

## Nederlandse Mededingingsautoriteit

### BESLUIT

Nummer 5211\_1/ 299

Betreft zaak: Boomkwekerijen; besluit op bezwaar Boomkwekerijen Mart van den Oever en Zonen BV en Van den Oever Holding 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/ 219.

#### I. Het ontstaan van 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 Boomkwekerijen Mart van den Oever en Zonen B.V. en Van den Oever Holding B.V. (hierna tezamen: "Mart van den Oever") een boete ten bedrage van EUR 223.000 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 Mart van den Oever, 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 marktverdelingsafpraak 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 Mart van den Oever tijdig een bezwaarschrift ingediend. Bij brief van 7 mei 2008 heeft Mart van den Oever zijn gronden tijdig ingediend. Gelijkzeitig heeft Mart van den Oever verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter, welk verzoek bij brief van 9 mei 2008 is ingetrokken.
4. Bij besluit van 4 april 2008 met kenmerk 5211/256 heeft de Raad een wijzigingsbesluit genomen waarin als gevolg van de door Mart van den Oever aangeleverde gecorrigeerde omzetgegevens de opgelegde boete is verlaagd naar EUR 16.000. Op grond van artikel 6:19, eerste lid, Awb wordt het bezwaar geacht mede te zijn gericht tegen het wijzigingsbesluit.
5. Bij brief van 27 juni 2008 is aan Mart van den Oever medegedeeld dat op 4 september 2008 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet ("de Adviescommissie").
6. Op 4 september 2008 heeft de hoorzitting plaatsgevonden. Het verslag werd op 8 oktober 2008 aan partijen rondgestuurd.

## **II Het Advies van de Adviescommissie.**

7. 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, met uitzondering van de passages die als vertrouwelijk ten aanzien van Darthuizer boomkwekerij BV en IIsink Beheer BV<sup>1</sup> worden beschouwd, onderdeel uit.
8. De Adviescommissie adviseert de Raad het bezwaar aangaande de duur van de overtreding gegrond te verklaren en de overige bezwaren van Mart van den Oever 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.

---

<sup>1</sup> Darthuizer boomkwekerij BV en IIsink Beheer BV hebben eveneens bezwaar ingediend tegen de hen bij besluit van 13 november 2007 met kenmerk 5211/218 opgelegde boete.

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

9. Na zich ervan te hebben vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen, beslist de Raad - onder verwijzing naar de motivering in randnummers 57 tot en met 71 en 80 - van het Advies af te wijken voor zover dat betrekking heeft op het verval van de sanctiebevoegdheid en de vergoeding van de kosten voorprocedure en stelt zijn eigen beoordeling daarvoor in de plaats. Voor het overige neemt de Raad het Advies over zulks aangevuld met de hierna opgenomen motivering in randnummers 11 tot en met 34, 47, 55, 56, en 72 tot en met 78.
10. 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 Mart van den Oever 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 IV gegeven.

#### Toepassing van artikel 7 Mw

11. 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 noodzakelijk<sup>2</sup>, daar thans niet onomstotelijk vast is komen te staan dat de grenzen van de daarin neergelegde bagatelbepalingen zijn overschreden.<sup>3</sup>
12. 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.<sup>4</sup> 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

---

<sup>2</sup> Artikel 8 Mw geeft slechts de berekeningsgrondslag voor de omzetvereisten van artikel 7 Mw, zodat op artikel 8 hieronder niet wordt ingegaan.

<sup>3</sup> Zie overweging 25 van het Advies.

<sup>4</sup> Gebaseerd op de door de betrokken ondernemingen aangeleverde omzetgegevens.

voorafgaande aan de overtreding, 1997, alsmede in andere jaren van de overtreding, steeds ruim boven de drempelwaarde lagen.<sup>5</sup>

13. 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.
14. 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 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%.
15. 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.
16. 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.

---

<sup>5</sup> 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.

