

Nederlandse Mededingingsautoriteit**BESLUIT**

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

Nummer 3054/283

Betreft zaak: 3054/ atletiekbanen

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet

INHOUDSOPGAVE

| | |
|---|----|
| 1. Verloop van de procedure | 3 |
| 2. Betrokken ondernemingen | 3 |
| 3. Het rapport | 4 |
| 4. Zienswijzen | 5 |
| 4.1 <i>Verbod van vooringenomenheid</i> | 6 |
| 4.2 <i>Proceduureel</i> | 6 |
| 4.3 <i>Bewijsstukken</i> | 7 |
| 4.4 <i>Onvolledig onderzoek</i> | 8 |
| 4.5 <i>Materieel</i> | 8 |
| 4.6 <i>Boete</i> | 8 |
| 5. Beoordeling formele bezwaren | 9 |
| 5.1 <i>Verbod van vooringenomenheid</i> | 9 |
| 5.2 <i>Verkort rapport</i> | 9 |
| 5.3 <i>Gelijklopende rapporten</i> | 10 |
| 5.4 <i>Dossievorming in het algemeen</i> | 11 |
| 5.4.1 <i>Materiaal afkomstig van bedrijfsbezoeken</i> | 11 |
| 5.4.2 <i>Inzage in de op de zaak betrekking hebbende stukken</i> | 11 |
| 5.4.3 <i>Gebruik KLPD-stukken</i> | 12 |
| 5.4.4 <i>Verklaringen [XXX] (oud-directeur van Groenewoud)</i> | 14 |
| 6. Feitelijke beoordeling | 14 |
| 6.1 <i>De verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud)'</i> | 15 |
| 6.2 <i>Informatie met betrekking tot bijeenkomsten van de betrokken ondernemingen</i> | 16 |
| 6.3 <i>Het onderwerp van de bijeenkomsten</i> | 20 |
| 6.4 <i>De groep 5-overzichten</i> | 22 |
| 6.5 <i>De groep 4-overzichten</i> | 30 |

| | |
|--|----|
| 6.6 <i>Beoordeling ten aanzien van de feiten</i> | 31 |
| 7. Juridische kwalificatie van de bewezen feiten | 34 |
| 7.1 <i>Onderneming</i> | 35 |
| 7.2 <i>Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen</i> | 35 |
| 7.3 <i>Mededingingsbeperking</i> | 37 |
| 7.4 <i>Duur van de inbreuk</i> | 39 |
| 7.5 <i>Conclusie ten aanzien van de juridische kwalificatie</i> | 40 |
| 7.6 <i>Toerekening</i> | 40 |
| 8. Te nemen maatregelen | 40 |
| 8.1 <i>Beoordelingskader</i> | 41 |
| 8.2 <i>Boetegrondslag</i> | 43 |
| 8.3 <i>Ernst van de overtreding</i> | 44 |
| 8.4 <i>Boeteverhogende omstandigheden</i> | 45 |
| 8.5 <i>Boeteverlagende omstandigheden</i> | 47 |
| 8.6 <i>Wettelijk maximum</i> | 47 |
| 8.7 <i>Matiging boete</i> | 48 |
| 9. Besluit | 49 |

1. Verloop van de procedure

1. Op 19 december 2002 is op grond van artikel 59, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) een rapport als bedoeld in artikel 56, eerste lid, Mw opgemaakt van een vermeende overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw door Groenewoud Sport & Recreatie B.V. (hierna: Groenewoud), ARCADIS PlanRealisatie B.V. (hierna: Arcadis), Van Gelder Cultuurtechniek B.V. (hierna: Van Gelder), Aannemingsbedrijf Van Lee B.V. (hierna: Van Lee) en Ingenieursbureau "Oranjewoud" B.V. (hierna: Oranjewoud) met betrekking tot de aanleg, het onderhoud en de renovatie van atletiekbanen in Nederland. In het rapport is vermeld dat de overtreding aan de genoemde ondernemingen kan worden toegerekend, alsmede aan Heijmans Sport en Groen B.V.
2. Bij brieven van 5 september 2003 hebben Arcadis en Van Gelder schriftelijk hun zienswijze omtrent het rapport naar voren gebracht. Bij brieven van 8 september 2003 hebben Heijmans, Van Lee en Oranjewoud schriftelijk hun zienswijzen naar voren gebracht. Op 18 september 2003 is een hoorzitting gehouden, waar Groenewoud mondeling haar zienswijze naar voren heeft gebracht en de andere ondernemingen in de gelegenheid zijn gesteld hun schriftelijke zienswijzen toe te lichten.

2. Betrokken ondernemingen

3. Groenewoud is een besloten vennootschap naar Nederlands recht die statutair is gevestigd in Utrecht. De onderneming zelf is gevestigd in Linschoten en heeft ten doel het ontwikkelen, realiseren en beheren van sport- en recreatieprojecten. Groenewoud is een 100%-dochteronderneming van Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V., die onderdeel uitmaakt van de Volker Wessels Stevin-groep.
4. Arcadis is een besloten vennootschap naar Nederlands recht die statutair is gevestigd in Arnhem. De onderneming stelt zich onder meer ten doel, al dan niet in samenwerking met anderen, het voorbereiden en uitvoeren alsmede het geven van adviezen en het begeleiden van het uitvoeren van werken, onder meer op het gebied van grond-, weg-, en waterbouw, bouwkundige en utilitaire voorzieningen, milieu, openluchtrecreatie, groenvoorzieningen en bosbouw. Arcadis is een 100%-dochteronderneming van Arcadis Nederland B.V., die een 100%-dochteronderneming is van Arcadis N.V, voorheen genaamd Heidemij N.V.
5. Van Gelder is een besloten vennootschap naar Nederlands recht die statutair is gevestigd in Elburg. De onderneming stelt zich ten doel het aanleggen en onderhouden van groenvoorzieningen, plantsoenen en tuinen, alsmede van werken in de bosbouw. Van Gelder maakt deel uit van een concern. De rechtspersoon die uiteindelijk de zeggenschap heeft over

dit concern is Jemaco B.V.

6. Van Lee is een besloten vennootschap naar Nederlands recht die statutair is gevestigd te Veghel. Van Lee maakt deel uit van de Heijmans-groep. Tot 1 november 2001 maakten de bedrijfsactiviteiten op het gebied van de aanleg, de renovatie en het onderhoud van atletiekbanen onderdeel uit van Van Lee (ook wel handelend onder de naam 'Van Lee Sport'). Vanaf 1 november 2001 zijn deze activiteiten overgegaan naar Holding De Enk B.V. Op 20 maart 2002 is de naam van Holding De Enk B.V. gewijzigd in Heijmans Sport en Groen B.V. (hierna: Heijmans).
7. Oranjewoud is een besloten vennootschap naar Nederlands recht die statutair is gevestigd in Heerenveen. De onderneming stelt zich onder meer ten doel het ontwerpen en realiseren van bouwplannen, waaronder sportaccomodaties. Oranjewoud is een 100%-dochteronderneming van Oranjewoud Beheer B.V.
8. Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee (thans Heijmans) en Oranjewoud zijn gespecialiseerd in het uitvoeren van projecten tot de aanleg, de renovatie en het onderhoud van kunststof atletiekbanen. In Nederland worden de meeste atletiekbanen beheerd door gemeenten. Gemeenten zijn daarmee de belangrijkste afnemers van bovengenoemde ondernemingen wat betreft de aanleg, de renovatie en het onderhoud van kunststof atletiekbanen.

3. Het rapport

9. Het rapport betreft de mededinging ten aanzien van de aanleg, de renovatie en het onderhoud van kunststof atletiekbanen in Nederland. De opbouw van een kunststof atletiekbaan bestaat uit een fundering met daar overheen een asfaltlaag en vervolgens een toplaag van kunststof.
10. Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee en Oranjewoud hebben volgens het rapport marktverdelingsafspraken gemaakt ten aanzien van projecten voor de aanleg, de renovatie en het onderhoud van atletiekbanen in Nederland. Daarbij zijn de ondernemingen in twee groepen te werk gegaan, door hen aangeduid als "groep 4" en "groep 5", die gedurende korte tijd tegelijk hebben bestaan. Groep 4 betrof Groenewoud, Arcadis, Van Lee en Oranjewoud; groep 5 betrof diezelfde ondernemingen plus Van Gelder.
11. In beide groepen werden, zo meldt het rapport, omzet en/of werken verdeeld aan de hand van door de betrokken ondernemingen opgebouwde "rechten". Afgesproken was dat elk van de deelnemende ondernemingen een recht had op omzet en/of werken

conform tussen hen vastgestelde marktaandeelpercentages. Op overzichten van groep 4 en groep 5 werd, zo stelt het rapport, bijgehouden wat ieders omzet was en welk percentage dit van de totale omzet was. Op die overzichten werden ook projecten geadministreerd die na onderhandeling tussen opdrachtgever en één enkele onderneming zijn gegund; die projecten telden vervolgens mee voor de verdeling van de markt. De overzichten werden volgens het rapport tot en met ten minste 8 december 2000 bijgehouden.

12. Het rapport vermeldt dat Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee en Oranjewoud in de periode van 30 juni 1997 tot en met 3 april 2000 geregeld zijn bijeengekomen. Tijdens die bijeenkomsten bepaalden zij op voorhand, dat wil zeggen voorafgaande aan de inschrijving voor de werken, aan de hand van de vastgestelde marktaandeelpercentages wie van hen welk werk voor welke prijs zou mogen maken.
13. In het rapport wordt geconcludeerd dat de gedragingen van Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee en Oranjewoud kunnen worden gekwalificeerd als een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, die tot doel had de mededinging te beperken. Die praktijk dateert volgens het rapport van vóór 1 januari 1998 tot en met ten minste 8 december 2000 en heeft betrekking gehad op ten minste 41 werken. Met de overzichten van groep 4 en groep 5 hadden de ondernemingen een verslag- en controlesysteem om de toewijzing van individuele projecten te volgen en de toegewezen marktaandeelpercentages te controleren. Volgens het rapport heeft de inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw tot gevolg gehad dat de concurrentie tussen de betrokken ondernemingen is beperkt. Ook hebben de afnemers en eigenaren van atletiekbanen, voornamelijk gemeenten, niet kunnen profiteren van op basis van concurrentie tot stand gekomen prijzen.
14. Volgens het rapport kan de overtreding worden toegerekend aan Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee en Oranjewoud. De overtreding door Van Lee kan volgens het rapport tevens worden toegerekend aan Heijmans.

4. Zienswijzen

15. Hieronder worden de zienswijzen omtrent het rapport die Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee, Heijmans en Oranjewoud naar voren hebben gebracht in essentie weergegeven. Daarna worden de formele bezwaren besproken (hierna onder V). De materiële bezwaren komen aan de orde bij de inhoudelijke beoordeling van de zaak (hierna onder VI).

4.1 *Verbod van vooringenomenheid*

16. Groenewoud is van mening dat de d-g NMa het verbod van vooringenomenheid heeft geschonden doordat de d-g NMa ten aanzien van de bouwondernemingen in de media diverse beschuldigingen zou hebben geuit en in feite daarmee reeds een veroordeling heeft uitgesproken. Volgens Groenewoud blijkt dit ook uit het verzoek door de NMa aan partijen om omzetgegevens te verstrekken, nog voordat het rapport was uitgebracht.

