemende ondernemingen 100%, waarmee niet is voldaan aan artikel 7, tweede lid, sub a, Mw.
20. In deze zin oordeelde ook de rechtbank Rotterdam in de Dakdekkerszaken: *“Nu in de onderhavige gevallen de afspraken telkens tussen alle ondernemingen die zijn uitgenodigd voor de aanbesteding zijn gemaakt, volgt daaruit dat er per definitie sprake is van een merkbare mededingingsbeperking.”*⁸
21. Dit betekent dat in de onderhavige zaak, zou worden uitgegaan van een marktafbakening waarin de individuele aanbestedingen waar afstemming plaatsvond centraal staan, kan worden vastgesteld dat de drempelwaarde van 5% marktaandeel *per definitie* is overschreden.
22. Het feit dat het in het onderhavige geval gaat om één doorlopende inbreuk met betrekking tot een reeks van meer dan 120 aanbestedingen bij ruim 60 (deel)gemeenten verspreid door heel Nederland, maakt dit voor de toepassing van de bagatelbepaling ex art 7, tweede lid, sub a, Mw niet anders. Telkenmale is immers sprake van 100% marktaandeel van de aan de aanbesteding deelnemende, bij de inbreuk betrokken ondernemingen. Daarbij is van belang dat de betrokken ondernemingen zó te werk gingen, dat andere op het Nederlandse grondgebied actieve aanbieders van boomkwekerijproducten ten behoeve van institutionele afnemers in al die gevallen geen mogelijkheid hadden op relevante concurrentieparameters een disciplinerende druk op het concrete aanbod van de deelnemende ondernemingen uit te oefenen. De betrokken ondernemingen vergewisten zich er steeds van dat er geen “buitenommers” meedongen; was dit wel het geval, dan gaven zij aan hun afspraken geen verdere uitvoering. Dat de deelnemende ondernemingen zo vaak de kans kregen de gemeenten te misleiden, werd in de hand gewerkt doordat de gemeenten veelal ondershands aanbesteedden en daarbij grote waarde hechtten, en om die reden voorrang gaven, aan bestaande relaties.

⁷ Plus eventueel de ondernemingen die op basis van de bedoelde afspraak juist niet hebben ingeschreven, terwijl zij dit wel hadden kunnen doen. Dat doet zich in de onderhavige zaak niet voor.

⁸ Zie Rb. Rotterdam, 24 juli 2007, MEDED 06/411 WILD, 06/412 WILD, 06/414 STRN en 06/415 STRN, p. 7.