17. 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 toets 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.<sup>6</sup>
18. Het navolgende maakt evenwel overduidelijk dat de marktaandeelgrens van 5% onder alle mogelijke gezichtspunten ten aanzien van de afbakening van de markt wordt overschreden.
19. 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.<sup>7</sup> 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 in beginsel zonder meer worden doorgetrokken naar de toetsing aan de bagatelbepaling van artikel 7, tweede lid, sub a Mw.
20. 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 offerteversaling betrokken ondernemingen op een bepaalde aanbesteding hebben ingeschreven, de markt op dat moment enkel *díe* aanbesteding met aan de aanbodzijde enkel *díe* ondernemingen omvat.<sup>8</sup> 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.

---

<sup>6</sup> MvT Mw, Handelingen Tweede Kamer 24 707 nr. 3 pag 16.

<sup>7</sup> Zie randnummers 266-278 van het primaire besluit.

<sup>8</sup> 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.

21. 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.”*<sup>9</sup>
22. 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* overschreden.
23. 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.
24. 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 aanbieders van boomkwekerijproducten konden voldoen.

---

<sup>9</sup> Zie Rb. Rotterdam, 24 juli 2007, MEDED 06/411 WILD, 06/412 WILD, 06/414 STRN en 06/415 STRN, p. 7.

25. 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.
26. 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 aanbieders 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.<sup>10</sup> De *omvang* van die overigens nog uitgeoefende vraag en het aanbod daarop is voor de beoordeling eveneens irrelevant.
27. 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 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.<sup>11</sup> Dit percentage is nog aan de lage kant, indien rekening zou worden gehouden met het reeds gememoreerde feit dat veel aanbestedingen ondershands plaatsvonden, zodat het aanbod uit dien hoofde verder beperkt wordt. Het berekende percentage heeft weliswaar

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> Zie randnummer 274 van het primaire besluit.

betrekking op één jaar, maar het is overduidelijk dat ook bij een dergelijke marktabakening de 5%-norm over de gehele periode wordt overschreden.

28. 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.<sup>12</sup>
29. 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**

30. De *Adviescommissie* adviseert – overigens zonder dat dit door Mart van den Oever 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.
31. 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

---

<sup>12</sup> Zie randnummer 273 van het primaire besluit.



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.<sup>13</sup> Voor dit laatste verwijst de Raad ter onderbouwing naar zijn overwegingen bij randnummers 25 en 26, hierboven.

32. 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.
33. 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.
34. 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.
35. Tevens kan de Raad de Adviescommissie volgen in de opmerking dat een vergelijking met de zaak VCH<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> In het onderhavige geval vormden de betrokken ondernemingen echter niet samen met alle Nederlandse aanbieders van boomkwekerijenproducten een nationaal, landelijk dekkend kartel dat bij alle aanbestedingen van Nederlandse gemeenten actief was en uit dien hoofde een gesloten

---

<sup>13</sup> 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 “merkbaar beïnvloeding” vereist niet noodzakelijk dat relevante markten worden afgebakend en marktaandelen worden berekend.”

<sup>14</sup> Hof van Justitie zaken C-215/96 en C-216/96, Bagnasco.

<sup>15</sup> Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel”, reeds aangehaald, nummer 78.

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.<sup>16</sup>

36. Het bovenstaande overwegende is naar het oordeel van de Raad met de in de nrns. 25 en 26 genoemde marktaandelen 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.

**De overtreding, de deelname van Mart van den Oever en het verval van de sanctiebevoegdheid**

37. Vervolgens gaat de Raad in op de gronden van het bezwaar die betrekking hebben op de vaststelling van de overtreding. Vervolgens zal de Raad ingaan op de gronden van het bezwaar die betrekking hebben op de deelname van Mart van den Oever aan de overtreding. Ten derde zal de Raad ingaan op de gronden inzake het verval van de sanctiebevoegdheid.