4.2 *Procedureel*

17. Arcadis, Van Gelder, Van Lee en Heijmans voeren aan dat de NMa bij de opstelling en verzending van het rapport heeft gehandeld in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM). In dat verband betogen Arcadis en Van Gelder dat niet had mogen worden volstaan met aanvankelijke verzending van een deel van het rapport. Van Lee en Heijmans voeren ook aan dat ten onrechte identieke rapporten zijn verzonden naar de verschillende ondernemingen die bij de overtreding zijn betrokken. Daardoor zouden de ondernemingen volgens hen niet in bijzonderheden op de hoogte zijn gebracht van de verdenking tegen hen.
18. Groenewoud, Arcadis en Van Gelder hebben aangevoerd dat zij onvoldoende de gelegenheid hebben gehad om de op de zaak betrekking hebbende stukken in te zien, omdat door de NMa een aantal stukken als (gedeeltelijk) vertrouwelijk is aangemerkt. De wijze waarop de NMa inzage heeft verleend in de stukken schaadt volgens partijen de rechten van de verdediging en zou in strijd zijn met artikel 6 EVRM. Als (gedeeltelijk) vertrouwelijk aangemerkte stukken kunnen in de opvatting van partijen niet als bewijs worden gebruikt. In dit kader wordt gewezen op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake *SEP v. Norsk Hydro Energy*.¹ Volgens partijen had de NMa, onder verwijzing naar de uitspraak, terinzagelegging moeten opschorten tot het moment dat alle onderzoeken in de bouwsector waren afgerond. Verder wijzen partijen op het arrest inzake *Edwards vs. United Kingdom* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM),² waaruit blijkt dat zowel materiaal voor als tegen de beschuldigde inzichtelijk moet worden gemaakt.
19. Groenewoud, Arcadis en Van Gelder hebben voorts aangevoerd dat ingevolge artikel 60 Mw alle op de zaak betrekking hebbende stukken volledig ter inzage dienen te worden gelegd. Dit geldt volgens partijen in het bijzonder voor de in de zaak gebruikte

¹ Rechtbank Rotterdam 26 november 2002, MEDED 00/ 1002-SIMO.

² EHRM 16 december 1992, Series A, volume 247-B.

verklaringen van de heer [XXX], oud-directeur van Groenewoud.

20. Tevens hebben Groenewoud, Arcadis en Van Gelder inzage verzocht in de stukken van andere bij de NMa nog aanhangige zaken in de bouwsector. Tussen de onderhavige zaak en de andere nog bij de NMa aanhangige zaken in de bouwsector bestaat volgens partijen een zodanige samenhang dat deze niet los van elkaar te zien zijn. Derhalve is volgens partijen een adequate verdediging niet mogelijk zonder gelijktijdige en volledige inzage in deze andere zaken. De zaken zouden gezamenlijk behandeld moeten worden. Door dit verzoek om inzage niet te honoreren schendt naar het oordeel van partijen de NMa de rechten van de verdediging en handelt zij in strijd met artikel 6 EVRM.

4.3 Bewijsstukken

21. Groenewoud, Arcadis en Van Gelder voeren aan dat verschillende stukken afkomstig zijn van het Korps Landelijke Politiediensten (hierna: KLPD). Die stukken zijn door het KLPD ten onrechte aan de NMa overhandigd. Om die reden kan de NMa volgens partijen daarvan geen gebruik maken. De overhandiging van bovenstaande stukken zou in strijd zijn met de Wet Politierregisters (hierna: Wpr) en de Wet Bescherming Persoonsgegevens (hierna: Wbp). De overhandiging zou tevens in strijd zijn met de geheimhoudingsplicht van ambtenaren, neergelegd in de Ambtenarenwet en de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Voorts wordt de rechtmatigheid betwist van het Convenant tussen het College van procureurs-generaal en de d-g NMa³ (hierna: het Convenant).
22. Groenewoud, Arcadis en Van Gelder stellen zich op het standpunt dat de bedrijfsbezoeken ten aanzien van de onderhavige zaak die door toezichthoudende ambtenaren van de NMa aan Groenewoud en Arcadis zijn afgelegd, onrechtmatig waren en dat mitsdien het bij die bezoeken vergaarde bewijsmateriaal als onrechtmatig verkregen terzijde dient te worden gelegd.
23. Ten aanzien van de verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) wordt er door Groenewoud op gewezen dat hij in onmin leeft met zijn voormalige werkgever, KWS B.V. Dit zou volgens Groenewoud reden moeten zijn om de verklaringen van de heer [XXX] in twijfel te trekken en om de bewijsvoering buiten beschouwing te laten.

³ Convenant van 21 maart 2001, Stcrt. 11 april 2002, nr. 70, p.12.

4.4 Onvolledig onderzoek

24. Groenewoud, Van Gelder en Oranjewoud menen dat pas een boete zou kunnen worden opgelegd nadat de NMa een nader rapport heeft uitgebracht dat wel volledig is. Zij voeren daartoe aan dat in het rapport een duidelijke omschrijving van de relevante markt ontbreekt, een duidelijke omschrijving van de inbreuk, en de hoogte van de op te leggen boete.

4.5 Materieel

25. Groenewoud, Arcadis en Van Gelder betogen dat er geen bewijs is dat zij, samen met Van Lee en Oranjewoud, ten aanzien van de verschillende aanbestedingen hun inschrijfgedrag hebben afgestemd. Oranjewoud geeft aan niet te willen weerspreken dat zich een inbreuk op de mededingingsregels heeft voorgedaan, maar meent dat alleen een verdeling is gemaakt op basis van hoeveelheden kunststof.
26. Groenewoud, Arcadis, Van Gelder en Oranjewoud stellen dat de vermeende mededingingsbeperkende afspraken buiten de reikwijdte van artikel 6, eerste lid, Mw vallen omdat de mededinging door deze afspraken niet merkbaar wordt beperkt. De verschillende aanbesteders hebben van de afspraak, voorzover deze al zou bestaan, geen nadeel ondervonden.
27. Van Gelder voert aan dat de NMa ten onrechte geen onderzoek heeft verricht naar de andere ondernemingen die niet tot groep 4 en groep 5 behoorden, maar die ook in de overzichten worden genoemd.
28. Van Gelder wijst er ook op dat haar positie anders is dan die van de overige ondernemingen tot wie het rapport is gericht, aangezien zij voor maar weinig aanbestedingen heeft ingeschreven en zij volgens het rapport geen deel uitmaakte van groep 5.

4.6 Boete

29. De Boeterichtsnoeren van de NMa kunnen volgens Groenewoud in de onderhavige zaak niet gebruikt worden voor het bepalen van de boete daar deze eerst na de overtreding en na aanvang van het onderzoek tot stand zijn gekomen.
30. Verder betogen Groenewoud, Arcadis, Van Gelder en Oranjewoud dat de inbreuk niet ernstig was. Daarnaast voeren Arcadis en Van Gelder aan dat hun respectievelijke rol binnen het Toplaagoverleg onbetekenend is geweest en dat er omstandigheden zijn die

nopen tot boeteverlaging.

5. Beoordeling formele bezwaren

31. Hieronder worden de formele bezwaren weerlegd, inclusief de bezwaren omtrent het gebruik van stukken die in het dossier zijn opgenomen.

5.1 Verbod van vooringenomenheid

32. Naar aanleiding van de stelling van Groenewoud dat de NMa door de publiciteit die aan het onderzoek in de bouwsector is gegeven de presumptie van onschuld en het verbod van vooringenomenheid heeft geschonden, merkt de d-g NMa het volgende op.

33. Hetgeen door de NMa in deze zaak naar buiten is gebracht betreft niet meer dan waartoe het onderzoek en het naar aanleiding daarvan opgestelde rapport een basis bieden. Nadat het rapport aan de betrokken ondernemingen is toegezonden, nemen de werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60, 61 en 62 Mw een aanvang. De ambtenaren die bij deze werkzaamheden zijn betrokken, zijn niet betrokken geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Hiermee is een extra waarborg tegen vooringenomenheid gegeven. Het feit dat via de media communicatie plaatsvindt over de bevindingen van de NMa naar aanleiding van het rapport, doet daaraan niet af. In aanvulling hierop geldt dat de NMa in haar communicatie met de pers steeds aangeeft in welk stadium van het proces een zaak zich bevindt. Met betrekking tot rapporten wordt vermeld dat het gaat om een vermoeden van een overtreding, dat partijen nog gehoord worden en dat de NMa nog geen definitief oordeel heeft gegeven over de inbreuk en de eventueel op te leggen boete.

5.2 Verkort rapport

34. Wat betreft de stelling dat de NMa ten onrechte en in strijd met artikel 6 EVRM aanvankelijk heeft volstaan met de verzending van een deel van het rapport, overweegt de d-g NMa het volgende.
35. Om partijen in de gelegenheid te stellen kennis te nemen van de inhoud en strekking van het rapport, heeft de NMa naar alle geadresseerden een zogenoemd kop-staart rapport gestuurd. Daaruit konden partijen afleiden conform artikel 59, tweede lid, Mw om welke feiten en omstandigheden het ging, het overtreden wettelijk voorschrift, welke ondernemingen de overtreding hebben begaan en aan welke ondernemingen de

overtreding wordt toegerekend.

36. Niet valt in te zien hoe partijen, zoals door hen wordt gesteld, door de wijze waarop het rapport is toegezonden en het op het rapport betrekking hebbende persbericht openbaar is gemaakt, zijn geschaad in hun recht om te worden gehoord. Het gedeelte van het rapport dat op 19 december 2002 is toegezonden, geeft aan dat de d-g NMa vermoedt dat door partijen een in het rapport met name genoemde overtreding van de Mededingingswet is gepleegd. Voorts is in de begeleidende brief aangekondigd dat partijen in de gelegenheid zullen worden gesteld het dossier in te zien en hun zienswijze daarop te geven (hetgeen vervolgens ook is geschied). Dat op 19 december 2002 niet het volledige rapport is toegezonden, is te wijten aan door partijen zelf gedane claims van vertrouwelijkheid van bepaalde informatie. Deze claims dienden door de NMa te worden beoordeeld alvorens kon worden overgegaan tot verzending van de overige delen van het rapport waarin de desbetreffende informatie was opgenomen.

5.3 *Gelijklopende rapporten*

37. Wat betreft de stelling van Van Lee en Heijmans dat naar deze twee ondernemingen geen identieke rapporten mochten worden gestuurd, waartoe wordt verwezen naar de arresten van 2 oktober 2003 van het Europees Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) inzake *Siderúrgica Aristrain Madrid*⁴ en *Arbed*⁵, overweegt de d-g NMa dat de onderhavige zaak niet kan worden vergeleken met de situaties die in deze arresten aan de orde waren. Anders dan in het arrest *Siderúrgica Aristrain Madrid* is Heijmans niet bij het opleggen van handhavingsmaatregelen betrokken vanwege de concernverhoudingen tussen Van Lee en Heijmans, maar omdat zij de (economische) opvolger is van Van Lee. Verder moet worden opgemerkt dat, anders dan in het arrest *Arbed*, al vóórdat een besluit tot oplegging van een boete is genomen - te weten in de rapportfase - aan Heijmans duidelijk is gemaakt dat Heijmans het risico liep dat haar een boete zou worden opgelegd. De overweging uit het arrest *Arbed*, waarnaar Heijmans en Van Lee verwijzen (te weten: "Tot het einde van de administratieve procedure bleef er [...] twijfel bestaan - die slechts door een nieuwe, regelmatig aan rekwirante gerichte mededeling van punten van bezwaar had kunnen worden weggenomen - over de vraag aan welke rechtspersoon de geldboeten zouden worden opgelegd.") staat in het arrest niet op zichzelf, maar is - wat daar verder ook van zij - door het Hof van Justitie beoordeeld in het licht van de omstandigheid dat een boete werd opgelegd aan een onderneming aan wie niet eerst formeel punten van bezwaar waren meegedeeld of zelfs maar de intentie was kenbaar gemaakt om haar aansprakelijk te stellen voor de door een andere onderneming gepleegde inbreuken. Daarvan is in dit geval geen

⁴ HvJ, 2 oktober 2003, *Siderúrgica Aristrain Madrid/Commissie*, C-196/99 P, Jur. 2003.

⁵ HvJ, 2 oktober 2003, *Arbed/Commissie*, C-176/99P., Jur. 2003.

sprake.

5.4 Dossiervorming in het algemeen

38. Wanneer door de d-g NMa een onderzoek in een concrete zaak wordt gestart, wordt een afzonderlijk dossier met een (nieuw) intern archiefnummer gevormd. Overigens wil het feit dat een document een nummer heeft, niet zeggen dat dat nummer een zaak in de hier bedoelde zin representeert. Ieder gearchiveerd stuk heeft binnen de NMa een nummer (het zo genoemde Prisma-nummer) en de nummering is primair een administratieve aangelegenheid, geen beleidskeuze.
39. Aanwijzingen maken als regel geen deel uit van het dossier. Wel wordt een aanwijzing die tevens relevant is voor het bewijs, bijvoorbeeld een verklaring van een informant, steeds als bewijsmiddel in het dossier opgenomen.