23. Het zou uiteraard ongerijmd zijn, als de mededingingsbeperking op grond van een afspraak over één enkele lokale aanbesteding “per definitie” merkbaar is, terwijl de beperking op grond van afspraken over een reeks van aanbestedingen, louter vanwege het feit dat deze zich over een langere periode en over een groter geografisch gebied uitstrekken, dat niet meer zou zijn, omdat zich naast de vervalste aanbestedingsprocedures in de gegeven periode en het gegeven gebied nog andere institutionele vragers manifesteerden aan wier behoeften nog andere aanbidders van boomkwekerijproducten konden voldoen.
24. In feite oefenden de mededingingsverhoudingen bij andere, niet vervalste gunningen en aanbestedingen geen invloed uit op de wél gemaakte en uitgevoerde afspraken over prijzen en marktverdeling. Om deze reden concludeert de Raad dat zo aan de merkbaarheid van de mededingingsbeperking evenmin afbreuk kan doen dat de betrokken ondernemingen in een aantal gevallen slechts contacten hadden waaraan geen verder vervolg werd gegeven, of dat zij (tevens) inschreven op aanbestedingen *zonder* met elkaar afspraken te maken over de manier waarop, aangezien hen gebleken was dat er tevens “buitenommers” inschreven.
25. Hoewel de toetsing aan het merkbaarheidsvereiste, zoals in de randnummers 21 tot en met 25 is beschreven, en de toetsing aan de bagatelbepalingen niet hetzelfde is en in beginsel ook tot verschillende uitkomsten kan leiden, gaat hetgeen hierboven is opgemerkt ten aanzien van de merkbaarheid in het onderhavige geval tevens op voor de toetsing aan de bagatelbepaling, aangezien deze aan het marktaandeel is gekoppeld. Indien meer dan 5% op één relevante markt al geen bagatel meer is, dan zeker 100% op één markt, laat staan 100% ter zake van ruim 65 aanbestedingen in de periode 1998-2004. Het *daarnaast* bestaan van een vraag naar boomkwekerijproducten van andere institutionele afnemers in Nederland waaraan ook andere aanbidders dan de deelnemende ondernemingen konden voldoen, is voor de toepassing van deze bepaling, gezien de bewoordingen en het doel ervan in het systeem van de Mededingingswet, in wezen irrelevant.⁹ De *omvang* van die overigens nog uitgeoefende vraag en het aanbod daarop is voor de beoordeling eveneens irrelevant.
26. Naast een afbakening van de markt waarin de individuele aanbestedingen centraal staan, merkt de Raad op dat in het primaire besluit door hem nog is nagegaan van welk gezamenlijk aandeel van de betrokken ondernemingen sprake zou zijn, indien het aanbod van boomkwekerijproducten ten behoeve van alle institutionele afnemers in Nederland in ogenschouw zou worden genomen. Op basis van gegevens van het ZLTO

⁹ Economisch gezien kan nog de kanttekening worden geplaatst dat op ruim gedefinieerde ‘aanbestedingsmarkten’ historische marktaandelen in feite weinig tot niets zeggen over de daadwerkelijke marktmacht van de ondernemingen die op die markt actief zijn of kunnen worden. Andere contextspecifieke omstandigheden zijn daarvoor veel meer bepalend. Dit noopt te meer tot grote voorzichtigheid bij de toepassing van de bagatelbepaling van artikel 7, tweede lid, sub a Mw.

over het jaar 2004 kan worden vastgesteld dat het aandeel van de door de betrokken ondernemingen gerealiseerde omzet op het totaal ten minste 22,7% bedroeg.¹⁰ Dit percentage is nog aan de lage kant, indien rekening zou worden gehouden met het reeds gememoreerde feit dat veel aanbestedingen ondershands plaatsvinden, zodat het aanbod uit dien hoofde verder beperkt wordt. Het berekende percentage heeft weliswaar betrekking op één jaar, maar het is overduidelijk dat ook bij een dergelijke marktafbakening de 5%-norm over de gehele periode wordt overschreden.

27. De vraag van institutionele afnemers (gemeenten, provincies, waterschappen en hoveniers en andere aan de overheid gerelateerde instanties en organisaties) wordt overwegend gevormd via aanbestedingen. De afnemers stellen bij een aanbesteding bepaalde, specifieke eisen aan het product: onder meer uniforme kwaliteit, een volledig productenpakket en hergroei-garantie. Het aanbod ter zake wordt in beginsel beperkt tot die boomkwekerijen die bij aanbesteding kunnen voldoen aan de vereisten die een gemeente, provincie, etc., doorgaans opneemt in het bestek. De Raad acht de kenmerken van de institutionele markt zodanig verschillend van de vraag die wordt uitgeoefend door de professionele afnemers (fruittelers, bosbouwers en mede-boomkwekerijen) en van de consumentenmarkt die het ZLTO onderscheidt, dat het weinig zinvol is ook deze nog in de berekening te betrekken. Niettemin wordt zelfs in dat geval de 5%-norm ruimschoots overtreden, aangezien de betrokken ondernemingen in het totale aanbod dan nog altijd een aandeel van circa 14,5% hebben.¹¹
28. De Raad concludeert dat onder alle mogelijke gezichtspunten ten aanzien van de afbakening van de markt zo niet “onomstotelijk” als bij aantallen ondernemingen en hun omzetten, dan toch overduidelijk is vastgesteld dat de onderhavige afspraken niet aan het criterium van artikel 7, tweede lid, sub a Mw voldoen en daarmee niet aan de cumulatieve voorwaarden voor toepasselijkheid van de wettelijke bagatelvrijstelling.