Gronden inzake de vaststelling van de overtreding

38. *Mart van den Oever* 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 *Mart van den Oever* sprake van een onzorgvuldige voorbereiding van het primaire besluit en bovendien van een onvolledige en ondeugdelijke motivering.
39. *Mart van den Oever* stelt zich vervolgens op het standpunt dat het meldingssysteem niet geschikt of zelfs bestemd is geweest als faciliteit voor verboden informatie-uitwisseling. Een dergelijke informatie-uitwisseling heeft nimmer plaatsgevonden, aangezien het systeem nimmer volledig operationeel is geweest. Het kan derhalve niet

---

<sup>16</sup> Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel”, reeds aangehaald, nummers 77 en 79.

dienen als bewijs voor de veronderstelde hoge organisatiegraad van het vermeende kartel.

40. De NMa zou in het primaire besluit zelf aangeven dat in ieder geval na maart 1999 geen aantoonbaar gebruik meer is gemaakt van het meldingensysteem.<sup>17</sup> Naar mening van Mart van den Oever betekent dit dat daarmee de gepleegde inbreuk inmiddels op grond van artikel 64 Mw ruimschoots is verjaard.
41. Mart van den Oever herhaalt hetgeen zij ter zake van het toerbeurtsysteem in haar zienswijze heeft gesteld. Naar het oordeel van Mart van den Oever 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.
42. Mart van den Oever herhaalt hetgeen zij ter zake van de toelevering in de zienswijze heeft gesteld. Met betrekking tot het onderling aanleveren is Mart van den Oever 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 Mart van den Oever op het “onderscheid” tussen “laanboomkwekers” en “heesterkwekers”.
43. Mart van den Oever herhaalt dat schaduwadministraties niet breed werden bijgehouden. De conclusie dat sprake was van een systeem van vooroverleg wordt volgens Mart van den Oever niet gesteund door het aanwezige bewijsmateriaal. Het enige bewijs dat de NMa aanvoert is de schaduwadministratie van Van Bovene.
44. Volgens Mart van den Oever maakten buitenommers vooroverleg vaak onmogelijk. *Mart van den Oever* leidt uit het primaire besluit af dat de NMa van mening is dat hetgeen ter zake van buitenommers door Mart van den Oever 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.<sup>18</sup> Mart van den Oever stelt dat de Raad op deze manier een “poging tot kartelvorming” onder reikwijdte van artikel 6 Mw en art 81 EG brengt.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Zie randnummer 218 van het primaire besluit.

<sup>18</sup> Zie randnummer 248 van het primaire besluit.

<sup>19</sup> Zie randnummer 87 van het bezwaarschrift.

45. De *Adviescommissie* verwijst inzake deze gronden van het bezwaar naar haar overwegingen 18, 21 en 22 van haar advies. De Adviescommissie acht de bewijsvoering die de Raad in het primaire besluit heeft gehanteerd voldoende, nu Mart van den Oever deze bewijsvoering niet heeft kunnen weerleggen. In het bijzonder heeft Mart van den Oever 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. 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 onderlinge verstandhouding berustende systemen die de coördinatie van hun commerciële gedragingen vergemakkelijkten.
46. Bijgevolg, zo overweegt de Adviescommissie, gaat Mart van den Oever 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.
47. De Raad neemt deze overwegingen van de Adviescommissie over en maakt deze tot de zijne. In dit verband behoeft het argument van Mart van den Oever, dat alleen die feiten die dateren van na 13 november 2002, dan wel 1 oktober 2002, kunnen worden beboet, geen verdere bespreking.
48. 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.

Gronden inzake de deelname van Mart van den Oever.