5.4.1 Materiaal afkomstig van bedrijfsbezoeken

40. Wat betreft het standpunt van Groenewoud, Arcadis en Van Gelder dat de bedrijfsbezoeken die aan Groenewoud en Arcadis zijn afgelegd onrechtmatig waren, merkt de d-g NMa op dat het materiaal dat tijdens de bedrijfsbezoeken is aangetroffen in de onderhavige zaak niet als bewijs is gebruikt. In dit onderdeel van de zienswijzen kan dan ook geen reden worden gevonden om bepaalde stukken niet als bewijs te gebruiken.

5.4.2 Inzage in de op de zaak betrekking hebbende stukken

41. De d-g NMa volgt Groenewoud, Arcadis en Van Gelder niet in hun klacht dat zij in hun verdediging zijn geschaad doordat, naar door hen wordt gesteld, niet alle op de zaak betrekking hebbende stukken (geheel) ter inzage zouden zijn gelegd.
42. Blijkens de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij artikel 60 Mw dienen alle voor de zaak relevante stukken ter inzage te worden gelegd.⁶ In het geval waarin een bestuurlijke boete aan de orde is dient inzage te worden verleend in de gegevens en bescheiden waarop de conclusie dat sprake is van een inbreuk op de Mededingingswet en waarop de opgelegde sanctie is of zal worden gebaseerd. Indien daartoe aanleiding bestaat, kunnen bepaalde stukken geheel of gedeeltelijk als vertrouwelijk worden aangemerkt.
43. In de onderhavige zaak zijn alle stukken waarop de conclusie in het rapport dat sprake is van een redelijk vermoeden van een overtreding van de Mededingingswet, ter inzage gelegd. Dat

⁶ Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, Tweede Kamer 24 707, nr. 3, p. 91.

die stukken niet geheel ter inzage zijn gelegd, doet daaraan niet af. Artikel 60 Mw dwingt niet tot het integraal ter inzage leggen van de op de zaak betrekking hebbende stukken. De d-g NMa kan, zo volgt immers uit artikel 60 Mw, in verband met artikel 3:11, tweede lid, Awb en het daarin van overeenkomstige toepassing verklaarde artikel 10 Wob, voor bepaalde stukken of gedeelten van stukken het vertrouwelijk karakter laten prevaleren.⁷ Deze als vertrouwelijk aangemerkte gedeelten kunnen in dat geval ten aanzien van de partijen die de inhoud van deze informatie niet kennen, niet dienen om de conclusie dat sprake is van een inbreuk op de Mededingingswet en de sanctie op te baseren. Van voor die partijen wel inzichtelijke informatie kan ten aanzien van die partijen wel gebruik gemaakt worden. Deze wijze van toepassen van artikel 60 Mw, die in deze zaak ook is gevolgd, is niet in strijd met artikel 6 EVRM. Voor aanhouding van verdere behandeling van deze zaak, waartoe volgens Arcadis de uitspraak *Van Mechelen e.a./Nederland*⁸ zou nopen, is dan ook geen reden.

44. Door partijen is een beroep gedaan op de arresten van het EHRM inzake *Edwards vs United Kingdom*⁹ en *Flow and Davis vs United Kingdom*¹⁰. Het beroep op deze arresten treft geen doel. Partijen hebben inzage gehad in alle op de zaak betrekking hebbende stukken op basis waarvan de d-g NMa komt tot een oordeel omtrent de feiten en omstandigheden als vermeld in het rapport. Voorts hebben partijen de gelegenheid gehad om (ontlastende) stukken aan het dossier toe te voegen. Dergelijke stukken maken vervolgens evenzeer deel van het dossier op basis waarvan de d-g NMa tot zijn oordeel komt.
45. Voor wat betreft de stelling van Groenewoud, Arcadis en Van Gelder dat een adequate verdediging niet mogelijk is zonder inzage in de andere bij de NMa nog aanhangige zaken in de bouwsector, merkt de d-g NMa op dat de stukken die relevant zijn voor de onderhavige zaak, aan het dossier zijn toegevoegd. Andere documenten zijn voor de onderhavige zaak niet relevant en maken om die reden geen deel uit van het dossier. Omdat de betrokken ondernemingen daarbij dus geen belang hebben, verleent de d-g NMa geen inzage in die documenten.

5.4.3 Gebruik KLPD-stukken

46. Wat betreft de door Groenewoud, Arcadis en Van Gelder aangevoerde onrechtmatige verkrijging door de NMa van documenten van het KLPD, stelt de d-g NMa vast dat vier

⁷ Uit de uitspraak inzake *Samenwerkende Elektriciteitsproducenten vs. Norsk Hydro Energy*, Rechtbank Rotterdam 26 november 2002, MEDED 00/1002-SIMO, rov. 2.3.2 volgt dit met zoveel woorden.

⁸ EHRM 23 april 1997, Reports 1997-II, Hudoc Reference: REF00000617.

⁹ EHRM 16 december 1992, Series A, volume 247-B, Hudoc Reference: REF00000360.

¹⁰ EHRM 16 februari 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-II, Hudoc Reference: REF00001380.

stukken die betrekking hebben op de onderhavige zaak afkomstig zijn van het Landelijk Parket. Het betreft notulen van een stafvergadering van Van Gelder op 14 februari 2000 en een overzicht van groep 5 opgesteld door de heer [XXX] van 1 april 2000, die beide door de KLPD bij Van Gelder zijn aangetroffen. Verder betreft het twee faxen van 4 februari 1999 en 10 februari 1999 van de heren [XXX] en [XXX] op briefpapier van Van Lee, aangetroffen door het KLPD bij Van Lee.

47. De d-g NMa volgt partijen niet in hun stelling dat de overhandiging van de vier stukken in strijd zou zijn met de Wpr. De Wpr kan niet materieel van toepassing zijn op de vier van het Landelijk Parket verkregen stukken, aangezien het geen verzameling van persoonsgegevens betreft die langs geautomatiseerde weg of systematisch is aangelegd. Bovendien zijn de vier stukken niet door de politie zelf aangelegd ten dienste van de uitvoering van de politietaak.¹¹
48. Ten aanzien van de stelling dat de Wbp zou zijn geschonden, merkt de d-g NMa op dat de Wbp niet van toepassing is op het gebruik van gegevens in een NMa-procedure en derhalve ook niet op het gebruik van de van het Landelijk Parket verkregen documenten. De Mededingingswet biedt, in combinatie met de Algemene wet bestuursrecht en de Ambtenarenwet, uitputtende waarborgen voor het gebruik van gevoelige gegevens, waaronder mogelijk persoonsgegevens. De Mededingingswet in combinatie met de Algemene wet bestuursrecht en de Ambtenarenwet¹² geeft uitvoering aan het bepaalde in artikel 8, sub c respectievelijk sub e, Wbp en dient dan ook gekwalificeerd te worden als een *lex specialis* van de Wbp, die prevaleert boven de Wbp.¹³ Toepasselijkheid van de Wbp is – los van het voorgaande – bovendien ook al uitgesloten onder andere omdat de vier van het Landelijk Parket verkregen stukken geen feitelijke gegevens over natuurlijke personen, maar gegevens over ondernemingen bevat, welke in de regel niet onder de werkingssfeer van de Wbp vallen.¹⁴
49. De d-g NMa volgt partijen ook niet in hun stelling dat de door de KLPD verstrekte stukken, die overeenkomstig het Convenant van het Landelijk Parket zijn verkregen, in deze procedure niet als bewijs gebruikt mogen worden. Op 21 maart 2002 heeft de NMa en het College van procureurs-generaal een Convenant gesloten inzake onderzoeken bouw. De gemaakt afspraken hebben betrekking op (resultaten van) opsporings- en onderzoekshandelingen die onder meer verband houden met onderzoeken naar aanleiding van de schaduwadministratie van het bedrijf Koop Tjuchem, die de heer Bos

¹¹ Zie ook artikel 1, eerste lid, onder c, Wet Politierregisters.

¹² Zie ook artikel 1, eerste lid, onder c, Wet Politierregisters.

¹³ Zie ook par. 5 van de MvT op de Wbp, Tweede Kamer 1997-1998, 25892, nr. 3.

¹⁴ *Ibid*, p. 45-50.

op 13 november 2001 aan de Minister van Justitie en de NMa heeft overgedragen. Hierdoor wordt een belangrijke bijdrage geleverd aan de doelmatigheid en doeltreffendheid van deze onderzoeken. Het Convenant, en in het bijzonder artikel 1, bepaalt dat het OM en de NMa informatie kunnen uitwisselen. De door het Landelijk Parket verstrekte stukken zijn verkregen met inachtneming van deze procedure. Op grond hiervan concludeert de d-g NMa dat de desbetreffende informatie rechtmatig is verkregen.

5.4.4 Verklaringen [XXX] (oud-directeur van Groenewoud)

50. De stelling dat de verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) in twijfel moeten worden getrokken vanwege diens - volgens Groenewoud - rancuneuze houding ten opzichte van zijn voormalige werkgever Groenewoud, brengt de d-g NMa niet tot de overtuiging dat aan het waarheidsgehalte van deze verklaringen moet worden getwijfeld. Daarbij komt dat deze verklaringen, zoals ook uit het navolgende zal blijken, aansluiten bij uit het dossier te destilleren feiten.
51. De d-g NMa volgt ook Groenewoud niet in haar stelling dat de verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud), voorzover die ter inzage zijn gelegd, onvoldoende begrijpelijk en niet concludent zijn. Voor een goed begrip van de verklaringen acht de d-g NMa de delen van de verklaringen die wegens de vertrouwelijkheid van de daarin vervatte informatie niet ter inzage zijn gelegd, niet noodzakelijk. Voor zover Groenewoud heeft aangegeven dat de verklaringen van de heer [XXX] onjuistheden bevatten, stelt de d-g NMa vast dat Groenewoud onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat inderdaad sprake is van onjuistheden, en zo dat al zo zou zijn, die onjuistheden niet zodanig zijn dat aan de juistheid van de overige delen van de verklaringen eveneens zou moeten worden getwijfeld.

6. Feitelijke beoordeling

52. Voor zijn inhoudelijke beoordeling in deze zaak acht de d-g NMa met name de hierna volgende informatie uit het dossier relevant. Het betreft de reeds genoemde verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) en voorts documentatie en informatie uit verschillende bronnen over bijeenkomsten tussen de betrokken ondernemingen met betrekking tot de aanbesteding en de aanleg, het onderhoud en de renovatie van kunststof atletiekbanen in Nederland in de jaren 1997 tot en met 2000 en de verdeling daarvan tussen deze ondernemingen.

6.1 De verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud)

53. De heer [XXX] is van 1994 tot 1 mei 2001 directeur geweest van Groenewoud Sport en Recreatie B.V.

54. Over het ontstaan en de achtergrond van het zogenaamde Toplaag-overleg heeft de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) in september 2002 ten overstaan van toezichthoudende ambtenaren van de NMa verklaard:¹⁵

*"De prijs van de kunststof maakt een groot deel uit van de totale prijs van de aanleg van de atletiekbaan. Voor de levering van die kunststof had K.W.S. Sport een deal met Bolidt uit Alblasdendam. Voor de levering van de kunststof toplaag hadden K.W.S. en Bolidt het handelskantoor B.V.S. opgericht. K.W.S. betaalde voor het recht op exclusieve levering in de Benelux 2 miljoen gulden aan Bolidt. Dit betekende dat Bolidt niet zelfstandig kunststof zou verkopen in de Benelux en dat K.W.S. de kunststof alleen van Bolidt zou afnemen. Door deze constructie was de kostprijs van kunststof voor Groenewoud relatief gezien aan de hoge kant, omdat KWS leverancier was voor Groenewoud. De winst was dus voor KWS. De anderen konden wel marktconform kunststof inkopen. Als de overige spelers in de markt zouden gaan stunten met de prijzen, dan zou Groenewoud het onderspit delven. Groenewoud had er dus belang bij dat iedereen een "goede prijs" voor zijn product rekende. Met dit idee is het Toplaag overleg ontstaan. Dit overleg was in eerste instantie "ad hoc" en niet gestructureerd. Ik heb in het overleg een structuur aangebracht. Hiertoe werd ik gedwongen om de prijs in stand te houden."*¹⁶

55. In dezelfde verklaring heeft de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) over de deelnemers aan de bijeenkomsten meegedeeld:

"Ik ben in 1998 voorzitter van het overleg geworden als opvolger van [XXX]. [XXX] van Van Lee B.V. uit Veghel was de secretaris van het overleg. Hij verstuurde de agenda en de uitnodigingen naar de deelnemers."

en

"Eind 2000 waren de deelnemers aan het Toplaagoverleg: [XXX] namens Oranjewoud, [XXX] namens Van Lee, [XXX] namens Arcadis, [XXX] namens Van Gelder en ondergetekende namens Groenewoud Sport en Recreatie. Het betrof hier allemaal mensen met de bevoegdheid om de onderneming te vertegenwoordigen en te binden. [XXX], opvolger van [XXX], was regiodirecteur, [XXX] was regiomanager en [XXX] was directeur uitvoering."