Toepassing van artikel 81 EG

29. De *Adviescommissie* adviseert – overigens zonder dat dit door Darthuiser is opgebracht – de toepasselijkheid van artikel 81 EG nader te motiveren, aangezien zij voorshands geen aanknopingspunten ziet voor de slotsom dat het onderhavige kartel een effect op de Gemeenschappelijke markt zou hebben gehad. De Adviescommissie ziet eerder een argument voor het tegendeel in het feit dat bij de aanwezigheid van een “buitennummer” uit een nadere 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 werden opgeworpen.

¹⁰ Zie randnummer 274 van het primaire besluit.

¹¹ Zie randnummer 273 van het primaire besluit.

30. De Raad vindt niet dat aanknopingspunten voor de toepasselijkheid van artikel 81 EG geheel ontbreken. Zo kan op grond van het dossier worden vastgesteld dat boomkwekerijproducten het voorwerp zijn van een omvangrijk interstatelijk handelsverkeer (met name export), terwijl de positie van de betrokken ondernemingen niet zodanig was dat zij beneden de criteria van EUR 40 miljoen voor gezamenlijke omzet en 5% marktaandeel bleven die in Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” worden gehanteerd als drempelwaarden *beneden* welke de Commissie uitgaat van de aanname dat *geen* sprake is van merkbaar interstatelijk effect.¹² Voor dit laatste verwijst de Raad ter onderbouwing naar zijn overwegingen bij randnummers 26 en 27, hierboven.
31. In theorie is het niet uitgesloten dat het voor de betrokken ondernemingen dankzij hun afspraken aantrekkelijker was hun boomkwekerijproducten bij gemeenten in Nederland af te zetten dan onder gewone marktomstandigheden het geval zou zijn geweest. Met andere woorden, zonder de afspraken zouden zij eerder andere afzetmogelijkheden zijn gaan benutten, waaronder de afzetmogelijkheden in het buitenland.
32. Daar staat echter tegenover dat de bij de afspraken betrokken ondernemingen zich feitelijk helemaal niet met import en export bezighielden en dat omschakeling naar de export niet zeer eenvoudig is. Voorts blijkt uit de gegevens in het dossier ook niet van een (negatief) verband tussen kartelactiviteit en omvang van de handel.
33. Bovendien kan de Raad de Adviescommissie volgen in de overweging dat de wijze waarop de betrokken ondernemingen te werk gingen juist niet van dien aard was dat daaruit een afscherming van de Nederlandse markt uit zou kunnen voortvloeien. Noch buitenommers uit Nederland, noch buitenommers uit andere lidstaten werden op enigerlei wijze beperkt in hun mogelijkheden op aanbestedingen in te schrijven, welke inschrijvingen bij een concurrerend bod ook gewoon succesvol konden zijn.
34. Tevens kan de Raad de Adviescommissie volgen in de opmerking dat een vergelijking met de zaak VCH¹³ niet zonder meer opgaat. Volgens het VCH-arrest en de eerdergenoemde Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” kan een kartel dat het hele grondgebied van een lidstaat bestrijkt “normaal gesproken” de handel tussen de lidstaten beïnvloeden.¹⁴ In het onderhavige geval vormden de betrokken ondernemingen echter niet samen met alle Nederlandse aanbieders van

¹² Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEU C 101/81. 27 april 2004, nummer 52. Daarboven is onder nadere voorwaarden sprake van een vermoeden dat de handel wel is beïnvloed, nummer 53. Vgl. ook nummer 48: “De toepassing van het criterium “merkbare beïnvloeding” vereist niet noodzakelijk dat relevante markten worden afgebakend en marktaandelen worden berekend.”

