

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot afwijzing van een aanvraag tot het nemen van een besluit op grond van artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet.

Zaaknummer: 1010/BNA vs. architectenkeuze gemeente Den Haag

I INLEIDING

1. Bij brief van 31 juli 1998 heeft de Koninklijke Maatschappij tot Bevordering der Bouwkunst, Bond van Nederlandse Architecten (hierna: BNA) een klacht ingediend bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: NMa). Naar aanleiding van deze klacht is onderzocht of er mogelijk sprake is van overtreding van de Mededingingswet (hierna: Mw).

2. De klacht heeft betrekking op het handelen van de gemeente Den Haag. De BNA stelt dat de gemeente dwang uitoefent op de architectenkeuze van particuliere opdrachtgevers aangaande bouwprojecten op de Schenkstrook te Den Haag en is van mening dat de gemeente Den Haag derhalve de Mededingingswet overtreedt.

II BETROKKEN PARTIJEN

Klager

3. De BNA is een algemene beroepsvereniging van architecten en stelt zich ten doel het stimuleren van de ontwikkeling van de bouwkunst en het bevorderen van de beroepsbeoefening van haar leden. De BNA heeft naar aanleiding van een brief van een van diens leden een klacht ingediend bij de NMa.

Beklaagde(n)

4. Beklaagde in deze zaak is de gemeente Den Haag (hierna ook: de gemeente).

III VERLOOP VAN PROCEDURE

5. Bij brief van 31 juli 1998 is er door de BNA een klacht ingediend, betrekking hebbend op het handelen van de gemeente aangaande de architectenkeuze in het kader van de ontwikkeling van de Schenkstrook te Den Haag.

6. Bij brief van 11 november 1998 heeft de NMa de BNA verzocht om additionele gegevens te verstrekken. Deze zijn bij brief van 27 november 1998 door de BNA verstrekt.

7. Bij brief van 8 januari 1999 zijn door de NMa aan de gemeente Den Haag vragen gesteld. Deze vragen zijn bij brief van 10 maart 1999 beantwoord.

8. Op 20 april 1999 heeft overleg plaats gevonden tussen vertegenwoordigers van de BNA en vertegenwoordigers van de NMa.

IV FEITELIJKE SITUATIE

9. De gemeente Den Haag is eigenaar van de grond in het gebied gelegen tussen het volkstuintencomplex Loolaan, de spoorbaan Den Haag – Leiden, de Laan van Nieuw Oost-Indi en de waterloop “Schenk”. Dit gebied wordt ook wel aangeduid als “De Groene Schenk”.

10. De gemeente wenste de planologische bestemming van het onderhavige gebied zodanig te wijzigen dat ontwikkeling van kantoorbebouwing mogelijk zou worden (bestemming ‘kantoordeeleinden’). Op 21 april 1993 is het bestemmingsplan “Schenk” door de gemeenteraad vastgesteld. Bij besluit van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland van 9 maart 1994 is het betreffende bestemmingsplan goedgekeurd.

11. In 1995 heeft de gemeente een aantal projectontwikkelaars uitgenodigd. Deze projectontwikkelaars konden aan de gemeente hun interesse laten blijken om op deze locatie kantoren te bouwen. Uiteindelijk zijn twee projectontwikkelaars geselecteerd, te weten Mabon B.V. (hierna: Mabon) (thans: HBG Vastgoed) en Blauwhoed Vastgoed B.V. (hierna: Blauwhoed).

12. De gemeente, Mabon en Blauwhoed^[1] (hierna: de partijen), zijn overeengekomen om gezamenlijk een kantorenpark op de locatie “De Groene Schenk” te realiseren. Daartoe zijn zij op 24 maart 1997 een samenwerkingsovereenkomst (hierna: de overeenkomst) aangegaan. In de overeenkomst is uitgewerkt hoe de drie partijen de ontwikkeling van de kantorenlocatie zullen realiseren en tot welke inspanningen de respectievelijke partijen verplicht zijn.

13. De gemeente stelt de grond ter beschikking. De grond waarop de kantoren zullen worden gebouwd, zal door de gemeente in erfpacht worden uitgegeven. Verder zal de gemeente zich inspannen tot het inzetten en voortzetten van de benodigde planologische en publiekrechtelijke procedures, waaronder verlening van bouwvergunningen.

14. Mabon en Blauwhoed zullen, ieder voor eigen rekening en eigen risico, elk een aantal kantoorgebouwen realiseren. Deze kantoorgebouwen zullen vervolgens door hen worden verhuurd of verkocht. In totaal betreft het 7 te bouwen kantoorgebouwen.

15. In de overeenkomst is voorts geregeld op welke wijze de drie partijen gezamenlijk architecten selecteren die in aanmerking zouden kunnen komen voor het ontwerpen van de te bouwen kantoren.