56. Over de frequentie en de plaats van de bijeenkomsten heeft de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) verklaard:

"De bijeenkomsten vonden ongeveer 6 keer per jaar op verzoek van de voorzitter of iemand anders,

¹⁵ Documentnr. 3054/ 10.

¹⁶ Groenewoud heette voorheen KWS Sport.

plaats Dit waren meestal de momenten dat er iets te bespreken viel omtrent de verdeling van de aanleg of het onderhoud van een atletiekbaan.”

en

“De bijeenkomsten van de deelnemers van Toplaag waren niet altijd op dezelfde plaats. Dan in Veghel, dan elders. Het merendeel van de bijeenkomsten werd(en) echter in Veghel georganiseerd.”¹⁷

57. Over het onderwerp van de bijeenkomsten verklaarde de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud):

“De projecten werden verdeeld aan de hand van de marktaandelen. Vooraf werd bediscussieerd en vastgesteld wat ieders marktaandeel was. Aan de hand van de marktaandelen werden de projecten verdeeld. Door [XXX]¹⁸ werd bijgehouden wie welk project kreeg. De omzetten van iedere deelnemer werden opgeteld en uitgedrukt in een percentage van de totale marktomzet. Dit percentage werd vergeleken met de vooraf afgesproken marktaandelen. Hieruit ontstonden claimrechten. Bij de verdeling van de projecten werd er een prijs gemaakt. Met andere woorden de prijsbepaling ging in onderling overleg. Oranjewoud gunde in dergelijke gevallen een ander niets en drong er dan op aan dat ze een lagere aanneemsom zouden hanteren. Als ze zelf aan de beurt was, probeerde Oranjewoud er wel een goede prijs van te maken.

De regels waren zo dat je een werk kon laten lopen als je dat wilde, bijvoorbeeld als het werk in een regio was waar je geen binding mee had. Het was een specifieke markt die we helemaal dichtgetimmerd hadden op deze wijze.”

58. De verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud), zoals die zich in het dossier bevinden, beoordeelt de d-g NMa in samenhang met de informatie in het dossier met betrekking tot bijeenkomsten van de betrokken ondernemingen en overzichten die ten behoeve van die bijeenkomsten zijn opgesteld.

6.2 Informatie met betrekking tot bijeenkomsten van de betrokken ondernemingen

59. Het dossier bevat documenten met betrekking tot bijeenkomsten van de betrokken ondernemingen, afkomstig van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) en afkomstig van Van Lee en Van Gelder.
60. Van de overleggen tussen de betrokken ondernemingen, door de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) in zijn verklaringen – en in navolging daarvan in dit besluit – aangeduid als ‘het Toplaag-overleg’, maakte de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud)

¹⁷ De d-g NMa leidt uit de overige stukken uit het dossier af dat met ‘Veghel’ hier wordt bedoeld de vestiging van Van Lee te Veghel.

¹⁸ Oud-medewerker Van Lee B.V.

aantekeningen. Volgens deze aantekeningen, die zich in het dossier bevinden, hebben tussen 30 juni 1997 en 3 april 2000 in ieder geval veertien bijeenkomsten plaatsgevonden op de navolgende data: 30 juni 1997¹⁹, 17 november 1997²⁰, 8 december 1997²¹, 13 januari 1998²², 22 januari 1998²³, 7 december 1998²⁴, 7 januari 1999²⁵, 9 maart 1999²⁶, 7 april 1999²⁷, 15 april 1999²⁸, 3 mei 1999²⁹, 31 mei 1999³⁰, 14 februari 2000³¹ en 3 april 2000³².

61. Daarnaast hebben volgens de handgeschreven aantekeningen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) in ieder geval nog twee bijeenkomsten plaatsgevonden. De aantekeningen van de heer [XXX] van deze bijeenkomsten vermelden slechts de dag en de maand, maar niet het jaartal (18 mei [...] en 19 januari [...]).³³
62. In de handgeschreven aantekeningen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) staan ook een aantal maal de namen van de deelnemers aan het desbetreffende overleg en de ondernemingen die zij vertegenwoordigen. In de onderstaande tabel zijn de gegevens over de deelnemers aan de diverse bijeenkomsten samengebracht.

¹⁹ Documentnr. 3054/6.O41.019.

²⁰ Documentnr. 3054/6.O41.010.

²¹ Documentnr. 3054/6.O41.009.

²² Documentnr. 3054/6.O41.040.

²³ Documentnr. 3054/6.O41.041.

²⁴ Documentnr. 3054/6.O41.014, 015.

²⁵ Documentnr. 3054/6.O41.026.

²⁶ Documentnr. 3054/6.O41.025.

²⁷ Documentnr. 3054/6.O41.024.

²⁸ Documentnr. 3054/6.O41.023.

²⁹ Documentnr. 3054/6.O41.016.

³⁰ Documentnr. 3054/6.O41.o16, o27.

³¹ Documentnr. 3054/6.O41.039.

³² Documentnr. 3054/6.O41.029.

³³ Documentnrs. 3054/6.O41.048 en 3054/6.O41.017.

| Datum | Aanwezigen | documentnr. |
|-------------------------|---|---------------------|
| 30 juni 1997 | [XXX] (Oranjewoud), [XXX], [XXX] (beiden van Van Lee), [XXX] (Heidemij), [XXX] (Groenewoud) | 3054/ 6.O41. 019 |
| 17 november 1997 | [XXX], [XXX] (beiden van Oranjewoud), [XXX] (Van Lee), [XXX] (Groenewoud) | 3054/ 6.O41. 010 |
| 8 december 1997 | [XXX], [XXX] (beiden van Oranjewoud), [XXX], [XXX] (Van Lee), [XXX] (Van Gelder), [XXX], [XXX] (beide van Arcadis), [XXX], [XXX] (beiden van Groenewoud) | 3054/ 6.O41. 009 |
| 13 januari 1998 | [XXX], [XXX] (beiden van Van Lee), [XXX] (Oranjewoud), [XXX], [XXX] (beide van Groenewoud) | 3054/ 6.O41. 040 |
| 22 januari 1998 | [XXX] (Oranjewoud), [XXX], [XXX] (beide van Van Gelder), [XXX], [XXX] (beide van Arcadis), [XXX] (Groenewoud), onbekend (Van Lee) | 3054/ 6.O41. 041 |
| 9 maart 1999 | [XXX], [XXX] (Oranjewoud), [XXX], [XXX] (van Lee), [XXX], [XXX] (Arcadis), [XXX] (Groenewoud) | 3054/ 6.O41. 025 |
| 7 april 1999 | [XXX] (Oranjewoud), [XXX] (van Lee), [XXX] (van Gelder), [XXX] (Arcadis), [XXX] (Groenewoud) | 3054/ 6.O41. 024 |
| 3 mei 1999, Waalwijk | [XXX], [XXX] (Oranjewoud), [XXX] (van Lee), [XXX], [XXX] (van Gelder), [XXX] (Arcadis), [XXX] (Groenewoud) | 3054/ 6.O41. 016 |
| 18 mei [...] | [XXX], [XXX] (beiden van Oranjewoud), [XXX], [XXX] (beide van Van Lee), [XXX], [XXX] (beide van Van Gelder), [XXX], [XXX] (beide van Arcadis), [XXX], [XXX](?) (Groenewoud) | 3054/ 6.O41. 048 |
| 19 januari [...] | [XXX] (Groenewoud), onbekend (Arcadis), onbekend (Oranjewoud) | 3054/ 6.O41. 017 |

63. Bij twee bedrijven zijn documenten aangetroffen die duiden op een bijeenkomst die correspondeert met een van de bijeenkomsten, zoals gedocumenteerd door de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud). Het betreft hier een tweetal faxen bij Van Lee en interne notulen afkomstig uit de administratie van Van Gelder.
64. De bijeenkomst van 9 maart 1999 wordt bevestigd door twee faxen die afkomstig zijn uit de administratie van Van Lee.³⁴ De eerste fax is een faxbericht met een briefhoofd van Van Lee d.d. 4 februari 1999 afkomstig van “[XXX] / [XXX]” en als geadresseerden [XXX] (Arcadis), [XXX] (Oranjewoud) en [XXX] (Groenewoud). [XXX] en [XXX] waren op dat moment werkzaam bij Van Lee. Het faxbericht vermeldt als onderwerp: “atletiek-overleg” en in het bericht zelf

³⁴ Documentnr. 3054/ 124.O343.

van de fax wordt een aantal vergaderdata in maart 1999 voorgesteld. Voorts vermeldt het faxbericht: "Locatie: Arcadis Waalwijk".

65. De tweede fax is een faxbericht met een briefhoofd van Van Lee d.d. 10 februari 1999 afkomstig van [XXX] en [XXX] (oud-medewerkers Van Lee B.V.), met als geadresseerden [XXX] (Arcadis), [XXX] (Oranjewoud) en [XXX] (Groenewoud).³⁵ Het faxbericht vermeldt als onderwerp "atletiek-overleg: 9 maart 1999" en als locatie Arcadis Waalwijk. Het faxbericht bevat verder geen tekst.
66. Dat de afspraak geen nadere uiteenzetting van het onderwerp bevat, doet er naar het oordeel van de d-g NMa, en anders dan door Arcadis betoogd, niet aan af dat uit de verklaring van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) en de twee faxberichten blijkt dat de ondernemingen inderdaad een bijeenkomst hebben gehouden.
67. De bijeenkomst van 14 februari 2000 wordt bevestigd door de notulen van een interne vergadering van Van Gelder afkomstig uit de administratie van Van Gelder.³⁶ Het betreft de notulen van een interne vergadering van Van Gelder op 14 februari 2000. In de notulen staat vermeld dat de heren [XXX] en [XXX], destijds werkzaam bij Van Gelder, op die dag een bespreking hadden met betrekking tot de aanleg van een atletiekbaan in Dordrecht.³⁷ Dat met bovenstaande vermelding in de interne notulen van Van Gelder bedoeld wordt op een bijeenkomst van het zogenaamde Toplaag-overleg, blijkt uit de handgeschreven aantekeningen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) van de bijeenkomst van 14 februari 2000. De aantekeningen vermelden:
"TO 14-2'2000
– Dordrecht 15-3' best.
(..)
*V. Lee wil Dordrecht op basis van de lijst"*³⁸
68. Naar het oordeel van de d-g NMa doet het door Arcadis aangevoerde ontbreken van een nadere aanduiding van het onderwerp van de bespreking in de notulen en de daarbij aanwezige personen, er niet aan af dat het gezien het bovenstaande voldoende aannemelijk is dat vertegenwoordigers van Van Gelder op 14 februari 2000 een bijeenkomst hadden met vertegenwoordigers van Groenewoud, Arcadis, Van Lee en Oranjewoud. Bovendien staat vast

³⁵ Documentnr. 3054/ 124.O343.

³⁶ Documentnr. 3054/ 19.0038 tot en met 40.

³⁷ Documentnr. 3054/ 19.0039, onder 5.e.

³⁸ Documentnummer 3054/ 6.O41; Uit de gegevens van de gemeente Dordrecht blijkt dat de aanbesteding van het werk op 15 maart 1999 plaatsvond. Zie documentnr. 3054/ 32.O19.

dat 4 april 2000 de opdracht ten aanzien van de atletiekbaan in Dordrecht ook daadwerkelijk aan Van Lee is verleend.³⁹

69. In het licht van het bovenstaande en de desbetreffende stukken in het dossier concludeert de d-g NMa dat vanaf 30 juni 1997 tot en met 3 april 2000 op regelmatige basis bijeenkomsten hebben plaatsgevonden, waarbij vertegenwoordigers van Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee en Oranjewoud aanwezig waren.

