

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 5698/277

Betreft zaak: Van der Linden

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van de bezwaren gericht tegen het besluit van 30 november 2009, kenmerk 5698/235.

I. Het ontstaan en het verloop van de procedure

Zaak 4014 / Openbaar Groen Maastricht

1. Op 7 april 2004 heeft de gemeente Maastricht zich tot de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") gericht in verband met een vermoeden dat voorafgaande aan vijf openbare aanbestedingen op 19 februari 2004 voor het onderhoud van groenvoorzieningen in de gemeente Maastricht met besteknummers W&G-01-2004, W&G-02-2004, W&G-03-2004, W&G-04-2004 en W&G-05-2004 ("de Aanbestedingen") sprake is geweest van (verboden) vooroverleg door de hoveniersbedrijven die op de Aanbestedingen hebben ingeschreven.
2. Op 16 april 2004 is de NMa een onderzoek gestart naar een mogelijke overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet ("Mw") en artikel 81 van het EG-Verdrag ("EG"; nu: artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, "VwEU") door ondernemingen die actief zijn op het gebied van onderhoud van openbaar groen.
3. Na afloop van het onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81 EG waren overtreden en dat daarvoor een boete diende te worden opgelegd. De directeur van de Directie Concurrentietoezicht van de NMa ("de directeur CT") heeft op 17 mei 2005 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw opgesteld. Het rapport richtte zich niet mede tegen Van der Linden Groen B.V. ("Van der Linden").
4. In zijn besluit van 15 december 2005 stelde de Raad van Bestuur van de NMa ("de Raad") de volgende feiten vast. BTL Uitvoering B.V. ("BTL"), Dolmans Cultuurtechniek B.V., P. Henssen Hoveniersbedrijf B.V.,¹ Hoveniers- en Bloemisterijbedrijf Hollanders

¹ Sinds 11 april 2005 door statutaire naamswijziging Henssen B.V.

B.V., Krinkels B.V., Hoveniersbedrijf Oosterloo B.V., Kulturtechnik Rooden B.V. en Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V. hebben in de periode voorafgaand aan de Aanbestedingen met elkaar overlegd over de Aanbestedingen. In dit vooroverleg spraken zij af wie van hen deze werken al dan niet zouden mogen uitvoeren. De betrokken ondernemingen waren voldoende op de hoogte van elkaars prijsniveau om te zorgen voor zodanige inschrijfcijfers dat de Aanbestedingen ook volgens afspraak zouden verlopen. De genoemde ondernemingen schreven zich ook daadwerkelijk in. De gemeente Maastricht heeft daarna schriftelijke overeenkomsten gesloten met de partijen die volgens afspraak in het vooroverleg de opdracht zouden verwerven.

5. De Raad heeft in het genoemde besluit de feitelijke gedragingen van de betrokken ondernemingen gekwalificeerd als overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en de overtreding toegerekend aan de in het vorige randnummer genoemde rechtspersonen en voorts aan B.T.L. Beheer B.V., Dolmans Landscaping Group B.V., P. Henssen Holding B.V., Krinkels Holding B.V. en Holding H.J. Rooden B.V. Voor het begaan van de overtreding heeft de Raad boetes opgelegd.
6. Met uitzondering van Hoveniers- en Bloemisterijbedrijf Hollanders B.V., tekenden bovenvermelde ondernemingen tegen het besluit van 15 december 2005 bezwaar aan. Het besluit op bezwaar werd genomen op 16 oktober 2007 en gecorrigeerd bij besluit van 14 november 2007. Zes van de acht beboete ondernemingen tekenden hiertegen beroep aan. De rechtbank Rotterdam (“de rechtbank”) handhaafde voor het grootste deel de opgelegde boetes. Op één onderdeel onderschreef de rechtbank het oordeel van de Raad niet. Dit betreft de waardering van de boeteverhogende omstandigheden (die ook in de onderhavige procedure aan de orde zijn).² Op dit punt heeft de Raad hoger beroep aangetekend.