¹³ Hof van Justitie zaken C-215/96 en C-216/96, Bagnasco.

¹⁴ Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel”, reeds aangehaald, nummer 78.

boomkwekerijenproducten een nationaal, landelijk dekkend kartel dat bij alle aanbestedingen van Nederlandse gemeenten actief was en uit dien hoofde een gesloten front vormde jegens buitenlandse concurrenten. De condities die in de Richtsnoeren genoemd worden ter verklaring van het in de regel aannemen van een nationale drempelwerking, gaan derhalve in het onderhavige geval niet op.¹⁵

35. Het bovenstaande overwegende is naar het oordeel van de Raad met de in de nrns. 25 en 26 genoemde marktaandeelen niet zo zeer sprake van een dusdanige zwakke positie van de betrokken ondernemingen dat van een overtreding van artikel 81 EG geen sprake is. De Raad is met de Adviescommissie van oordeel dat de afschermende werking van het systeem bij de aanwezigheid van een “buitenommer” uit een andere lidstaat, niet van dien aard is dat een effect op het interstatelijk verkeer aanwezig lijkt te zijn. Het stond ondernemingen uit andere lidstaten immers vrij bij de openbare aanbestedingen in te schrijven, welke inschrijving bij een concurrerend prijsniveau (wellicht) succesvol zou zijn geweest. De Raad oordeelt dat artikel 81 EG niet van toepassing is op de vastgestelde gedragingen.

Geen systeem van inbreuken (hoofdstuk IV van het bezwaar)

36. *Darthuizer* stelt dat er geen systeem van inbreuken (geen vast stramien) is. Zij stelt zich daarbij op het standpunt dat, aangezien zij er in de primaire fase reeds op heeft gewezen dat het rapport er geenszins in is geslaagd om aan te tonen dat er sprake is van een systeem van inbreuken en vervolgens in het primaire besluit slechts wordt verwezen naar het rapport, het bewijs- en motiveringsgebrek in het rapport niet zou zijn geheeld. Er is volgens *Darthuizer* sprake van een onzorgvuldige voorbereiding van het primaire besluit en bovendien van een onvolledige en ondeugdelijke motivering. Ter motivering van dit argument herhaalt *Darthuizer* hetgeen zij in haar zienswijze heeft aangevoerd.¹⁶
37. Vervolgens geeft *Darthuizer* in aanvulling op hetgeen zij van het bezwaarschrift aanvoert nog “*een enkele toevoeging ten aanzien van die details waar de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) de conclusie uit het rapport in het besluit heeft aangevuld*”.¹⁷ Deze toevoegingen zijn: 1) zonder dat de NMa hiervoor bewijs heeft, wordt SKN als het kartelvehikel beschouwd; 2) het uit die tijd afkomstige materiaal kan niet dienen als bewijs van de gestelde inbreuk en 3) de NMa zou erkennen dat zij er niet in is geslaagd een directe relatie aan te tonen tussen de “onhandige” regels in de notulen van begin jaren '90 en de gestelde inbreuken van veel later datum.¹⁸

¹⁵ Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel”, reeds aangehaald, nummers 77 en 79.

¹⁶ Zie randnummers 94 t/m 125 van het bezwaarschrift.

¹⁷ Zie de randnummers 94 t/m 125 van het bezwaarschrift.

¹⁸ Zie randnummer 95 van het bezwaarschrift.