6.3 Het onderwerp van de bijeenkomsten

70. Onder de documenten die de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) aan de NMa heeft overhandigd, bevinden zich zestien vergelijkbare, geprinte overzichten (zie hierna onder 79 e.v.). Alle overzichten hebben een vergelijkbare opzet. Ieder overzicht bevat onder andere een kolom met de naam "locaties", een kolom met de naam "aanneemson" en een aantal kolommen met de namen van de betrokken ondernemingen. Op ieder overzicht staat een datum aangegeven. De data lopen van 15-10-1998 tot en met 08-12-2000.

71. Over de herkomst van deze overzichten heeft de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) op 24 september 2002 ten overstaan van toezichthoudende ambtenaren van de NMa verklaard:

"[XXX] van Van Lee B.V. uit Veghel was de secretaris van het overleg. Hij verstuurde de agenda en de uitnodigingen naar de deelnemers. (...) Voorafgaand aan iedere bijeenkomst stuurde [XXX]⁴⁰ een lijst met overzichten rond. Dit betroffen soortgelijke lijsten met overzichten als die u mij laat zien. (Wij rapporteurs lieten de heer [XXX] twee overzichtslijsten zien voorzien van de nummers 2876/30.047.071 en 2876/30.047.074 2 van 2. (...)."

³⁹ Documentnummer 3054/32.O19.

⁴⁰ Oud-medewerker van Van Lee.

72. Op negen overzichten staat de naam '[XXX]' of de letters '[XXX]' of '[XXX]'.

| Document nrs. | Passages uit de overzichten |
|---------------|----------------------------------|
| 57 | "[XXX](A)overzicht 5" |
| 71 | "[XXX](A)overzicht 5" |
| 74 (2 v 2) | "[XXX](A)overzicht 5" |
| 56 (1 v 2) | "[XXX] A:\OVERZ5.WB1 23/ 10/ 99" |
| 63 | "[XXX] A:\OVERZ4.WB1 21/ o6/ 99" |
| 66 (2 v 3) | "[XXX] A:\OVERZ5.WB1 06/ o9/ 99" |
| 66 (3 v 3) | [XXX] A:\OVERZ4.WB1 06/ 09/ 99 |
| 68 (1 v 2) | "[XXX] A:\OVERZ4.WB1 23/ 10/ 99" |
| 68 (2 v 2) | "[XXX] A:\OVERZ4.WB1 23/ 10/ 99" |

73. Op drie overzichten staat een faxregel van Van Lee in Veghel.⁴¹ De faxregels vermelden het tijdstip waarop het bericht is verzonden, het nummer van de fax waar vandaan het is verzonden en de naam "*Van Lee BV Veghel*". De d-g NMa leidt hieruit af dat het desbetreffende overzichten, zoals ook door de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) verklaard, zijn gefaxt vanuit de vestiging van Van Lee te Veghel.

74. Naast de overzichten die afkomstig zijn van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) beschikt de NMa over een vergelijkbaar overzicht, afkomstig van Van Gelder.⁴² Het betreft een overzicht dat als datum 1-4-2000 vermeldt. Voorts staat onderaan het overzicht de tekst "[XXX](A)overzicht5".

75. De d-g NMa concludeert op basis van bovenstaande informatie en de desbetreffende stukken uit het dossier dat in elk geval tien van de zeventien overzichten werden bijgehouden door de heer [XXX], destijds medewerker van Van Lee. Volgens verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) fungeerde deze medewerker destijds als secretaris van het zogenaamde Toplaag-overleg. De overzichten met (aanbestedings)projecten werden klaarblijkelijk voorafgaand aan iedere bijeenkomst door de secretaris aan iedere deelnemer van het overleg gefaxt.

76. Alle overzichten zijn onder te verdelen in twee groepen: overzichten die vier ondernemingen vermelden, namelijk Arcadis, Oranjewoud, Groenewoud en Van Lee (hierna: groep 4-overzichten), en overzichten die vijf ondernemingen vermelden, namelijk de voorgaande

⁴¹ Documentnrs. 3054/ 6.O41.051, 057 en 061.

⁴² Documentnr. 3054/ 19.0027.

ondernemingen en Van Gelder (hierna: groep 5-overzichten).

77. De overzichten van groep 4 betreffen 10 documenten in totaal. Onderaan de overzichten staan de opmaakdata vermeld, die lopen van 15-10-1998 tot en met 23-10-1999. De overzichten van groep 5 betreffen 7 documenten in totaal. De opmaakdata van de overzichten lopen, eveneens blijktens de vermelding onderaan de overzichten, van 30-5-1999 tot en met 8-12-2000.
78. Naar het oordeel van de d-g NMa, zoals in het navolgende nader uiteengezet, bevatten bedoelde overzichten een weergave van de reeds gegunde projecten tot de aanleg, de renovatie of het onderhoud van atletiekbanen in Nederland en kwam op basis daarvan een verdeling van nieuwe projecten tussen de betrokken ondernemingen tot stand (zie hierna onder randnummers 107 e.v.).

6.4 De groep 5-overzichten

79. Hieronder volgt een weergave van een groep 5-overzicht. Het is een overzicht gedateerd 30 mei 1999.⁴³

⁴³ Documentnr. 3054/6.O41.062 2v2.

| Lokatie | Aanneemsom | oppervl. | Topl. | Van Lee | Oranjewoud | Groenwoud | Arcadis | Van Gelder | Derden en/of Meerdere |
|-----------------------------------|--------------|----------|-------|---------|------------|-----------|-------------|------------|-----------------------|
| Heerhugo waard | 273.000 | 4.900,00 | C | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 273.000,00 | |
| Dongen | 1.365.000,00 | 4.407,00 | K | | 975.000,00 | | | | 390.000,00 |
| Watergraafsmeer | 1.834.000,00 | 6.472,00 | K | | | | 1.834.000,0 | | van Kessel |
| Boskoop | 3.472.000,00 | | | 0 | 975.000,00 | 0 | 1.834.000,0 | 273.000,00 | 390.000,00 |
| | | | | | | | 0 | | 3.472.000,00 |
| | | | | | | | | | 3.082.000,00 |
| Punten op basis van verdeeld werk | | | | | basis | | | | |
| Van Lee | 0 | | | 0% | 20% | | | | |
| Oranjewoud | 975 | | | 32% | 24% | | | | |
| Groenewoud | 0 | | | 0% | 24% | | | | |
| Arcadis | 1.834,00 | | | 60% | 18% | | | | |
| Van Gelder | 273 | | | 9% | 14% | | | | |
| | 3.082,00 | | | 100% | 100% | | | | |

80. Over de betekenis van de overzichten en de inhoud van de bijeenkomsten heeft de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) op 24 september 2002 verklaard:

"De projecten werden verdeeld aan de hand van de marktaandeelen. Vooraf werd bediscussieerd en vastgesteld wat ieders marktaandeel was. Aan de hand van de marktaandeelen werden de projecten verdeeld. Door [XXX]⁴⁴ werd bijgehouden wie welk project kreeg. De omzetten van iedere deelnemer werden opgeteld en uitgedrukt in een percentage van de totale marktomszet. Dit percentage werd vergeleken met de vooraf afgesproken marktaandeelen. Hieruit ontstonden claimrechten."⁴⁵

81. Op 6 november 2002 is de heer [XXX], voorheen werkzaam bij Van Lee, gehoord door NMa-ambtenaren. Daarbij is aan hem een groep 5-overzicht voorgelegd.⁴⁶ Op vragen over het overzicht beriep de heer [XXX] zich op het zwijgrecht als bedoeld in artikel 53 Mw.

⁴⁴ Oud-medewerker Van Lee B.V.

⁴⁵ Documentnr. 3054/10.O343.

⁴⁶ 3054/6.O41.074 2v2.

82. Op 22 november 2002 is de heer [XXX], werkzaam bij Arcadis, gehoord door NMA-ambtenaren. Daarbij is aan hem een groep 5-overzicht voorgelegd.⁴⁷ Op vragen over het overzicht beriep de heer [XXX] zich op het zwijgrecht als bedoeld in artikel 53 Mw.
83. Volgens bovenstaande verklaring van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) dient het in randnummer 79 weergegeven overzicht als volgt te worden gelezen. In de kolom "locatie" staan aanbestedingen van atletiekbaanprojecten weergegeven onder vermelding van de naam van de betreffende gemeente. Achter de naam van iedere gemeente staat in de kolom met de kop "aanneemsom" een bedrag vermeld. Dat bedrag komt terug in één van de kolommen van de op het overzicht vermelde vijf ondernemingen. De ondernemingen, waarbij de desbetreffende bedragen op het overzicht staan vermeld, komen overeen met de ondernemingen waaraan die opdrachten zijn gegund.
84. Zo blijkt uit gegevens van de gemeente Heerhugowaard dat een werk inzake het onderhoud van de atletiekbaan in Heerhugowaard op 4 mei 1999 is aanbesteed. De laagste inschrijving werd gedaan door Van Gelder met een inschrijvingsbedrag van NLG 273.000,00. Het werk is vervolgens aan Van Gelder gegund.⁴⁸ Deze gegevens corresponderen met hetgeen op het groep 5-overzicht d.d. 30 mei 1999, zoals hierboven weergegeven, is genoemd.
85. Geheel rechts in het overzicht staat onder de kop 'Derden en/of meerderen' een gedeelte van de omzet die een derde onderneming (niet behorende tot de groep 5 ondernemingen) met het desbetreffende project heeft gekregen. Naast dit bedrag staat de naam van de betrokken derde onderneming.
86. In het onderste gedeelte van het overzicht staat linksonder onder het kopje 'Punten op basis van verdeeld werk' de totale omzet (gedeeld door 1000) die door de vijf betrokken ondernemingen gezamenlijk met de op het overzicht genoemde projecten is behaald. Verder is voor iedere onderneming de eigen omzet vermeld die met projecten is behaald (gedeeld door 1000) en het percentage dat de individuele omzet uitmaakt van de totale omzet (minus de omzet van derden). Daarnaast staan onder de kop 'basis' percentages vermeld.
87. Het volgende groep 5-overzicht (chronologisch gezien) is het groep 5-overzicht van 6 september 1999. Dit overzicht is hieronder weergegeven.

⁴⁷ 3054/6.O41.074 2v2.

⁴⁸ Documentnr. 3054/38.O343.

| Lokatie | Aanneemsom | oppervl. | topl. | Van Lee | Oranjewoud | Groene Woud | Arcadis | Van Gelder | Derden en/of Meerdere |
|-----------------------------------|--------------|----------|-------|---------|------------|-------------|--------------|------------|-----------------------|
| Heerhugowaard | 273.000,00 | 4.900,00 | c | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 273.000,00 | |
| Dongen | 947.600,00 | 4.407,00 | k | | 676.857,00 | | | | 270.743,00 |
| Watergraafsmeer | 1.834.000,00 | 6.472,00 | k | | | | 1.834.000,00 | | |
| Boskoop | 497.000,00 | 2.360,00 | | | | | 497.000,00 | | |
| | 3.551.600,00 | | | 0,00 | 676.857,00 | 0 | 2.331.000,00 | 273.000,00 | 270.743,00 |
| | | | | | | | | | 3.551.600,00 |
| | | | | | | | | | 3.280.857,00 |
| Punten op basis van verdeeld werk | | | | | basis | | | | |
| Van Lee | 0 | | | 0% | 20% | | | | |
| Oranjewoud | 676,86 | | | 21% | 24% | | | | |
| Groenewoud | 0 | | | 0% | 24% | | | | |
| Arcadis | 2.331,00 | | | 71% | 18% | | | | |
| Van Gelder | 273 | | | 8% | 14% | | | | |
| | 3.280,86 | | | 100% | 100% | | | | |

88. Ten opzichte van het groep 5-overzicht d.d. 30 mei 1999 is in het overzicht d.d. 6 september 1999 de aanneemsom voor het aanbestedingsproject in de gemeente Boskoop toegevoegd. Voorts is de aanneemsom voor de gemeente Dongen aangepast. Uit de gegevens van de gemeente Dongen blijkt dat er in mei 1999 een openbare aanbesteding is geweest voor de reconstructie van de atletiekbaan en de renovatie van een hockeyveld in de gemeente Dongen. Daar de offertes van de inschrijvers (Groenewoud, Van Lee, Arcadis, Grontmij en Van Kessel) in eerste instantie ver boven de begroting van de gemeente Dongen lagen, is er in juli 1999 opnieuw een openbare aanbesteding gedaan. Bij deze tweede aanbesteding kwam Oranjewoud als goedkoopste aanbieder naar voren. Aan dit bedrijf is vervolgens door de gemeente Dongen de reconstructie van de atletiekbaan gegund voor een bedrag van NLG 947.600,00 (excl. de renovatie van de hockeyvelden).⁴⁹

89. Worden de overzichten van 30 mei 1999 en van 6 september 1999 met elkaar vergeleken dan valt op dat een verandering in de uiteenzetting van de verschillende projecten onder de betrokken ondernemingen in het bovenste gedeelte van het overzicht leidt tot een wijziging onder het kopje 'Punten op basis van verdeeld werk' in het onderste gedeelte van het overzicht. Er is sprake van een verrekeningstechniek: wordt in het bovenste deel van het

⁴⁹ Documentnr. 3054/ 42.O343 en bijlagen 008 en 001.

overzicht een extra werk onder de kolom van een onderneming bijgeschreven – zoals in dit geval bij Arcadis –, dan leidt dat tot een verhoging van de omzet en het percentage dat voor deze onderneming wordt genoemd in de tweede en derde kolom onder het kopje ‘Punten op basis van verdeeld werk’. De laatste kolom ‘basis’ onder dit kopje blijft ongewijzigd. Deze systematiek wordt in alle opvolgende overzichten op een zelfde wijze gevolgd.