49. *Mart van den Oever* ontkent uitdrukkelijk betrokken te zijn geweest bij de handelingen die de NMa in het primaire besluit beschrijft. De NMa neemt Mart van den Oever onterecht mee met andere ondernemingen. Aangezien in het primaire besluit wordt gesproken van “de betrokken ondernemingen” is sprake van vooringenomenheid als gevolg waarvan het primaire besluit jegens Mart van den Oever dient te worden herroepen. Deze handelwijze van de Raad houdt ook een schending in van het fair trial-beginsel, van het

zorgvuldigheidsbeginsel en tal van andere beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>20</sup>

50. Mart van den Oever stelt dat uit haar verklaring blijkt dat zij nimmer een melding heeft gedaan in het meldingsstelsel en geeft aan dat, voor zover er al faxen aan haar zijn verzonden, deze faxen niet door haar zijn ontvangen en indien deze wel door haar zijn ontvangen er nooit door haar op in is gegaan. Het valt niet in te zien hoe deze faxen zouden dienen als bewijs. Mart van den Oever concludeert dat de Raad met alle 61 aangehaalde faxen geen enkel bewijs heeft tegen haar.<sup>21</sup>
51. Mart van den Oever is van mening dat de Raad geen enkele toelichting zou hebben gegeven over de vermeende relatie tussen de in bijlage A genoemde documenten en de gestelde betrokkenheid van Mart van den Oever.<sup>22</sup>
52. De *Adviescommissie* bespreekt in paragraaf 4b.M. van den Oever (voor zover anders dan Darthuiser) alleen de duur van de overtreding.
53. De *Raad* herleidt hieruit dat al het overige dat Mart van de Oever stelt, zoals omschreven in randnummers 38 t/m 44, door de *Adviescommissie* wordt besproken in de punten 18, 21 en 22 van haar advies. Voor zover de bezwaren niet aan de orde zijn gekomen in het advies stelt de *Adviescommissie* dat deze zelfstandige betekenis ontberen dan wel onvoldoende zijn geadstrueerd.
54. De voornoemde overwegingen van de *Adviescommissie* zijn al door de Raad overgenomen in randnummer 47. De Raad is met de *Adviescommissie* van oordeel dat het overige dat door Mart van den Oever wordt gesteld geen doel treft. Volledigheidshalve voert de Raad daar het volgende aan toe.
55. De Raad verwijst naar randnummer 20 van het primaire besluit waarin wordt aangegeven dat deze procedure (waarmee bedoeld wordt op de primaire fase) betrekking heeft op de met naam genoemde ondernemingen. Deze ondernemingen zijn derhalve “betrokken” bij de procedure. De Raad vermag niet in te zien dat als gevolg van het hanteren van de term “betrokken ondernemingen” sprake is van vooringenomenheid dan wel een schending van het fair trial-beginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel, noch van andere beginselen van behoorlijk bestuur.

---

<sup>20</sup> Zie randnummers 23- 25 van het bezwaarschrift.

<sup>21</sup> Zie randnummers 33-36 en 44, 54, 55 en 56 van het bezwaarschrift.

<sup>22</sup> Zie randnummer 29 van het bezwaarschrift.

56. Naar de mening van de Raad is er derhalve geen sprake van de in het bezwaarschrift gestelde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, noch van vergaande vooringenomenheid.

Gronden inzake het verval van sanctiebevoegdheid

57. *Mart van den Oever* stelt zich op het standpunt dat, nu de fax van 25 november 2002 niet als bewijs kan dienen, de bevoegdheid tot het opleggen van een sanctie is komen te vervallen.<sup>23</sup> Het niet honoreren van deze grond zou in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, in welk verband zij verwijst naar *Mart van Dijk Boomkwekerijen B.V.* (“*Mart van Dijk*”).
58. De *Adviescommissie* is van mening dat het faxbericht van 25 november 2002 niet als bewijs van de overtreding kan dienen en stelt dat de inbreuk, voor zover *Mart van den Oever* betreft, op 12 oktober 2001 is geëindigd. Naar het oordeel van de *Adviescommissie* is de bevoegdheid tot het opleggen van een boete bij *Mart van den Oever*, gelet op het verstrijken van de termijn van vijf jaren tussen beëindiging en het opleggen van de boete, op grond van artikel 64 Mw komen te vervallen. De *Adviescommissie* ziet derhalve geen reden om in haar advies in te gaan op het gelijkheidsbeginsel.
59. Voor zover het advies betrekking heeft op de bewijskracht van het faxbericht van 25 november 2002 neemt de *Raad* deze overweging van de *Adviescommissie* over en maakt deze tot de zijne. De *Raad* neemt het advies inzake het verval van de sanctiebevoegdheid ten aanzien van *Mart van den Oever* niet over.
60. Het staat vast dat *Mart van den Oever* heeft deelgenomen aan één voortdurende inbreuk die heeft geduurd van 1 januari 1998 tot en met 25 februari 2004 en die bestond uit een systeem van contact opnemen en waar mogelijk afstemmen van de inschrijfprijzen bij aanbestedingen bij gemeenten. Op geen moment gedurende deze periode heeft *Mart van den Oever* zich hiervan op duidelijke en kordate wijze gedistancieerd. Blijkens het faxbericht van 25 november 2002 was het voor de betreffende ondernemingen niet duidelijk in hoeverre *Mart van den Oever* nog zou participeren in de afstemming bij de volgende aanbesteding. Bij een duidelijke en kordate distantiëring door *Mart van den Oever* zou deze onduidelijkheid bij de overige deelnemende ondernemingen niet aanwezig zijn geweest.