38. De NMa zou zelf aangeven dat in ieder geval na maart 1999 geen aantoonbaar gebruik meer is gemaakt van het meldingensysteem.¹⁹ Naar mening van Darthuizer betekent dit dat daarmee de gepleegde inbreuk inmiddels op grond van artikel 64 Mw ruimschoots is verjaard.
39. Darthuizer herhaalt hetgeen zij ter zake van het toerbeurtsysteem in haar zienswijze heeft gesteld. Naar het oordeel van Darthuizer is van een systeem van vooroverleg geenszins sprake. Voor zover er al toerbeurtafspraken zijn gemaakt, dan nog is in het patroon hiervan weinig systematiek te ontdekken.
40. Darthuizer herhaalt hetgeen zij ter zake van de toelevering in de zienswijze heeft gesteld. Met betrekking tot het onderling aanleveren is Darthuizer van mening dat in het rapport en het primaire besluit ten onrechte de suggestie wordt gewekt dat het vóórkomen van toelevering per definitie duidt op vooroverleg en/of valse facturen. In dit verband wijst Darthuizer op het “onderscheid” tussen “laanboomkwekers” en “heesterkwekers”.
41. Darthuizer herhaalt dat schaduwadministraties niet breed werden bijgehouden. De conclusie dat sprake was van een systeem van vooroverleg wordt volgens Darthuizer niet gesteund door het aanwezige bewijsmateriaal. Het enige bewijs dat de NMa aanvoert is de schaduwadministratie van de heer Van Bovene.
42. Volgens Darthuizer maakten buitenommers vooroverleg vaak onmogelijk. Darthuizer leidt uit het primaire besluit af dat de NMa van mening is dat hetgeen ter zake van buitenommers door Darthuizer is opgemerkt er niet toe doet, omdat ook in de gevallen waarin sprake was van buitenommers men toch de intentie zou hebben om tot vooroverleg te komen als men maar onder elkaar was.²⁰ Darthuizer stelt dat de Raad op deze manier een “poging tot kartelvorming” onder reikwijdte van artikel 6 Mw en art 81 EG brengt.²¹
43. De *Adviescommissie* gaat in overwegingen 18, 21 en 22 van haar advies in op deze gronden van het bezwaar. De Adviescommissie acht de bewijsvoering die de Raad in het primaire besluit heeft gehanteerd voldoende, 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 zelfstandige commercieel beleid heeft gevoerd. De Adviescommissie overweegt daarbij dat sprake is van een structureel overtrekking die geduurd heeft van 1 januari 1998 tot en met 25 februari 2004 en dat de Raad genoegzaam heeft bewezen dat de partijen gebruik maakten van op

¹⁹ zie randnummer 218 van het primaire besluit.

²⁰ Zie randnummer 248 van het primaire besluit.

²¹ Zie randnummer 125 van het bezwaarschrift.

onderlinge verstandhouding berustende systemen die de coördinatie van hun commerciële gedragingen vergemakkelijkten.

44. Bijgevolg, zo overweegt de Adviescommissie, gaat Darthuizer er ten onrechte van uit dat het primaire besluit sancties oplegt voor “poging tot kartelvorming” aangezien in de onderhavige zaak wel degelijk verboden afspraken tussen de betrokken partijen zijn aangetoond.
45. De Raad neemt deze overweging van de Adviescommissie over en maakt deze tot de zijne. In dit verband behoeft het argument van Darthuizer, dat alleen die feiten die dateren van na 13 november 2002, dan wel 1 oktober 2002, kunnen worden beboet, geen verdere bespreking.
46. De Raad wenst te benadrukken dat hij de mening ter zake van een onzorgvuldige voorbereiding van het primaire besluit en van een onvolledige en ondeugdelijke motivering niet deelt en verwijst naar (de uitgebreide motivering van) het primaire besluit. Dat er sprake zou zijn van een onzorgvuldige voorbereiding van het primaire besluit ontgaat de Raad, aangezien de betrokken ondernemingen ruimschoots in staat zijn gesteld om hun zienswijze mondeling en schriftelijk kenbaar te maken, van welke gelegenheid zij ook gebruik hebben gemaakt.

