

Advies in de zaak 5698, Openbaar Groen Maastricht – Van der Linden

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof. mr J.H. Jans (voorzitter), mr J.P. Fokker, mr M.J.S. Korteweg, prof. dr J.A.H. Maks en mr M. Sikkens. De subcommissie werd bijgestaan door dr I.E. Wendt (secretaris).

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 15 december 2005 in zaaknummer 4014 stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat BTL Uitvoering B.V. en B.T.L. Beheer B.V. (hierna: BTL), Dolmans Kultuurtechniek B.V. en Dolmans Landscaping Group B.V. (hierna: Dolmans), Henssen B.V. en P. Henssen Holding B.V. (hierna: Henssen), Hoveniers- en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V. (hierna: Hollanders), Krinkels B.V. en Krinkels Holding B.V. (hierna: Krinkels), Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V. (hierna: Oosterloo), Kultuurtechniek Rooden B.V. en Holding H.J. Rooden B.V. (hierna: Rooden) en Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V. (hierna: Vaessen) inbreuk hebben gemaakt op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw).¹ Voor het begaan van de overtreding heeft de Raad boetes opgelegd.
2. Bij besluit van 16 oktober 2007 in zaaknummer 5698 legde de Raad Van der Linden Groen B.V. (hierna: Van der Linden) geen boete op omdat naar het oordeel van de Raad niet genoegzaam kon worden vastgesteld dat ook Van der Linden artikel 6, eerste lid, Mw had overtreden.²
3. Tegen dit besluit tekenden Dolmans, Hogenboom Beplantingen B.V. (hierna: Hogenboom), Rooden en Vaessen (rechtstreeks) beroep aan bij de rechtbank Rotterdam. Deze oordeelde in haar uitspraak van 6 mei 2009 dat de beroepen gegrond waren en het besluit van 16 oktober 2007 vernietigd diende te worden.³
4. De rechtbank droeg aan de Raad op om opnieuw te beslissen omtrent de toepassing van artikel 56, eerste lid, aanhef en onder a, van de Mw ten aanzien van Van der Linden. Met name oordeelde de rechtbank dat Van der Linden, door het gedrag en de wetenschap van haar directeur (dhr. H.M.J.J. Van der Linden), deelnemer is geweest aan door artikel 6 Mw verboden onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
5. Bij besluit van 30 november 2009 in zaaknummer 5698 legde de Raad aan Van der Linden en Schinnen Groen Holding B.V. samen een boete op van € 138.000.⁴
6. Tegen dit besluit werd op 3 december 2009 door Van der Linden een bezwaarschrift ingediend.⁵ Dit is aangevuld op 9 februari 2010.⁶
7. Bij brief van 10 februari 2010 is aan de partij en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 8 april 2010 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).⁷ Op 8 april 2010 vond deze hoorzitting

¹ Prismanummer 4014_1/209.

² Prismanummer 5698/155.

³ Rechtbank Rotterdam, 6 mei 2009, AWB 08/903 t/m AWB 08/906 MEDED-T1, LJN: BK6976; prismanummer 5690/209.

⁴ Prismanummer 5698/235.

⁵ Prismanummer 5698/240.

⁶ Prismanummer 5698/248.

⁷ Prismanummers 5698/250.

plaats waarbij de partij en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie.

8. Het verslag van de hoorzitting werd op 10 juni 2010 aan partijen rondgestuurd.

2. Besluit

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

3. Bezwaar en beoordeling

Opleggen van een boete

10. Van der Linden maakt bezwaar tegen het opleggen van een boete. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen, die zich voor gezamenlijke bespreking lenen.
11. Van der Linden maakt primair bezwaar tegen de vaststelling door de rechtbank, die de Raad heeft overgenomen, dat zij artikel 6 Mw heeft overtreden. Van der Linden stelt dat haar directeur niet aanwezig was bij het door de Raad vastgestelde vooroverleg in Lanaken. Verder richt Van der Linden zich tegen het toelaten van het bezwaar bij de rechtbank Rotterdam.
12. Van der Linden stelt dat op basis van het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel geen boete opgelegd had mogen worden.
13. Subsidiair stelt Van der Linden dat een boeteverlagende omstandigheid aangenomen moet worden omdat de boete aan Van der Linden vier jaar later werd opgelegd dan aan de andere deelnemers van de overtreding van artikel 6 Mw.

Beoordeling

14. Allereerst stelt de Adviescommissie vast dat de genoemde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 6 mei 2009 kracht van gewijsde heeft gekregen en dat hierdoor in rechte vaststaat dat Van der Linden, door het gedrag en de wetenschap van haar directeur, deelnemer is geweest aan de overtreding van artikel 6 Mw. De stelling van Van der Linden in de onderhavige zaak dat niet doorslaggevend of op overtuigende wijze bewezen kan worden dat de directeur bij één van de (voor)overleggen in Lanaken in persoon aanwezig was, is in dit verband irrelevant.⁸ Om dit punt opnieuw te laten beoordelen had Van der Linden tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep moeten instellen. Het niet instellen van hoger beroep tegen de eerder genoemde uitspraak van de rechtbank heeft tot gevolg dat de Raad dient uit te gaan van de betrokkenheid van Van der Linden bij de overtreding van artikel 6 Mw.⁹
15. De Adviescommissie verwerpt daarmee de opvatting van Van der Linden dat zij slechts als 'deskundige', c.q. 'getuige' en niet als belanghebbende partij in de eerder genoemde procedure voor de rechtbank Rotterdam is betrokken. Uit de stukken blijkt dat de rechtbank Van der Linden in de gelegenheid stelde om als partij als bedoeld in artikel 8:26 van de Algemene wet bestuursrecht deel te nemen aan het geding tussen Dolmans, Hogenboom, Rooden, Vaessen en de Raad. Van der Linden heeft van

⁸ Rechtsoverweging 2.4. van de uitspraak.