---

<sup>23</sup> Zie randnummers 90-95 van het bezwaarschrift.

61. Op grond van vaste jurisprudentie leidt de stilzwijgende goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, waarvan indien vervolgens niet op duidelijke en kordate wijze afstand wordt genomen of niet bij de administratieve instanties wordt aangegeven, ertoe dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze gedragingen vormen een passieve deelneming aan de inbreuk waarvoor de onderneming aansprakelijk kan worden gesteld.<sup>24</sup>
62. Het vereiste van duidelijke en kordate distantiering dan wel aangeven bij de bevoegde instantie kan naar het oordeel van de Raad van Mart van den Oever worden vereist. Van deze onderneming kan als gevolg van het op de markt actief blijven, worden vermoed dat zij, net als de overige betrokken ondernemingen, bij de bepaling van haar gedrag op de markt rekening heeft gehouden met de met haar concurrenten uitgewisselde vertrouwelijke informatie, die in dit geval bestond uit kennis van het systeem van onderling contact opnemen en waar mogelijk afstemmen van de inschrijfprijzen. Dit geldt des te meer, nu de afstemming heeft plaatsgevonden gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat en volgens een vast patroon, waarbij het niet van belang is of al dan niet mededingingsrechtelijke gevolgen op de markt ontbreken.
63. Uit het bewijs blijkt dat in de jaren voorafgaande aan het jaar 1998 al door de betrokken ondernemingen<sup>25</sup>, waaronder Mart van den Oever, onderling contact is opgenomen, leveranties zijn verdeeld en inschrijfprijzen zijn afgestemd. Op grond van het bewijs kan worden vervolgens vastgesteld dat de betrokken ondernemingen na 2001 onderling contact hebben opgenomen en waar mogelijk de inschrijfprijzen hebben afgestemd. Voor het jaar 2002 betref dit de gemeenten *Alphen aan de Rijn*, *Amsterdam*, *Amsterdam Geuzenveld*, *Amsterdam Slotervaart*, *Castricum*, *Den Helder*, *Deventer*, *Ede*, *Haarlemmermeer*, *Houten*, *Katwijk*, *Lisse*, *Nieuwegein*, *Purmerend*, *Schiedam*, *Delft*, *Rotterdam* en *Groningen*. In het jaar 2003 hebben de overige betrokken ondernemingen bij de gemeenten *Ronde Venen*, *Westvoorne*, *Haarlemmermeer* en *Lisse* onderling contact opgenomen en waar mogelijk de inschrijfprijzen afgestemd. In het jaar 2004 is hiervan sprake bij de gemeenten *Haarlemmermeer*, *Katwijk*, *Velsen* en *Noordwijkerhout*.

---

<sup>24</sup> HwJEG, 7 januari 2004, zaak C-204/00 P e.a., *Aalborg Portland A/S e.a. t. Commissie*, n.n.g., r.o. 84.