16. Op basis van de in het voorgaande randnummer bedoelde regeling hebben Mabon en Blauwhoed suggesties gedaan voor architecten die in aanmerking

zouden kunnen komen voor het ontwerpen van de te bouwen kantoren. Als eigenaar van de grond en mede betrokkene bij de ontwikkeling en realisatie van de kantorenlocatie heeft de gemeente (via de stadstedenbouwer) eveneens aanbevelingen gedaan met betrekking tot de architectenkeuze. Op basis van deze suggesties is, door een door de partijen gezamenlijk aangewezen supervisor, een lijst opgesteld met namen van 10 15 architecten die in aanmerking zouden kunnen komen voor het ontwerpen van de te bouwen kantoren. Mabon en Blauwhoed kunnen voor de realisatie van de kantoren uit deze lijst van architecten een keuze maken. Voorts hebben Mabon en Blauwhoed het recht om een van deze lijst afwijkende keuze te maken, onder het voorbehoud van overeenstemming met de hiervoor bedoelde supervisor (art. 5 van de overeenkomst).

17. De overeenkomst zal gelden tot het moment waarop het laatste kantoorgebouw wordt opgeleverd. Na de bebouwing zal de gemeente de kantoor kavels in eeuwigdurende erfpacht uitgeven aan Mabon resp. Blauwhoed of aan een door hen te noemen derde. De exploitatie van de kantoorgebouwen (verkoop of verhuur) geschiedt door Mabon resp. Blauwhoed. De gemeente is hier niet bij betrokken.

V BEOORDELING

(a) Artikel 6

18. Artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) luidt: 'Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.'

19. Voor de toepasselijkheid van artikel 6 Mw zal er bezien moeten worden of er sprake is van een overeenkomst tussen ondernemingen. Daarnaast zal aangetoond moeten worden dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

– Overeenkomst

20. De overeenkomst gesloten tussen de gemeente, Mabon en Blauwhoed, is een juridisch bindende overeenkomst en is derhalve een overeenkomst in de zin van artikel 6 Mw.

– Onderneming

21. Het begrip onderneming omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of de wijze waarop zij wordt gefinancierd.[2] Artikel 6 Mw is ook van toepassing op gedragingen van een overheidslichaam wanneer is vastgesteld dat het een economische activiteit uitoefent van industriële of commerciële aard, bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op de markt. Overheidslichamen, zoals gemeenten, zijn ondernemingen in de zin van artikel 6 Mw indien zij economische activiteiten ontplooiën.[3]

22. Er moet worden beoordeeld of, in casu, de gemeente een economische activiteit uitoefent van industriële of commerciële aard en derhalve heeft gehandeld als onderneming in de zin van artikel 6 Mw.

23. In het onderhavige geval is de gemeente Den Haag eigenaar van de grond in het gebied aangeduid als "de Groene Schenk". Op grond van de hiervoor genoemde overeenkomst met Mabon en Blauwhoed heeft de gemeente zich verplicht gedeelten van die grond in erfpacht uit te geven aan Mabon resp. Blauwhoed. Aldus wordt de grond door de gemeente commercieel uitgebaat. De gemeente handelt derhalve als onderneming in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.[4]

– Mededingingsbeperking

24. De gemeente heeft, gebruik makend van haar positie als eigenaar van de grond, het recht bedongen om haar voorkeur uit te spreken voor een aantal architecten die voor het ontwerpen van de door Mabon respectievelijk Blauwhoed te bouwen kantoren in aanmerking zouden kunnen komen. Mabon en Blauwhoed hebben door deze in de overeenkomst opgenomen selectiewijze zichzelf in een zekere mate beperkt in hun keuze uit de in aanmerking komende architecten. Deze selectiewijze is echter in beginsel niets anders dan de uitoefening door de grondeigenaar en de bouwers van het hen toekomende recht de architect(en) te selecteren. De selectiewijze, neergelegd in de overeenkomst tussen de gemeente, Mabon en Blauwhoed, strekt er dan ook niet toe de mededinging op de markt voor architectendiensten en/of bouwkundige tekendiensten met betrekking tot utiliteitsbouw te belemmeren, beperken of vervalsen.

25. Nu de onderhavige overeenkomst er niet toe strekt de mededinging te beperken, zal bezien moeten worden welke mededingingsbeperkende effecten er van de overeenkomst uitgaan. Betreffende de mededingingsbeperkende effecten van de overeenkomst kan het volgende worden opgemerkt.

26. Binnen de bouwnijverheid kunnen mogelijk de sectoren woningbouw, utiliteitsbouw en onderhoud/renovatie als verschillende productmarkten worden aangemerkt.[5] Niet is uitgesloten dat in vergelijkbare zin aangaande architectendiensten en/of bouwkundige tekendiensten een dergelijk onderscheid gemaakt kan worden.

27. Architectendiensten en/of bouwkundige tekendiensten aangaande utiliteitsbouw, in casu het ontwerpen van kantoorgebouwen, is een activiteit die naar zijn aard niet plaatsgebonden is. In de praktijk komt het voor dat buitenlandse architecten ingeschakeld worden voor in Nederland te bouwen gebouwen. Vanwege het toepassen van nationale bouwregels (bouwvoorschriften, bestemmingsplannen, ed.) wordt in de praktijk het merendeel van de gebouwen echter ontworpen door in Nederland gevestigde architecten. Gelet op het voorgaande is aannemelijk dat de markt voor architectendiensten en/of bouwkundige tekendiensten met betrekking tot utiliteitsbouw ten minste nationaal van omvang is.