90. Het derde groep 5-overzicht is het overzicht d.d. 23 oktober 1999. Hieronder volgt een gedeeltelijke weergave. De weergave is beperkt tot de toevoegingen ten opzichte van het vorige overzicht.

| Lokatie | Aanneemsom | Oppervl. | topl. | Van Lee | Oranjewoud | Groene Woud | Arcadis | Van Gelder | Derden en/ of Meerderen | |
|-----------------------------------|--------------|----------|-------|---------|--------------|-------------|-------------|------------|-------------------------|--------------|
| (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | | |
| Eibergen | 550.000,00 | 2.535,00 | K | | 550.000,00 | | | | | Grontmy |
| Utrecht | 400.000,00 | 6.000,00 | K | | | 400.000,00 | | | | van Kessel |
| Velzen | 200.000,00 | | C | | 200.000,00 | | | | | |
| | 4.701.600,00 | | | 0,00 | 1.426.857,00 | 400.000,00 | 2.331.000,0 | 273.000,00 | 270.743,00 | 4.701.600,00 |
| | | | | | | | 0 | 00 | | 4.430.857,00 |
| Punten op basis van verdeeld werk | | | | | | | | | | |
| Van Lee | 0,00 | | | 0% | 20% | | | | | |
| Oranjewoud | 1.426,86 | | | 32% | 24% | | | | | |
| Groenewoud | 400,00 | | | 9% | 24% | | | | | |
| Arcadis | 2.331,00 | | | 53% | 18% | | | | | |
| Van Gelder | 273,00 | | | 6% | 14% | | | | | |
| | 4.430,86 | | | 100% | 100% | | | | | |

91. Ten opzichte van het groep 5-overzicht d.d. 6 september 1999 zijn in het overzicht d.d. 23 oktober 1999 de aanneemsommen voor de aanbestedingsprojecten in de gemeenten Eibergen, Utrecht en Velzen toegevoegd. Deze aanpassingen in het overzicht hebben geleid tot aanpassingen in de kolom ‘Punten op basis van verdeeld werk’, resulterend in een voor iedere onderneming nieuw percentage.

92. Volgens gegevens van de gemeente Eibergen is de opdracht tot de aanleg van een atletiekbaan in de gemeente Eibergen op 28 maart 2000 gegund aan Oranjewoud voor een bedrag van NLG 574.250. Ten tijde van de datum van het groep 5-overzicht (te weten

23/ 10/ 99) was reeds door een viertal ondernemingen (te weten Oranjewoud, Groenewoud, Arcadis en Intercodam) een offerte ingediend, maar had de gemeente Eibergen nog geen besluit over de gunning genomen.⁵⁰

93. Het vierde groep 5-overzicht is een overzicht d.d. 1 april 2000. Ten opzichte van het vorige groep 5-overzicht is een aanbestedingsproject van de gemeente Dordrecht toegevoegd. Deze toevoeging is vervolgens weer doorberekend in het overzicht onder de kop 'Punten op basis van verdeeld werk'. Hieronder worden van het groep 5-overzicht d.d. 1 april 2000 alleen de toevoeging van het aanbestedingsproject in de gemeente Dordrecht en het aangepaste overzicht onder de kop 'Punten op basis van verdeeld werk' weergegeven.

| Lokatie | Aanneemsom | oppervl. | topl. | Van Lee | Oranjewoud | Groene Woud | Arcadis | Van Gelder | Derden en/of Meerdere | |
|-----------------------------------|------------|----------|-------|-----------|--------------|-------------|-----------|------------|-----------------------|--------------------|
| (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | | |
| Dordrecht | 2.218.000 | 6.400 | k | 2.218.000 | | | | | | Grontmy van Kessel |
| | 6.919.600 | | | 2.218.000 | 1.426.857,00 | 400.000,00 | 2.331.000 | 273.000 | 270.743,00 | 6.919.600,00 |
| | | | | | | | | | | 6.648.857,00 |
| | | | | | | | | | | 270.743,00 |
| Punten op basis van verdeeld werk | | | | | Basis | | | | | |
| Van Lee | 2.218 | | | 33% | 20% | | | | | |
| Oranjewoud | 1.427 | | | 21% | 24% | | | | | |
| Groenewoud | 400,00 | | | 6% | 24% | | | | | |
| Arcadis | 2.331,00 | | | 35% | 18% | | | | | |
| Van Gelder | 273,00 | | | 4% | 14% | | | | | |
| | 6.649 | | | 100% | 100% | | | | | |

94. Volgens gegevens van de gemeente Dordrecht heeft voor het project Van Lee het laagste inschrijfcijfer ingediend. Uit het dossier blijkt dat Van Lee de opdracht uiteindelijk – na aanpassing van de inschrijfstaat in overleg met de gemeente – voor NLG 2.218.000 heeft uitgevoerd.⁵¹

⁵⁰ Documentnr. 3054/ 66.

⁵¹ Documentnr. 3054/ 32.O19.016.

95. Het vijfde groep 5-overzicht is een overzicht d.d. 22 september 2000. Hieronder worden alleen de toevoegingen ten opzichte van het vorige groep 5-overzicht d.d. 1 april 2000 en de doorberekende omzetpercentages weergegeven.

| Lokatie | Aanneemsom | oppervl. | topl. | Van Lee | Oranjewoud | Groene Woud | Arcadis | Van Gelder | Derden en/of Meerdere | |
|-----------------------------------|------------|----------|-------|-----------|--------------|-------------|-----------|------------|-----------------------|--------------|
| (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | | |
| Meppel | 1.740.000 | 3.700 | k | 2.218.000 | | 1.450.000 | | | 290.000 | Snitjer |
| Gendringen | 270.000 | 5.700 | | | | 270.000 | | | | |
| | 8.909.600 | | | 2.218.000 | 1.406.857,00 | 2.120.000 | 2.331.000 | 273.000 | 560.743 | 8.909.600 |
| | | | | | | | | | | -560.743,00 |
| | | | | | | | | | | 8.348.857,00 |
| Punten op basis van verdeeld werk | | | | | | basis | | | | |
| Van Lee | 2.218 | | | 27% | 20% | 133% | | | | |
| Oranjewoud | 1.406 | | | 17% | 24% | 70% | | | | |
| Groenewoud | 2.120 | | | 25% | 24% | 106% | | | | |
| Arcadis | 2.331 | | | 28% | 18% | 158% | | | | |
| Van Gelder | 273 | | | 3% | 14% | 23% | | | | |
| | 8.348 | | | 100% | 100% | | | | | |

96. De omzet voor Oranjewoud op het in het vorige randnummer weergegeven groep 5-overzicht d.d. 22 september 2000 is minder dan is weergegeven in het vierde groep 5-overzicht d.d. 1 april 2000 omdat voor het project van de gemeente Eibergen de aanneemsom op het overzicht van 550.000 is veranderd in 530.000.

97. Ten opzichte van de vorige groep 5-overzichten bevat dit overzicht een extra (vijfde) kolom met percentages, naast de kolom met de kop 'basis'. Hierin wordt in percentages aangegeven in hoeverre de desbetreffende onderneming meer of minder heeft omgezet in vergelijking tot de omzet uitgaande van 'basis'. Zo geldt, bijvoorbeeld, voor Van Lee volgens het overzicht een 'basis' van 20%. In het overzicht is sprake van een totaalomzet van NLG 8.348.857,00 (de door de betrokken ondernemingen volgens het overzicht tot dan toe behaalde omzet). In dat geval is 20% gelijk aan NLG 1.669.771,40. Volgens het overzicht heeft Van Lee echter met de op het overzicht genoemde projecten NLG 2.218.000 omzet behaald. Dit is 132,8% van NLG 1.669.771,40. In de vijfde kolom staat achter Van Lee 133% genoteerd.

98. Hieronder is het zesde groep 5-overzicht d.d. 18 oktober 2000 weergegeven voor zover dit afwijkt van het vijfde groep 5-overzicht.

| Lokatie | Aanneemsom | Oppervl | Topl | Van Lee | Oranjewoud | Groenewoud | Arcadis | Van Gelder | Derden en/of Meerdere | |
|-----------------------------------|------------|---------|------|-----------|------------|------------|-----------|------------|-----------------------|-------------------------------|
| (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) |
| Bijlmermeer | 130.000 | 1.400 | | | 130.000 | | | | | |
| Boxtel | | | K | | | | | | | |
| Baarn | 134.000 | 1.134 | K | | | | | 134.000 | | |
| Harderwijk | 1.170.000 | 5.400 | K | | | 975.000 | | | 195.000 | Bruil Ede |
| Ermelo | | <1000 | | | | | | | | |
| Zierikzee | 274.000 | 5.630 | C | | | 274.000 | | | | |
| Roosendaal | | 0 | | | | | | | | groenewoud |
| Hoorn | | 1.800 | C | | | | | | | groenewoud |
| Emmen | | 5.700 | C | | | | | | | groenewoud |
| Heythuizen | | 3.251 | K | | | | | | | groenewoud |
| Delfzijl | | 3.328 | K | | | | | | | oranjewoud |
| | 10.617.600 | | | 2.218.000 | 1.536.857 | 3.369.000 | 2.331.000 | 407.000 | 755.743 | 10.617.600,00 9.861.857,00 |
| Punten op basis van verdeeld werk | | | | basis | | | | | | |
| Van Lee | | 2.218 | 22% | 20% | | | | 112% | | |
| Oranjewoud | | 1.537 | 16% | 24% | | | | 65% | | |
| Groenewoud | | 3.369 | 34% | 24% | | | | 142% | | |
| Arcadis | | 2.331 | 24% | 18% | | | | 131% | | |
| Van Gelder | | 407 | 4% | 14% | | | | 29% | | |
| | | 9.862 | 100% | 100% | | | | | | |

99. Bij een aantal de in het vorige randnummer weergegeven aanbestedingsprojecten ontbreekt een bedrag onder de kop 'aanneemsom'. Ten tijde van de datering van het overzicht (18 oktober 2000) waren deze projecten nog niet gegund. Zo blijkt uit de gegevens van de gemeente Hoorn dat de reconstructie van de atletiekbaan in de gemeente Hoorn op dat tijdstip nog niet is gegund. Wel is door de gemeente Hoorn aan Groenewoud voor 18 oktober 2000 opdracht gegeven voor een financieel technische planning met betrekking tot de reconstructie van de atletiekbaan.⁵²

100. Het zevende en laatste groep 5-overzicht d.d. 8 december 2000 is hieronder weergegeven, beperkt tot de aanpassingen ten opzichte van het vorige groep 5-overzicht d.d. 18 oktober

⁵² Documentnr. 3054/39.O343.