HwJEG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA t. Commissie*, Jr. 1999, p. I-4125, ro 83 en 87.

<sup>25</sup> *Boot & Co Boomkwekerij B.V.*, *Darthuizer*, *Mart van Dijk*, *Bonte Hoek Kwekerijen B.V.* en *Boomkwekerij Ton van den Oever B.V.*

64. Uit de door Mart van den Oever opgegeven omzetgegevens blijkt dat bij de hierboven cursief vermelde gemeenten ook aan haar een deel van de aanbesteding is gegund, al is er geen bewijs van feitelijke actieve betrokkenheid van Mart van den Oever. Hiermee staat vast dat zij in ieder geval bij deze aanbestedingen actief is gebleven en wordt zij derhalve bij de bepaling van haar gedrag vermoed in ieder geval tot en met 25 februari 2004 rekening te hebben gehouden met het systeem van contact opnemen en afstemmen van de inschrijfprijzen. Bij deze aanbestedingen waar Mart van den Oever de overige betrokken ondernemingen tegenkwam, waren de gelegenheden bij uitstek om zich op duidelijke en kordate wijze te distantiëren. Het maakt daarbij niet uit of Mart van den Oever zich buiten het systeem om heeft ingeschreven. Het inschrijven buiten het systeem om kan niet worden aangemerkt als een publiekelijk distantiëren zoals dat in een dergelijke situatie is vereist. Zoals de Rechtbank Rotterdam reeds in haar uitspraak van 18 juli 2007, LJN: BB0440 heeft overwogen dient een onderneming daarvoor duidelijk en kordaat haar afkeuring te laten blijken. Het buiten het systeem om inschrijven kan niet worden gekwalificeerd als een dergelijke duidelijke en kordate afkeuring.<sup>26</sup>
65. De Raad stelt vervolgens vast dat Mart van den Oever noch in de sanctiefase noch in de bezwaarfase bewijs heeft ingediend op grond waarvan dit vermoeden kan worden weersproken.
66. Dat Mart van de Oever zich niet geeft gedistantieerd van het systeem van onderling contact opnemen en waar mogelijk afstemmen van de inschrijfprijzen, klemt des te meer, aangezien Mart van den Oever niet alleen op haar eigen manier heeft bijgedragen aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel.<sup>27</sup> Daar Mart van den Oever het systeem van onderling contact opnemen en afstemmen van de inschrijfprijzen kende en daaraan wisselend actief en passief deelnam, kon zij tevens redelijkerwijs voorzien dat de overige betrokken ondernemingen de verboden gedragingen los van Mart van den Oever zouden voortzetten, waarbij zij dit welbewust heeft aanvaard. Dit laatste herleidt de Raad uit de verklaring van de heer Boot waaruit blijkt dat de heer M. van den Oever in een gesprek met de heer Boot heeft aangegeven dat hij er zich van bewust was dat er sprake was van een overtreding. Tijdens dat gesprek, of daarna, heeft hij zich niet op duidelijke en kordate wijze van de inbreuk gedistantieerd of deze inbreuk bij de bevoegde autoriteiten aangegeven. Hiermee is voldaan aan de criteria die het Hof ten aanzien van

---

<sup>26</sup> En zoals onlangs is bevestigd in haar uitspraak van 14 april 2009, LJN: BI1202, AWB 07/4083.

<sup>27</sup> In deze zin is het faxbericht van 12 oktober 2001 van Darthuizer waarin Mart van den Oever wordt bedankt voor zijn medewerking, veelzeggend.