Zaak 5698 / Openbaar Groen Maastricht (Aanvulling)

7. Gedurende de sanctie- en bezwaarfase van zaak 4014 legden de betrokken ondernemingen (aanvullende) verklaringen af die duiden op de eventuele deelname van Van der Linden aan de geconstateerde overtreding. Op 10 mei 2006 heeft de voorzitter van de Raad de directeur CT verzocht om de informatie omtrent de mogelijke betrokkenheid van Van der Linden te onderzoeken.
8. De NMa deed aanvullend onderzoek naar de mogelijke betrokkenheid van, onder andere, Van der Linden bij de bij besluit van 15 december 2005 vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw.

² Zie de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 6 mei 2009, AWB 07/4212, AWB 07/4213, AWB 07/4215, AWB 07/4289, AWB 07/4308 en AWB 07/4309, LJN BK6975.

9. Na afloop van het aanvullend onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat Van der Linden had deelgenomen aan het genoemde vooroverleg omtrent de Aanbestedingen en dat Van der Linden hiermee artikel 6, eerste lid, Mw had overtreden. De directeur CT heeft op 12 december 2006 tegen Van der Linden een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw opgemaakt.
10. Bij besluit van 16 oktober 2007 heeft de Raad geoordeeld dat niet genoegzaam kan worden vastgesteld dat Van der Linden betrokken is geweest bij vooroverleg omtrent de Aanbestedingen. Derhalve kon de Raad niet vaststellen dat Van der Linden artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden.
11. Dolmans Cultuurtechniek B.V. en Dolmans Landscaping Group B.V., Hogenboom Bepantingen B.V.,³ Kultuurtechniek Rooden B.V. en Holding H.J. Rooden B.V. en Vaessen Maastricht Grondverzet en Groentechniek B.V. hebben tegen het besluit van 16 oktober 2007 (rechtstreeks) beroep aangetekend bij de rechtbank.
12. De rechtbank heeft op 6 mei 2009 ook in deze zaak uitspraak gedaan.⁴ De rechtbank leidt uit de gedingstukken en de door Van der Linden op 1 september 2006 afgelegde verklaring af dat Van der Linden reeds jarenlang op de hoogte was van onderlinge afspraken van ondernemingen binnen zijn eigen sector bij al dan niet onderhandse aanbestedingen.
13. Uit de verklaring van Van der Linden leidt de rechtbank af dat Van der Linden kort voor het moment van inschrijving op de openbare aanbesteding niet alleen vermoedde, maar ook wist dat de betrokken ondernemingen, waaronder zijn compagnon BTL, conform de bestaande praktijk (voor)overleg hadden gehad en dat de markt van tevoren was verdeeld en daarmee de mededinging was en zou worden verhinderd, beperkt of vervalst.
14. Omdat Van der Linden niet heeft afgezien van inschrijving (in combinatie met BTL) en zich niet uitdrukkelijk heeft gedistantieerd van de gedragingen van de andere betrokken ondernemingen (voorafgaande aan de inschrijving, ten tijde van de inschrijving en daarna), heeft Van der Linden volgens de rechtbank artikel 6 Mw overtreden. Door zijn wetenschap en zijn gedrag is Van der Linden deelnemer geweest aan door artikel 6 Mw verboden onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Voor de vaststelling van een overtreding van het verbod van artikel 6 Mw acht de rechtbank, anders dan de NMa, niet doorslaggevend of op overtuigende wijze kan worden bewezen dat Van der Linden bij één van de (voor)overleggen in Lanaken in persoon aanwezig is geweest.

³ Vóór statutaire naamswijziging Krinkels B.V.

⁴ Rechtbank Rotterdam 6 mei 2009, AWB 07/4212, AWB 07/4213, AWB 07/4215, AWB 07/4289, AWB 07/4308 en AWB 07/4309, MEDED-T1, LJN BK6975.