⁹ Zie ook Raad van State, 6 augustus 2003, *College van burgemeester en wethouders van Brummen*, LJN: AI0801, rechtsoverweging 2.3.

deze gelegenheid gebruik gemaakt en kan zich daarom niet erop beroepen dat haar directeur louter als 'deskundige', c.q. 'getuige' aan de procedure heeft deelgenomen. Voorts is er in de uitspraak van de rechtbank uitdrukkelijk op gewezen dat Van der Linden tegen die uitspraak hoger beroep kon instellen. De Raad heeft derhalve terecht vastgesteld dat Van der Linden deelnemer is geweest aan de overtreding van artikel 6 Mw.

16. Ten aanzien van de vraag of Van der Linden voor deze overtreding een boete kan worden opgelegd is de Adviescommissie van mening dat de Raad hierbij een discretionaire bevoegdheid toekomt. De Adviescommissie heeft noch in het primaire besluit noch in het betoog van Van der Linden gronden gevonden waaruit blijkt dat de Raad zijn discretionaire bevoegdheid ter zake heeft overschreden.
17. Met betrekking tot de hoogte van de boete overweegt de Adviescommissie als volgt. Voor de motivering daarvan heeft de Raad in het hier bestreden besluit verwezen naar het primaire besluit van 15 december 2005 en het besluit op bezwaar van 16 oktober 2007 in zaak 4014 waarin een boete aan de overige deelnemers aan de overtreding van artikel 6 Mw werd opgelegd.¹⁰ Met name heeft de Raad de in zaak 4014 in aanmerking genomen boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden overgenomen.¹¹ Enerzijds was er in die zaak sprake van een boeteverhoging met 30% en anderzijds van een verlaging met 30%.
18. Mede gelet op de uitspraak die de rechtbank Rotterdam eveneens op 6 mei 2009 deed in de door BTL, Henssen, Vaessen, Hogenboom, Rooden en Dolmans ingestelde beroep tegen het besluit op bezwaar van 16 oktober 2007¹², is de Adviescommissie van oordeel dat de hoogte van de aan Van der Linden opgelegde boete niet op toereikende wijze is gemotiveerd.¹³ Hierbij sluit de Adviescommissie zich met name aan bij de overwegingen van de rechtbank dat de verhoging van de boete onvoldoende onderbouwd is. De Adviescommissie adviseert de Raad de in die uitspraak gehanteerde redenering van de Rechtbank als leidraad te nemen voor de bepaling van de hoogte van de aan Van der Linden op te leggen boete.¹⁴ Dit acht de Adviescommissie nodig om een gelijke boetetoemeting te waarborgen voor de deelnemers aan dezelfde overtreding van artikel 6 Mw, nu deze overtreding, ook blijkens de opvatting van de Raad tijdens de hoorzitting, hetzelfde negatieve economische effect sorteert.
19. Verder is de Adviescommissie van mening dat het enkele feit dat de Raad bij besluit van 16 oktober 2007 aan Van der Linden geen boete had opgelegd, niet reeds op die grond, c.q. op grond van het rechtszekerheids- en/of vertrouwensbeginsel, tot boeteverlaging zou moeten leiden. Wel acht de Adviescommissie het aangewezen dat de Raad bij de beslissing op bezwaar rekening houdt met de 'redelijke termijn-jurisprudentie' betreffende art. 6 EVRM, waarbij zij als begindatum 12 december 2006 (datum vaststelling onderzoeksrapport) hanteert.
20. Samenvattend adviseert de Adviescommissie de Raad om in het besluit op bezwaar de hoogte van de boete te motiveren overeenkomstig de zienswijze van de

¹⁰ Randnummer 18 van het hier bestreden besluit van 30 november 2009. Het besluit van 16 oktober 2007 is gecorrigeerd bij besluit van 14 november 2007.

¹¹ Randnummer 22 van het hier bestreden besluit.

¹² Rechtbank Rotterdam, 6 mei 2009, AWB 07/4212, AWB 07/4213, AWB 07/4215, AWB 07/4289, AWB 07/4208 en AWB 07/4309 MEDED-T1, LJN: BK6975.

¹³ Zie ook het eerder advies van de Adviescommissie in zaak 4014, *Openbaar Groen*, randnr. 51-52, 80-82.

¹⁴ Rechtbank Rotterdam, 6 mei 2009, AWB 07/4212, AWB 07/4213, AWB 07/4215, AWB 07/4289, AWB 07/4208 en AWB 07/4309 MEDED-T1, rechtsoverweging 2.5.6.

Rechtbank in haar uitspraak van 6 mei 2009 en te bezien in hoeverre de 'redelijke termijn-jurisprudentie' aanleiding geeft tot bijstelling van de hoogte van de boete.

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

4. Slotsom en Advies

22. De Adviescommissie adviseert de Raad om in het besluit op bezwaar te motiveren op grond van welke overwegingen de Raad in de onderhavige zaak een boeteverhoging aangewezen acht, in voege als voormeld.

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

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 5698

prof. mr J.H. Jans
Voorzitter

dr I.E. Wendt
Secretaris

-/-