2000. Het groep 5-overzicht d.d. 23 oktober 1999 vermeldt 23 aanbestedingsprojecten.

| Lokatie | Aanneemsom | Oppervl | Topl. | Van Lee | Oranjewoud | Groenewoud | Arcadis | Van Gelder | Derden en/of Meerdere | |
|-----------------------------------|------------|----------|-------|-----------|------------|------------|-----------|------------|-----------------------|---------------|
| (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) | (..) |
| Amersfoort | 280.300 | 5.500,00 | c | | | 280.300 | | | | |
| Den Helder | | 5.700,00 | c | | | | | | | groenewoud |
| | 10.897.900 | | | 2.218.000 | 1.536.857 | 3.649.300 | 2.331.000 | 407.000 | 755.743 | 10.897.900,00 |
| | | | | | | | | | | 10.142.157,00 |
| | | | | | | | | | | 0 |
| Punten op basis van verdeeld werk | | | Basis | | | | | | | |
| Van Lee | | 2.218 | 22% | | 20% | | | | 109% | |
| Oranjewoud | | 1.537 | 15% | | 24% | | | | 63% | |
| Groenewoud | | 3.649 | 36% | | 24% | | | | 150% | |
| Arcadis | | 2.331 | 23% | | 18% | | | | 128% | |
| Van Gelder | | 407 | 4% | | 14% | | | | 29% | |
| | | 10.142 | 100% | | 100% | | | | | |

101. Volgens informatie van de gemeente Den Helder was het werk inzake de renovatie van een atletiekbaan op 8 december – de datum van het overzicht – nog niet aanbesteed.⁵³

102. Volgens informatie van de gemeente Amersfoort komen de aanneemsom (NLG 280.300,00) en de uiteindelijke uitvoerder van het project (Groenewoud) overeen met hetgeen in het groep 5-overzicht d.d. 8 december 2000 is weergegeven.⁵⁴ Door de gemeente Amersfoort is aangegeven dat alleen aan Groenewoud om een offerte is gevraagd.

6.5 De groep 4-overzichten

103. De groep 4-overzichten betreffen 10 overzichten in totaal. De groep 4-overzichten vermelden de volgende data:⁵⁵ 15-10-98 (2x), 31-03-99, 15-04-99, 27-04-99, 04-05-99, 06-09-99, 21-06-99, 23-10-99 (2x).

104. Op de overzichten van groep 4 wordt dezelfde systematiek gehanteerd bij de aanbestedingsprojecten als hierboven voor de groep 5-overzichten is uiteengezet. Dat wil

⁵³ Documentnr. 3054/ 123.T343.

⁵⁴ Documentnr. 3054/ 40.

⁵⁵ Documentnrs. 3054/ 6.O41.052, 060, 051 (2v2), 053, 061, 064, 066 (3v3), 063, 068 (1v2), 068 (2v2).

zeggen dat in opvolgende overzichten nieuwe projecten worden toegevoegd en iedere aanvulling wordt 'doorberekend' in de omzetpercentages. Het laatste groep 4-overzicht d.d. 23 oktober 1999 vermeldt 18 aanbestedingsprojecten.

105. Daarentegen vermelden de groep 4-overzichten in tegenstelling tot de groep 5-overzichten niet Van Gelder in een aparte kolom, maar slechts de ondernemingen Van Lee, Oranjewoud, Groenewoud en Heidemij.⁵⁶ Daarnaast bevatten de groep 4-overzichten andere projecten dan die van groep 5.

106. Op grond van de stukken van het dossier heeft de d-g NMa vastgesteld dat de aanneemsommen en uitvoerende ondernemingen die in de groep 4-overzichten worden genoemd, corresponderen met de aanneemsommen en namen van de uitvoerende ondernemingen zoals door opdrachtgevers aan de NMa verschaft.

6.6 *Beoordeling ten aanzien van de feiten*

107. In het licht van het bovenstaande concludeert de d-g NMa dat de betrokken ondernemingen vanaf juni 1997 betrokken zijn geweest bij een structureel, wederkerend overleg waarin de (aanbesteding van de) aanleg, de renovatie en het onderhoud van kunststof atletiekbanen aan de orde kwam. De d-g NMa concludeert tevens, zoals hieronder nog nader toegelicht, dat de bijeenkomsten leidden tot een onderlinge verdeling tussen de betrokken ondernemingen van de (aanbestedingen van de) aanleg, de renovatie en het onderhoud van kunststof atletiekbanen in Nederland. De hierboven besproken overzichten dienden naar het oordeel van de d-g NMa als verslag- en controlesysteem om de toewijzing van verschillende projecten te volgen en de afgesproken verdeling (conform de 'basis' toegewezen marktaandeelpercentages) te controleren.

108. Zoals hierboven vermeld, staat op elk van de vorenoomschreven overzichten een kop 'basis' met daaronder een percentage voor iedere onderneming. Blijkens de verklaring van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) van 24 september 2002, zoals hiervoor in randnummer 57 aangegeven, zijn dit marktaandeelpercentages voor de betrokken ondernemingen. Uit de aantekeningen die de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) destijds heeft gemaakt van de overleggen, concludeert de d-g NMa dat de ondernemingen tijdens verschillende bijeenkomsten over de verdeling van de markt aan de hand van deze percentages hebben overlegd.

⁵⁶ Zie randnummer 4: met Heidemij wordt hier Arcadis bedoeld.

109. Zo vermelden de aantekeningen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) van het overleg van 8 december 1997 dat Van Gelder het voorstel doet van 'ponsgewijs'⁵⁷ (ieder 20% van de markt) en dat Van Lee het daarmee eens is, terwijl Oranjewoud een ander voorstel doet.⁵⁸ De aantekeningen van de heer [XXX] van het overleg van 9 maart 1999 vermelden het punt 'Omgang met v.Gelder meenemen in verdeling?'⁵⁹ Vervolgens is vermeld dat de marktverdeling in het verleden Oranjewoud 40%, Groenewoud 40% en Van Lee 20% was, en dat deze nu Oranjewoud 32%, Groenewoud 32%, Van Lee 18% en Arcadis 18% is. Onder het kopje 'toekomst' zijn diverse verdelingen vermeld, alsmede dat Oranjewoud meer dan 32% wil en dat Arcadis dan afhaakt. Ook op het overleg van 15 april 1999 zijn blijkens de aantekeningen van de heer [XXX] de marktverdelingspercentages besproken.⁶⁰ Blijkens de aantekeningen van de heer [XXX] van het overleg van 3 mei 1999 is door Oranjewoud voorgesteld om een verdeling te maken van Van Gelder 14%, Arcadis 18%, Van Lee 20%, Oranjewoud 24% en Groenewoud 24%.⁶¹
110. De hiervoor vermelde percentages van Oranjewoud 32%, Groenewoud 32%, Van Lee 18% en Arcadis 18% zijn dezelfde percentages die op de groep 4-overzichten onder het kopje 'Basis' bij de desbetreffende ondernemingen zijn vermeld. De hiervoor genoemde verdeling die op de bijeenkomst van 3 mei 1999 door Oranjewoud is voorgesteld, komt vanaf 30 mei 1999 eveneens onder het kopje 'Basis' terug op de groep 5-overzichten. Op basis hiervan concludeert de d-g NMa dat de vijf ondernemingen consensus bereikten over de toedeling van percentages en de verdeling van de markt aan de hand daarvan.
111. Met betrekking tot hetgeen in het vorige randnummer is vermeld, heeft de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) in zijn verklaring van 24 september 2002 gezegd:
- "In 1994 waren er hoofdzakelijk drie spelers in de markt voor de aanleg van atletiekbanen. Dit waren Van Lee B.V., Oranjewoud en K.W.S. Oranjewoud en K.W.S. bezaten ieder 40% van de markt en Van Lee B.V. 20 procent. Deze verdeling was bij mijn komst bij Groenewoud reeds met Van Lee en Oranjewoud afgesproken. (...) Toen Heidemij de firma Becker uit Duitsland overnam, waren zij ook in staat om atletiekbanen aan te leggen. Wanneer dit precies was weet ik niet meer. Zo kwam Heidemij ook op de markt voor de aanleg van atletiekbanen. Later kwam daar nog eens Van Gelder B.V. bij."*
112. De NMa stelt vast dat aan de hand van de percentages vermeld op de groep 4- en groep 5-overzichten, de betrokken ondernemingen konden nagaan wat ieders behaalde omzet was,

⁵⁷ Waarschijnlijk wordt bedoeld: pondsgewijs.

⁵⁸ Documentnr. 3054/6.O41.009.

⁵⁹ Documentnr. 3054/6.O41.025.

⁶⁰ Documentnr. 3054/6.O41.023.

⁶¹ Documentnr. 3054/6.O41.016.

welk percentage dit van de totale omzet was en hoeveel dit 'verwijderd' was van de vooraf besproken en vastgestelde streefpercentages.

113. De overzichten werden tot en met 8 december 2000 ter controle en ter voorbereiding van volgende bijeenkomsten onder de deelnemers verspreid. Partijen hebben ook geen andere overtuigende verklaring kunnen geven voor het bestaan van de overzichten en de verspreiding ervan onder de concurrenten van de onderneming die de overzichten opstelde.
114. Gelet op de gegevens over de aanbestedingsprojecten, afkomstig van een aantal gemeenten, blijkt dat, naast aanbestedingen, ook projecten die na onderhandeling tussen opdrachtgever en één enkele onderneming zijn gegund (en waarvan de niet bij de onderhandeling betrokken ondernemingen dus niet op de hoogte konden zijn), op de overzichten zijn geadministreerd. Dit betekent dat de betrokken ondernemingen de omzetten die zij hebben behaald buiten medeweten van de anderen, aan elkaar gemeld hebben. Deze omzetten telden vervolgens mee voor de verdeling van de markt. Anders dan Groenewoud en Van Gelder betogen, was dan ook niet alleen registratie van openbare of onderhandse aanbestedingen in de overzichten van belang, maar ook van projecten waarvoor door de opdrachtgever een offerte aan één onderneming is gevraagd. Anders dan deze partijen aanvoeren, is voor de vaststelling van de inbreuk niet van belang hoe elk project dat tijdens de bijeenkomsten aan de orde kwam, werd gegund.
115. Over de stelling van Oranjewoud dat de afstemming uitsluitend betrekking had op de hoeveelheid kunststof die nodig was voor de toplaag en niet zag op de atletiekbanen zelf, overweegt de d-g NMa dat een dergelijk onderscheid niet kan worden gemaakt.⁶² Zelfs als de stelling juist zou zijn, zouden de afspraken over de hoeveelheid kunststof, gelet op de toepassing van die kunststof voor uitsluitend atletiekbanen, ook afspraken over aanleg, renovatie en onderhoud van atletiekbanen meebrengen. Verder volgt de d-g NMa Groenewoud niet in haar stelling dat, zo er al een afspraak was, deze uitsluitend betrekking had op projecten tot de aanleg of de renovatie van atletiekbanen en niet op onderhoudsprojecten. Allereerst leidt de d-g NMa uit het bewijsmateriaal af dat afspraken zijn gemaakt over atletiekbanen, zonder onderscheid te maken naar projecten tot aanleg, renovatie of onderhoud te maken. Bovendien stelt de d-g NMa vast dat meermalen uit stukken van opdrachtgevers blijkt dat ten aanzien van de gunning van eenzelfde project de ene keer over renovatie wordt gesproken en de andere keer over onderhoud.⁶³

⁶² In haar verweerschrift geeft Oranjewoud overigens aan niet te willen weerspreken dat zich een inbreuk op de mededingingsregels heeft voorgedaan, zie ook randnummer 25.

⁶³ Zie bijv. documentnr. 3054/38.003 en 3054/38.004.