De overtreding is niet aan Darthuizer te verwijten dan wel toe te rekenen (Hoofdstuk II van het bezwaarschrift) **[Vertrouwelijk]**

47. [Vertrouwelijk]
48. [Vertrouwelijk]
49. [Vertrouwelijk]
50. [Vertrouwelijk]
51. [Vertrouwelijk]
52. [Vertrouwelijk]
53. [Vertrouwelijk]
54. [Vertrouwelijk]
55. [Vertrouwelijk]

56. [Vertrouwelijk]

57. [Vertrouwelijk]

58. [Vertrouwelijk]

59. [Vertrouwelijk]

60. [Vertrouwelijk]

61. [Vertrouwelijk]

De hoogte van de boete

Boeteverhogende omstandigheden (hoofdstuk III van het bezwaarschrift)

62. *Darthuizer* stelt zich op het standpunt dat de Raad *Darthuizer* ten onrechte heeft bestempeld als ringleader, zodat de boete niet met 15% had mogen worden verhoogd. *Darthuizer* voert in dit verband aan dat de verklaring van de heer Van der Ven niet als bewijs kan dienen, de verklaring van de heer Van 't Wout jr. niet ter zake doet, en de verklaring van Boot ondeugdelijk is en niet als bewijs kan dienen. *Darthuizer* voert naast de reeds ingebrachte verklaring van een oud-medewerker van Boot & Co een verklaring van een tweede oud-medewerker van Boot & Co op.²²
63. De *Adviescommissie* gaat in overweging 32 in op deze grond van het bezwaar. Volgens de *Adviescommissie* kan het verwijzen naar de rol van andere partijen niet de eigen verantwoordelijkheid verkleinen en tot een verlaging van de boete(verhoging) leiden. De *Adviescommissie* kan voorts *Darthuizer* in haar betoog niet volgen waar zij het bewijs voor haar leidende rol binnen het kartel ongeloofwaardig acht, nu dat betoog uitsluitend op ontkenning berust.
64. De *Raad* neemt deze overwegingen van de *Adviescommissie* over maakt deze tot de zijne. Volledigheidshalve voegt de *Raad* hieraan toe dat hij van mening is dat slechts de eerste volzin van de laatste alinea van deze verklaring van een oud-medewerker van Boot & Co relevantie heeft met het primaire besluit. Voor zover de verklaring aangeeft dat er offertes werden weggegeven, geeft de oud-medewerker van Boot & Co aan dat hierover werd gesproken. Het overige, en merendeel, van de verklaring heeft betrekking op valse offertes en dumprijzen. Valse offertes zijn niet van belang voor het vaststellen van de overtreding.

²² Zie bijlage 3 van het bezwaarschrift.

Boeteverlagende omstandigheden (hoofdstuk V van het bezwaarschrift)

65. Volgens *Darhuizer* heeft de NMa boeteverlagende omstandigheden ten onrechte buiten beschouwing gelaten.
66. *Darhuizer* stelt dat gemeenten meermalen een faciliterende of zelfs sturende rol hebben gespeeld. Gemeenten informeerden welke aanbieders waren uitgenodigd op meervoudige onderhandse aanbestedingen. Uit het dossier zou blijken dat nogal wat gemeenten aanbesteden lastig vonden en een-op-een bestellingen plaatsten dan wel hun leveranciers slechts in beperkte kring zochten of het zelfs oogluikend toestonden dat inschrijvers op hun onderhandse aanbestedingen de zaken onderling regelden.²³
67. *Darhuizer* stelt dat vervolgleveringen zeer frequent een op een worden gegund aan de winnende leverancier en dat de gezamenlijke waarde van dergelijke vervolgoopdrachten niet zelden die van de oorspronkelijke aanbesteding overstijgt. Dit betekent volgens *Darhuizer* dat het bestaan van een aanbestedingskartel in de boomkwekerijsector per definitie geen doorslaggevende invloed kan hebben gehad op het prijspeil in de sector.²⁴
68. *Darhuizer* ziet ook reden om de boete te verlagen gezien de overeenkomsten met het boetebesluit “Openbaar groen Maastricht”²⁵, in welk verband *Darhuizer* verwijst naar een verklaring van Boot & Co over de gemeente Den Helder. *Darhuizer* is vervolgens van mening dat de rol van de gemeente Den Helder niet actiever of belangwekkender is geweest dan die van tal van andere gemeenten. *Darhuizer* concludeert dat op grond van het gelijkheidsbeginsel de aan hem opgelegde boete ten minste met 30% moet worden verlaagd, overeenkomstig de wijze waarop de NMa de boete in “Openbaar Groen Maastricht” heeft verlaagd.
69. *Darhuizer* verwijst haar bezwaarschrift ook naar de wijze waarop de NMa heeft gehandeld in de bouwsector en stelt zich daarbij op het standpunt dat de NMa het gelijkheidsbeginsel zou hebben geschonden.²⁶ *Darhuizer* voert hierbij aan dat de overwegingen van de Raad in het primaire besluit “ronduit bizar” zijn te noemen.²⁷ In haar bezwaarschrift voert *Darhuizer* dezelfde argumenten aan als zij in haar zienswijze op het rapport heeft aangevoerd.²⁸