28. De overeenkomst tussen de betrokken partijen heeft betrekking op 7 te bouwen kantoren. Het ontwerpen van 7 (kantoor)gebouwen, vormt slechts een marginaal gedeelte van de totale markt voor architectendiensten en/of bouwkundige tekendiensten met betrekking tot utiliteitsbouw. Er kan derhalve geenszins sprake zijn van een merkbare beïnvloeding van de mededinging op de onderhavige markt.

– Conclusie artikel 6 Mw.

29. Uit hetgeen verwoord onder randnummer 27 volgt dat eventuele mededingingsbeperkingen en ook de merkbaarheid daarvan, dienen te worden beoordeeld tegen ten minste een nationale markt voor architectendiensten en/of bouwkundige tekendiensten aangaande utiliteitsbouw. De overeenkomst tussen de gemeente, Mabon en Blauwhoed, en de tussen hen overeengekomen selectiewijze, kan derhalve op generlei wijze een merkbare belemmering, beperking of vervalsing van de mededinging op de markt voor architectendiensten en/of bouwkundige tekendiensten met betrekking tot utiliteitsbouw, als bedoeld in de zin van art. 6, eerste lid, Mw, opleveren.

(b) Artikel 24

30. Artikel 24 Mw, eerste lid bepaalt: “Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.” Van een overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw is sprake indien de betreffende onderneming een economische machtspositie bezit op de relevante markt n de gedraging(en) van de onderneming aan te merken is (zijn) als misbruik.

31. De gemeente Den Haag is, in het economisch verkeer, onder meer actief als aanbieder van bouwgronden. Mabon en Blauwhoed zijn onder andere actief als bouwers van utiliteitsbouw en zijn voorts actief in daarop volgende exploitatie. Aangaande de aanwezigheid van eventuele economische machtsposities op de betrokken markten kan opgemerkt worden dat niet is gesteld en ook niet aannemelijk is dat de betrokken partijen op de betreffende markten beschikken over een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw.

32. Nu er geen sprake is van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw, kan er geen sprake zijn van een overtreding van artikel 24 Mw.

33. Ten overvloede wordt, aangaande het vermeende misbruik, het volgende opgemerkt. Het door de BNA gestelde is onvoldoende om tot de conclusie te komen dat er sprake is van misbruik van een eventuele machtspositie. Daarenboven valt ook niet in te zien hoe de onderhavige gedraging, waarbij partijen in beginsel niets anders doen dan de uitoefening van het hen toekomende recht de architect(en) te selecteren, is te kwalificeren als misbruik in de zin van art. 24 Mw.

– Conclusie artikel 24 Mw

34. Uit het bovenstaande volgt dat er geen sprake is van een overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet.

VI BESLUIT

35. Gelet op het bovenstaande is de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot de conclusie gekomen dat er geen aanwijzingen zijn dat er sprake is van overtreding van de Mededingingswet. De aanvraag om toepassing van de Mededingingswet wordt derhalve afgewezen.

Datum: 4 mei 2000

w.g. A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, Sectie Beschikkingen, Bezwaar en Beroep, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

[1] Blauwhoed richtte voor de ontwikkeling en realisatie van het onderhavige project "Commanditaire Vennootschap Groene Schenk C.V." op, waarvan Blauwhoed de commanditair vennoot is. Deze CV is derhalve feitelijk de contractpartij in de overeenkomst. In dit besluit wordt hier echter gemakshalve Blauwhoed aangegeven.

[2] Zie onder meer de arresten van 23 april 1991, zaak C-41/90, Hfner, Jurispr. 1991, blz. I-1979, rechtsoverweging 21; 17 februari 1993, gevoegde zaken C-1569/91 en C-160/91, Poucet en Pistre, Jurispr. 1993, blz. I-rechtsoverweging 17; 16 november 1995, zaak C-244/ 94, Fdration franaise des socits d'assurances, Jurispr. 1995, blz. I- 4013, rechtsoverweging 14; 19 januari 1994, Eurocontrol, zaak C-364/92, Jurispr., 1994, I-43, rechtsoverweging 28.

[3] Zie ook besluit van de d-g NMa, d.d. 9 juni 1999, in zaak 60, BNA vs. gemeente Oud-Beijerland (architectenkeuze).

[4] Zie ook besluit op bezwaar van de d-g NMa, d.d. 23 juli 1999, in zaak 101, Bloemenmarkt Amsterdam.

[5] Zie ook besluit van de d-g NMa, d.d. 4 april 2000, in zaak 1814, IBC – Pytter Pilger, punt 9.

Aan de inhoud van deze pagina's kunt u geen rechten ontlelen.