15. De rechtbank verklaarde de beroepen gegrond, vernietigde het bestreden besluit en bepaalde dat de Raad, met inachtneming van de uitspraak, ten aanzien van Van der Linden opnieuw diende te beslissen omtrent de toepassing van artikel 56, eerste lid, aanhef en onder a, Mw.
16. Van der Linden heeft afgezien van het instellen van hoger beroep. Ook de Raad heeft hiervan afgezien, omdat hij zich, mede gelet op hetgeen Van der Linden tijdens de zitting bij de rechtbank heeft verklaard,⁵ kan vinden in de conclusie van de rechtbank.
17. De NMa heeft Van der Linden en Schinnen Groen Holding B.V., de enige aandeelhouder van Van der Linden, aan wie de vermoede overtreding in het rapport mede werd toegerekend, uitgenodigd een zienswijze te geven. Namens bovenvermelde rechtspersonen heeft de heer Van der Linden tijdens de hoorzitting van 15 september 2009 mondeling een zienswijze gegeven. Van het horen is een verslag opgemaakt, dat op 16 oktober 2009 aan Van der Linden en Schinnen Groen Holding B.V. is toegezonden.
18. Bij besluit van 30 november 2009 ("het bestreden besluit") heeft de Raad voor de door de rechtbank vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw aan bovengenoemde rechtspersonen een boete van EUR 138.000 opgelegd.
19. Tegen het bestreden besluit is op 3 december 2009 door Van der Linden en Schinnen Groen Holding B.V. een bezwaarschrift ingediend.
20. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, Mw heeft de Raad dit bezwaar tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet ("de Adviescommissie").
21. Op 8 april 2010 zijn de bezwaarmakers alsook de Raad naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 10 juni 2010 aan de bezwaarmakers en de Raad is toegestuurd.

II. Advies van de Adviescommissie

22. Op 15 juni 2010 stelde de Adviescommissie haar advies ("het Advies") vast en bracht dit uit aan de Raad. Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
23. De Adviescommissie geeft de Raad in overweging de hoogte van de boete te motiveren overeenkomstig het oordeel van de rechtbank in haar uitspraak van 6 mei 2009 in

⁵ Zoals beknopt vastgelegd in het proces-verbaal van de zitting.

zaak 4014 / Openbaar Groen Maastricht. Tevens adviseert de Adviescommissie de Raad te bezien in hoeverre de “redelijke termijn-jurisprudentie” aanleiding geeft tot bijstelling van de hoogte van de boete. Voor het overige adviseert de Adviescommissie het bezwaar te verwerpen.

24. De Raad heeft zich ervan vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen.
25. De Raad beslist conform het Advies. Ter motivering van dit besluit verwijst de Raad, artikel 3:49 van de Algemene wet bestuursrecht in aanmerking nemende, naar (de beoordeling in) het Advies, zulks met een nadere motivering zoals opgenomen in de hiernavolgende paragraaf.

III. Nadere motivering door de Raad

Boeteverhoging van 30%

26. Zoals aangegeven in randnummer 6 van dit besluit, handhaaft de rechtbank in haar uitspraak van 6 mei 2009 in zaak 4014 / Openbaar Groen Maastricht voor het grootste deel de door de Raad opgelegde boetes. Op één onderdeel onderschreef de rechtbank het oordeel van de Raad niet. Dit betreft de waardering van de boeteverhogende omstandigheden.
27. De rechtbank ziet in een geval waarin de maatschappelijke onrust en/of verontwaardiging is toegenomen door het voortduren en/of herhalen van overtredingen van de Mededingingswet, voldoende grondslag aanwezig voor een verzwaring van de boete. Zij achtte echter de verhoging met 30% onvoldoende gemotiveerd. Daar de Raad hiertegen in hoger beroep is gegaan, heeft de uitspraak van de rechtbank geen kracht van gewijsde gekregen en houdt de Raad ook ten aanzien van Van der Linden vast aan de boeteverzwaring van 30%. De Raad verduidelijkt de motivering van deze boeteverhoging, die is opgebouwd uit drie stappen van 10%, als volgt.
28. Als eerste boeteverhogende omstandigheid heeft de Raad aangemerkt het feit dat Van der Linden op de hoogte kon zijn van het verboden karakter van de onderlinge afstemming. Niet alleen is de gehanteerde vorm van concurrentiebeperving opgenomen in de lijst van voorbeelden van artikel 101 VwEU (voorheen artikel 81 EG), bovendien is dit reeds jaren in Europese jurisprudentie en de beschikkingenpraktijk van de Commissie vastgelegd. De voorbeelden van artikel 101 VwEU en de Europese jurisprudentie en beschikkingenpraktijk zijn, zoals bekend, richtinggevend voor de toepassing van artikel 6 Mw. De Raad wijst in het bijzonder op de SPO-beschikking, waarbij de Commissie aan 27 bouwverenigingen en een stichting boetes heeft opgelegd vanwege hun mededingingsbepervende praktijken