(passieve) deelname aan een inbreuk heeft gesteld in de zaak Anic.<sup>28</sup>

67. Het is hierbij niet van belang of Mart van den Oever op de hoogte was van alle aanbestedingen. Evenmin is van belang of Mart van den Oever op de hoogte was van (alle) sub-bestanddelen van de overtreding, zoals toerbeurten, wijk-/ productverdeling. Van belang is dat Mart van den Oever op de hoogte was van het systeem en daaraan op haar eigen wijze uitvoering heeft gegeven.
68. Het feit dat een onderneming niet aan alle bestanddelen van een kartel heeft deelgenomen of een zeer kleine rol heeft gespeeld bij de onderdelen waaraan zij wel heeft deelgenomen dient in aanmerking te worden genomen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en zo nodig bij de bepaling van de geldboete.<sup>29</sup>
69. De hoogte van de boete van Mart van den Oever is gebaseerd op de door Mart van den Oever behaalde omzetten bij aanbestedingen waarbij Mart van den Oever contact heeft opgenomen en/ of heeft afgestemd. De mate van betrokkenheid van Mart van den Oever bij de overtreding in verhouding tot de overige betrokken ondernemingen wordt duidelijk uitgedrukt in de hoogte van de aan Mart van den Oever opgelegde boete, zeker indien deze boete wordt afgezet tegen de hoogte van de boetes van de drie grootste deelnemende ondernemingen, die op overeenkomstige wijze zijn vastgesteld.
70. Nu de deelname van Mart van den Oever aan de overtreding eindigt op 25 februari 2004 is er, nu het primaire besluit is genomen binnen een termijn van vijf jaar na beëindiging van de overtreding, geen sprake van verval van sanctiebevoegdheid als bedoeld in artikel 64, eerste lid, Mw.
71. Nu het faxbericht van november 2002 niet als bewijs van feitelijke actieve deelname aan de overtreding kan dienen, dient bijgevolg de bijlage A horende bij het wijzigingsbesluit te worden aangepast voor zover deze betrekking heeft op de deelname van Mart van den Oever aan de aanbesteding in de gemeente Purmerend in het jaar 2002. De Raad stelt Bijlage A, voor zover die betrekking heeft Mart van den Oever, opnieuw vast en verwijst hiervoor naar Bijlage B bij dit besluit die hiervan onderdeel uitmaakt.

### Gelijkheidsbeginsel

72. In het primaire besluit is ten aanzien van Mart van Dijk geconcludeerd dat de deelname van deze onderneming niet doorloopt tot en met februari 2004, maar eindigt bij zijn

---

<sup>28</sup> HwJEG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA t. Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, ro 112-114.

<sup>29</sup> HwJEG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA t. Commissie, Jur. 1999, p. I-4125, ro 90.

deelname aan de aanbesteding in 2001 en dat er dientengevolge sprake is van verjaring.

73. Naar het oordeel van de Raad is er een duidelijk onderscheid tussen beide ondernemingen en is er geen sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. In aanvulling op hetgeen in het primaire besluit ten aanzien van de bestuurswisseling bij Mart van Dijk is overwogen, merkt de Raad het volgende op.
74. Ten aanzien van Mart van den Oever staat vast dat zij in ieder geval bij de in randnummer 63 genoemde aanbestedingen actief is gebleven en derhalve bij deze aanbestedingen bij de bepaling van haar gedrag wordt vermoed rekening te hebben gehouden met het systeem van contact opnemen en afstemmen van de inschrijfprijzen als gevolg waarvan zij, zij het op passieve wijze, heeft deelgenomen aan de verboden gedragingen. Hierin onderscheidt zich Mart van den Oever in voldoende mate van Mart van Dijk. Op grond van het bewijs blijkt dat Mart van Dijk in de jaren 2002-2004 niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingen bij gemeenten genoemd in randnummer 63. De Raad stelt vast dat in geval van Mart van Dijk niet wordt voldaan aan de criteria zoals omschreven in randnummer 61 en zoals deze in de randnummer 62 tot en met 67 zijn uitgewerkt.