²³ Zie randnummer 130 van het bezwaarschrift.

²⁴ Zie randnummer 132 van het bezwaarschrift.

²⁵ Besluit van de Raad van 15 december 2005 in de zaak 40/14.

²⁶ Zie de randnummers 142-146 van het bezwaarschrift.

²⁷ Zie randnummers randnummer 339 van primaire besluit.

²⁸ Zie randnummers 142-144 van het bezwaarschrift.

70. De *Adviescommissie* gaat in overwegingen 33 en 35 van het advies in op deze gronden van het bezwaar. 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 aanbidders uitgenodigd waren om in te schrijven op meervoudig onderhandse aanbestedingen. Met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel is de Adviescommissie van mening dat deze niet is geschonden door Darthuizer niet de keuze te bieden van een versnelde procedure in ruil voor boetevermindering. Zoals de Raad in het primaire besluit terecht heeft overwogen zijn daarvoor de overtredingen, de achterliggende feiten en omstandigheden en de maatschappelijke impact van de overtredingen te verschillend.²⁹ Het gelijkheidsbeginsel is derhalve niet geschonden en de bezwaren ten aanzien van het niet hanteren van Bijzondere Boeterichtsnoeren dienen te worden verworpen.
71. De *Raad* neemt deze overwegingen over en maakt deze tot de zijne. De Raad ziet net als bij het primaire besluit derhalve evenmin aanleiding om de hoogte van de boete op de door Darthuizer voorgestane wijze vast te stellen.

Financiële situatie [Vertrouwelijk]

72. [Vertrouwelijk]
73. [Vertrouwelijk]
74. [Vertrouwelijk]

IV Overige

75. Naar aanleiding van het door Mart van den Oever³⁰ ingediende bezwaar ziet de Raad reden bijlage I horende bij het primaire besluit aan te passen.³¹ De Raad stelt Bijlage I opnieuw vast en verwijst hiervoor naar Bijlage B bij dit besluit die hiervan onderdeel uitmaakt.

V Conclusie ten aanzien van de bezwaargronden

²⁹ De Adviescommissie verwijst in dit verband naar de overwegingen 338 en 339 van het primaire besluit.

³⁰ Boomkwekerijen Mart van den Oever en Zonen B.V. en Van den Oever Holding B.V. (tezamen: "Mart van den Oever") hebben bezwaar ingediend tegen de bij besluit van 13 november 2007 aan hen opgelegde boete.

³¹ Zie randnummer 214 van het primaire besluit.

76. De Raad neemt het Advies over aangevuld met de motivering in randnummers 10 tot en met 35, 46, 53 tot en met 61, 64, 71 en 74 en concludeert tot ongegrondverklaring van het bezwaar.

VI Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. handhaaft het bestreden besluit van 13 november 2007 en de hiermee aan Darthuizer Boomkwekerijen B.V., gevestigd te Leersum, en G.L. IIsink Beheer B.V., gevestigd te Doorn, opgelegde boete ten bedrage van EUR 497.000,00.
De Raad stelt beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel;

Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum:

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

P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.