inzake aanbesteding in Nederland. Beroep⁶ en hoger beroep⁷ tegen deze beschikking zijn door het Gerecht respectievelijk het Hof verworpen.

29. De Nederlandse wetgever heeft reeds vóór de inwerkingtreding van de Mededingingswet, om met de intensivering van het mededingingsbeleid zo snel mogelijk resultaten te bereiken, op basis van artikel 10 van de Wet economische mededinging, drie generieke onverbindendverklaringen tot stand gebracht van de categorie “zware mededingingsregelingen”, waaronder het Besluit marktverdelingsregelingen en het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen. Deze besluiten traden reeds 1 juni 1994 in werking. Afstemming zoals in onderhavige zaak was op grond van deze Besluiten vóór de inwerkingtreding van de Mededingingswet verboden. Daarnaast heeft de NMa vanaf het begin van haar bestaan regelmatig bekend gemaakt dat afspraken tussen ondernemingen met betrekking tot aanbestedingen in strijd zijn met het kartelverbod.
30. In eerdere zaken, waaronder zaak 2873 / Noord-Holland Acht, heeft de Raad om dezelfde redenen een boeteverhoging van 10% toegepast. In haar uitspraak van 4 juni 2009 achtte de rechtbank Rotterdam deze boeteverhogende omstandigheid in de zaak Noord-Holland Acht naar behoren gemotiveerd.⁸
31. De omstandigheden die de Raad aanleiding geven voor een tweede 10% verhoging betreffen de periode november 2001 (de Zembla-uitzending betreffende de “bouwfraude”) tot en met de parlementaire enquête die hierop volgde. In het TV-programma Zembla werden onthullingen gedaan over prijsafspraken in de bouw, gebaseerd op de zogenoemde Bos-boekhouding. In december 2001 werd eerst een tijdelijke parlementaire commissie onderzoek bouwfraude ingesteld en vervolgens de parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid (“PEC”). De openbare verhoren door deze commissie vonden plaats in augustus en september 2002. De PEC bracht op 12 december 2002 haar eindrapport uit. De Tweede Kamer behandelde dit in 2003. De ontwikkelingen sinds “Zembla” zijn uitgebreid in de media aan de orde gekomen. Zo werden de openbare verhoren van de PEC rechtstreeks op TV uitgezonden.
32. De omstandigheden die de Raad aanleiding geven voor een derde en laatste 10% verhoging vonden plaats begin 2004: de grote politieke verontrusting die ontstond, nadat bekend was geworden dat nog steeds verboden aanbestedingsafspraken voorkwamen.

⁶ GvEA 21 februari 1995, zaak T-29/29, *Jur.* 1995, p. II-289 (*SPO / Commissie*).

⁷ HvJ EG 25 maart 1996, zaak C-137/95 P, *Jur.* 1996, p. I-1611 (*SPO / Commissie*).