### **Hoogte van de Boete**

75. De Raad dient vervolgens na aanleiding van het bovenstaande na te gaan of de opgelegde boete anders dient te worden vastgesteld. Bij het wijzigingsbesluit heeft de Raad voor het bepalen van de betrokken omzet van Mart van den Oever de gemeente Purmerend over het jaar 2002 hierbij buiten beschouwing gelaten, en is vervolgens uitgegaan van een betrokken omzet ten bedrage van EUR 84.720,-.<sup>30</sup> De Raad ziet in het onderhavige geval geen aanleiding de boetegrondslag op een andere wijze vast te stellen en handhaaft deze op 10% van de betrokken omzet. De boetegrondslag bedraagt derhalve EUR 8.472,-.
76. De Raad gaat bij het opnieuw vaststellen van de boete onverminderd uit van hetgeen ter zake van de ernst van de overtreding, de rekenfactor van 2, de boeteverhogende en -verlagende omstandigheden en gronden om de boete te matigen, is overwogen in het primaire besluit.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Zie randnummer 12 van het wijzigingsbesluit.

<sup>31</sup> De Raad verwijst hiervoor naar hetgeen hij hiertoe heeft overwogen in het besluit van 13 november 2007 randnummers 346 tm 355.

77. Gelet op het voorgaande wordt de boete berekend door de boetegrondslag met een factor 2 te vermenigvuldigen, hetgeen na afronding uitkomt op een boete van EUR 16.000,-.
78. Nu deze boete gelijk is aan de bij het wijzigingsbesluit opgelegde boete en er overigens geen andere redenen zijn, waaronder het vervallen van de overtreding van artikel 81 EG, de boete op een lager bedrag vast te stellen, handhaaft de Raad derhalve de boete van EUR 16.000,-.

#### **Verzoek vergoeding ex artikel 7:15 Awb**

79. *Mart van den Oever* verzoekt om vergoeding van de kosten in de voorprocedure. De *Adviescommissie* adviseert dit verzoek af te wijzen aangezien er geen sprake is van een aan de Raad te wijten onrechtmatigheid als gevolg waarvan het primaire besluit wordt herroepen.
80. Naar het oordeel van de *Raad* is het juist dat het primaire besluit niet is gewijzigd als gevolg van een aan de Raad te wijten onrechtmatigheid. De *Adviescommissie* gaat er vervolgens aan voorbij dat de door haar geadviseerde gegrondverklaring inzake het verval van de sanctiebevoegdheid wel zou leiden tot het herroepen van het primaire besluit, zoals dat is gewijzigd, als gevolg van een aan de Raad te wijten onrechtmatigheid. De *Adviescommissie* heeft dit aspect ten onrechte buiten beschouwing gelaten bij de beoordeling van het verzoek om vergoeding van de kosten in de voorprocedure. De *Adviescommissie* had de Raad dienen te adviseren het verzoek te honoreren.
81. Nu de Raad het advies inzake het verval van de sanctiebevoegdheid niet overneemt en er er overigens geen overige redenen zijn om het besluit te herroepen, wijst de Raad het verzoek van *Mart van den Oever* op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb af.

#### **IV Conclusie ten aanzien van de bezwaargronden**

82. De Raad wijkt - onder verwijzing naar de motivering in randnummers 55 tot en met 70 en 80 – af van het Advies voor zover dat betrekking heeft op het verval van de sanctiebevoegdheid en de vergoeding van de kosten voorprocedure en stelt zijn eigen beoordeling daarvoor in de plaats. Voor het overige neemt de Raad het Advies over zulks aangevuld met de opgenomen motivering in randnummers 10 tot en met 30, 46, 53, 54, en 76 tot en met 82. De Raad concludeert tot ongegrondverklaring van het bezwaar.

**V BESLUIT**

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. handhaaft zijn besluit van 13 november 2007 met kenmerk 5211/219, zoals deze is gewijzigd bij besluit van 4 april 2008 en de hiermee aan Boomkwekerijen M. van den Oever & Zonen B.V., gevestigd te Haaren, en Van den Oever Holding B.V., gevestigd te Haaren, opgelegde boete ten bedrage van EUR 16.000,-;  
De Raad stelt beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel;

en

- II. wijst het verzoek van Mart van den Oever om vergoeding van de door haar gemaakte kosten in de bezwaarfase op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb af.

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.*