⁸ AWB 08/349 MEDED-T1 en AWB 08/400 MEDED-T1, LJN BI8190. Andere zaken waarin de NMa om dezelfde redenen als in onderhavige zaak een boeteverhoging heeft toegepast zijn zaak 3055 / Scheemda, zaak 3064 / Asfaltzware wegenprojecten Noord-Nederland), zaak 3054 / Atletiekbanen en vier Dakdekkerszaken (NMa-nummers 3689-3692). In haar uitspraak van 24 juli 2007 in deze Dakdekkerszaken (MEDED 06/411-412 WILD en MEDED 06/414-415 STRN, LJN BB0750) heeft de rechtbank Rotterdam zich niet uitgelaten over de boeteverhoging.

Hierover stelde de Tweede Kamer vragen aan de verantwoordelijke ministers. De Tweede Kamer behandelde de antwoorden op die vragen in een spoeddebat op 17 februari 2004, rond dezelfde dag als waarop de in de zaak 4014 / Openbaar Groen Maastricht en de onderhavige zaak betrokken ondernemingen hun verboden vooroverleg hadden. Zowel het kabinet als de Tweede Kamer wilden afrekenen met de in het verleden begane overtredingen, om de ondernemingen de gelegenheid te geven vervolgens met een schone lei verder te kunnen. Tijdens en na het spoeddebat riep het kabinet ondernemingen op om gedrag in strijd met het mededingingsrecht vanaf 1 januari 1998 tot 1 januari 2003 te melden bij de NMa, teneinde “schoon schip te maken”. Vrijwillige aanmelding zou betekenen dat de betrokken ondernemingen niet door de (rijks)overheid zouden worden uitgesloten van nieuwe opdrachten en zou leiden tot boeteclementie. Tegen overtredingen die nog waren begaan ná 1 januari 2003 zou de NMa daarentegen hard moeten optreden.

33. In zaak 2873 / Noord-Holland Acht hadden zich ten tijde van de overtreding de twee omstandigheden die de Raad aanleiding gaven voor de tweede en de derde 10% verhoging nog niet voorgedaan. In zaak 3272 Aambeeldstraat en Mokerstraat⁹ vond de aanbesteding plaats op de dag dat de PEC haar eindrapport presenteerde (12 december 2002). In zaak 3687 / Aanbesteding Complex 1731¹⁰ maakten partijen drie maanden hierna hun verboden afspraken. In deze beide zaken hadden zich de omstandigheden van begin 2004 nog niet voorgedaan, zodat de Raad hier uitkwam op een boeteverhoging van 20%.
34. Gelet op bovenstaande alom, en zeker in de kring van opdrachtnemers, bekende omstandigheden had Van der Linden kunnen en moeten begrijpen dat zijn gedragingen rond de Aanbestedingen zonder meer verboden waren en dat bij ontdekking streng tegen hem zou worden opgetreden.

Redelijke termijn

35. Conform het Advies van de Adviescommissie, heeft de Raad ambtshalve gezien in hoeverre de “redelijke termijn-jurisprudentie” aanleiding geeft tot bijstelling van de hoogte van de boete.
36. Het College van beroep voor het Bedrijfsleven (“CBb”) heeft zich inmiddels meermaals uitgesproken over de redelijke termijn in procedure waarin de NMa sanctiebesluiten heeft genomen.¹¹ De Raad constateert dat in het onderhavige geval elke fase is doorlopen

⁹ Besluit van 18 december 2003, zaak 3272/ Aambeeldstraat en Mokerstraat.

¹⁰ Besluit van 14 juni 2004, zaak 3687, Aanbesteding Complex 1731. Besluit op bezwaar van 15 december 2005, zaak 3687, Aanbesteding Complex 1731.

¹¹ CBb 3 juli 2008, AWB 06/526 en AWB 06/532, LJN BD6629, CBb 3 juli 2008, AWB 06/531 en AWB 06/535, LJN BD6635 en CBb 8 april 2010, AWB 07/669, LJN BM1588.

binnen de norm die het CBb hiervoor hanteert. De Raad ziet daarom geen aanleiding de hoogte van de boete bij te stellen.

IV. Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

I. laat het besluit van 30 november 2009 in stand.

Datum: 22 december 2010

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

Wg.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtsreeks bij dit besluit 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.