116. Op basis van de aantekeningen die de heer [XXX](oud-directeur van Groenewoud) bijhield in zijn functie van directeur van Groenewoud en zijn verklaring van 24 september 2002, beoordeeld in het licht van de overige processtukken, concludeert de d-g NMa dat aan de hand van de overzichten de betrokken ondernemingen tijdens de bijeenkomsten hun inschrijfgedrag bij aanbestedingen voor projecten met betrekking tot kunststof atletiekbanen in Nederland hebben afgestemd. De gegevens van de gemeenten betreffende de inschrijfcijfers dragen bij aan deze conclusie. Anders dan door Groenewoud is gesuggereerd, betekende toedeling van projecten aan de hand van de overzichten niet dat degene die het verst was verwijderd van zijn streefpercentage, het eerstvolgende project zonder meer moest krijgen toebedeeld. Uit de verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) en zijn aantekeningen van de bijeenkomsten blijkt dat toedeling van projecten veeleer plaatsvond op basis van consensus, en dat de overzichten van groep 4 en groep 5 daarbij een rol speelden.
117. Groenewoud stelt dat geen verder bewijs is geleverd dat inschrijfcijfers zijn afgestemd, als de verschillende ondernemingen elkaar slechts hebben meegedeeld in een project geïnteresseerd te zijn. Wat hier ook van zij, uit de verklaringen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) en de marktverdelingspercentages op de overzichten die van groep 4 en groep 5 zijn gemaakt, leidt de d-g NMa af partijen overleg hebben gehad met het doel tot een (uiteindelijke) verdeling te komen van projecten aangaande de aanleg, de renovatie en het onderhoud van atletiekbanen. De totstandkoming en uitvoering van een dergelijke verdeling impliceert naar het oordeel van de d-g NMa tevens een onderlinge afstemming van het inschrijfgedrag.
118. De d-g NMa volgt Van Gelder niet waar zij betoogt dat zij geen deel uitmaakte van groep 4 en dat om die reden een groot aantal projecten die in de bijeenkomsten aan de orde zijn gekomen, bij de bepaling van de inbreuk door Van Gelder buiten beschouwing zou moeten worden gelaten. Uit de aantekeningen van de heer [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) blijkt immers dat Van Gelder al vanaf 1997 geregeld heeft deelgenomen aan bijeenkomsten van de vijf betrokken ondernemingen (zie randnummer 62 van dit besluit). Voor zover Van Gelder betoogt dat zij minder betrokken was, aangezien zij minder projecten heeft uitgevoerd, geldt dat de d-g NMa bij de vaststelling van de hoogte van de boete met dit aspect rekening houdt (zie hierna Hoofdstuk VIII van dit besluit). Voor de vaststelling van de inbreuk speelt dit aspect evenwel geen rol.

7. Juridische kwalificatie van de bewezen feiten

119. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt 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.

120. Blijkens de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet sluit artikel 6, lid 1, Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 81, lid 1, EG-Verdrag.⁶⁴

7.1 Onderneming

121. Alle betrokken ondernemingen, te weten Groenewoud, Arcadis, Van Lee, Oranjewoud en Van Gelder verrichtten gedurende de periode waarop dit besluit zicht richt economische activiteiten en zijn derhalve aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

7.2 Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

122. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.⁶⁵ Hiervan is onder meer sprake wanneer de partijen het eens worden over een gezamenlijk plan dat hun individuele commerciële vrijheid beperkt of waarschijnlijk zal beperken, doordat wordt vastgesteld hoe zij zich op de markt jegens elkaar zullen gedragen of zich van een bepaald gedrag zullen onthouden. Alhoewel zulks gezamenlijke besluitvorming en betrokkenheid bij een gemeenschappelijke regeling impliceert, behoeft dit niet schriftelijk te worden vastgelegd. Er zijn geen vormvereisten en contractuele sancties nodig en handhavingsmaatregelen zijn evenmin verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan derhalve uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.⁶⁶

123. Het verbod op onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 6, eerste lid, Mw moet worden begrepen in het licht van het in het begrip 'mededinging' besloten concept dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk commercieel beleid hij zal voeren.

124. Deze eis van zelfstandigheid staat onverbiddelijk in de weg aan contact tussen ondernemers, indien dat contact als doel heeft de beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent of de kennisgeving aan zulk een concurrent van het aangenomen of

⁶⁴ Zie MvT Mw, Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 61.

⁶⁵ Zie onder andere Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: GvEA), 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. en anderen t. Commissie (PVC II)*, gevoegde zaken T-305/94 enz., Jurispr. blz. II-931, ro. 715.

⁶⁶ Zie onder andere de beschikking van de Commissie 86/398 van 10 juli 1986, *Polypropyleen*, Pb L 230/1 van 18 augustus 1986. Dit is later bevestigd door het GvEA, T-7/89, ro. 262-4.

voorgenomen marktgedrag.⁶⁷ Aldus valt onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ook elke vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.⁶⁸

125. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen is in artikel 81, lid 1, EG-Verdrag naast de begrippen overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen opgenomen om verschillende vormen van coördinatie en samenspanning tussen ondernemingen onder de verbodsbepalingen van dit artikel te brengen.⁶⁹ Dit betekent evenwel niet dat een aantal gedragingen die hetzelfde mededingingsbeperkende doel hebben en waarvan elke gedraging, op zichzelf beschouwd, onder het begrip overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of besluit van een ondernemersvereniging valt, niet verschillende verschijningsvormen van één enkele inbreuk op artikel 81, lid 1, EG-Verdrag en/of artikel 6, eerste lid, Mw kunnen vormen. Bijgevolg kan een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen de uitdrukking zijn van één enkele complexe inbreuk die ten dele onder het begrip overeenkomst en ten dele onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging valt.⁷⁰ Het is in een dergelijk geval derhalve niet noodzakelijk de inbreuk uitsluitend als één van beide vormen te kwalificeren.

126. In deze omstandigheden mag de dubbele kwalificatie niet aldus worden opgevat dat zij vereist dat gelijktijdig en cumulatief wordt bewezen dat elk van die bestanddelen zowel de kenmerken van een overeenkomst als die van onderling afgestemde feitelijke gedragingen vertoont, maar moet zij worden gezien als de aanduiding van een complex geheel van feitelijke bestanddelen waarvan sommige zijn aangemerkt als overeenkomst en andere als onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van art. 81, lid 1, EG-Verdrag (en derhalve van artikel 6, eerste lid, Mw), dat voor dit soort complexe inbreuken niet in een specifieke kwalificatie voorziet.⁷¹

127. De d-g NMa concludeert dat de beschreven gedragingen gekwalificeerd moeten worden als een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw tussen Groenewoud, Arcadis, Van Lee, Oranjewoud en Van Gelder.

⁶⁷ Hof van Justitie (hierna: HvJ), 16 december 1975, *Suiker Unie en anderen t. Commissie*, gevoegde zaken 40-48/73 enz., Jurispr. 1975, blz. 1663.

⁶⁸ HvJ, 14 juli 1972, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, 48/69, Jurispr. 1972, blz. 619, ro. 64.

⁶⁹ *Ibid*, r.o. 64.

⁷⁰ HvJ 8 juli 1999, *Commissie t. Anic Participazioni*, C-49/92P, Jurispr. 1999, blz. I 04125, r.o. 112-114. Zie ook GvEA, 20 maart 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a. t. Commissie*, T-9/99, r.o. 188, nog niet gepubliceerd.

⁷¹ *Hercules Chemicals t. Commissie*, r.o. 264 en GvEA, 20 maart 2002, T-9/99, r.o. 187.

7.3 Mededingingsbeperking

128. Het verbod van artikel 6, lid 1, van de Mededingingswet is van toepassing op een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
129. Wanneer wordt vastgesteld dat de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, verhinderen of vervalsen behoeven voor de toepassing van artikel 81, lid 1, EG-Verdrag en bijgevolg artikel 6 Mededingingswet de concrete gevolgen van een overeenkomst, dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader te worden onderzocht.⁷² Om de strekking van een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging te bepalen, is voorts het oogmerk of de bedoeling van de betrokken ondernemingen niet relevant. Het volstaat dat de overeenkomst, dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging van dien aard is, dat zij de mededinging verhindert, beperkt of vervalst.⁷³
130. Het verdelen van de markt heeft volgens art. 81, eerste lid, onder c, EG ten doel de mededinging te beperken, en is daarmee verboden.⁷⁴ Ook het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw strekt zich uit over overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die zien op de verdeling van de markt.
131. Uit de marktaandeelpercentages tezamen met de verdeelde werken zoals weergegeven in de overzichten met aanbestedingsprojecten⁷⁵ concludeert de d-g NMa dat de betrokken partijen in de periode van juni 1997 tot en met ten minste december 2000 een overkoepelend plan zijn overeengekomen inhoudende de systematische verdeling van omzetten ten aanzien van de aanleg, de renovatie en het onderhoud van atletiekbanen in Nederland. Uit de handgeschreven aantekeningen van [XXX] (oud-directeur van Groenewoud) en zijn verklaring van 24 september 2002 daaromtrent blijkt dat de betrokken partijen het overkoepelende plan hebben uitgewerkt tijdens met regelmaat terugkerende bijeenkomsten in de periode van juni 1997 tot en met ten minste april 2000. Op grond van de aantekeningen met betrekking tot

⁷² Zie HvJ, *Commissie t. Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Jurispr. 1999, I-4125, r.o. 99, zaak 56 en 58/64, *Consten-Grundig t. Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 131, r.o. 7.

⁷³ Zie HvJ in zaak 56/65, *Société Technique Minière*, Jur. 1966, blz. 391; zaak 19/77, *Miller International Schallplatten GmbH t. Commissie*, Jur. 1978, blz. 131, r.o. 7.

⁷⁴ Zie de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PB C 3/2, 6-1-2001, paragraaf 18

⁷⁵ Zie paragraaf 4.2.3.

die bijeenkomsten moet worden geoordeeld dat in dit kader onderlinge afstemming plaatsvond over de verdeling van de werken en/of omzet.

132. De onderhavige systematiek van marktverdeling is te vergelijken met zogenaamde marktaandeelquotasystemen waarvan de Commissie eerder expliciet heeft aangegeven dat deze naar hun aard verboden zijn op grond van artikel 81, eerste lid, EG.⁷⁶
133. Bij de afspraken over de verdeling van de marktaandelen en de afstemming die in dit kader heeft plaatsgevonden, zijn de vijf betrokken ondernemingen naar het oordeel van de d-g NMa alle evenzeer voor het geheel verantwoordelijk. In dit verband overweegt de d-g NMa dat een onderneming voor een geheel kartel aansprakelijk kan worden gesteld wanneer zij wist of noodzakelijkerwijs moest weten dat de heimelijke verstandhouding waaraan zij deelnam, deel uitmaakte van een plan, alsook dat dit plan alle bestanddelen van het kartel dekte. Is zulks het geval, zoals in casu, dan kan het feit dat de betrokken onderneming niet rechtstreeks aan alle bestanddelen van het gehele kartel heeft deelgenomen, haar niet disculperen van de aansprakelijkheid voor de desbetreffende inbreuk.⁷⁷ Bovendien kan een onderneming die aan een veelvoudige inbreuk op de mededingingsregels heeft deelgenomen door eigen gedragingen die een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel vormen, en die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beogen te leveren, voor de gehele duur van haar deelneming aan deze inbreuk tevens aansprakelijk zijn voor de gedragingen van andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk, wanneer vaststaat dat de betrokken onderneming de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden.⁷⁸
134. Gezien de mededingingsbeperkende strekking van de betrokken overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen is in beginsel gegeven dat partijen de mededinging merkbaar hebben beperkt en derhalve in strijd met artikel 6 Mw hebben gehandeld.⁷⁹ In dat verband moet tevens worden opgemerkt dat partijen geenszins aannemelijk hebben gemaakt dat de invloed van de inbreuk op de mededinging zodanig

⁷⁶ Zie beschikking van de Commissie van 21 oktober 1998, *Voorgeïsoleerde buizen*, PB L 024, randnummer 147; beschikking van de Commissie van 23 april 1986, *Polypropyleen*, Pb L 320, randnummer 80.

⁷⁷ Vgl. GvEA, 14 mei 1998, *Europa Carton AG t. Commissie*, T 304/94, Jurispr. 1998, EG II-869, r.o. 76 en HvJEG, 8 juli 1999, *Commissie t. Anic Partecipazioni*, C-49/92P, Jurispr. 1999, blz. 04125, r.o. 83.

⁷⁸ HvJEG, 8 juli 1999, *Commissie t. Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Jurispr. 1999, I-4125, r.o. 203, zie ook: *Hvd*, 20 maart 2002, *Sigma Technologie di rivestimento t. Commissie*, r.o. 40.

⁷⁹ Afspraken die naar hun aard de mededinging beperken - zoals hier het geval is - leveren volgens de Europese Commissie een merkbare beperking van de concurrentie op, zie Pb 2001 L 368/ 13.

gering is geweest dat geen sprake was van een overtreding van het verbod van artikel 6 Mw.

135. Verder overweegt de d-g NMa dat het feit dat sprake is van een merkbare mededingingsbeperking reeds eenvoudig volgt uit een aantal feiten.
136. De aanleg van atletiekbanen van een ander materiaal dan kunststof komt tegenwoordig zelden voor. Het overgrote deel van de projecten tot aanleg, renovatie en/of onderhoud van kunststof atletiekbanen die in de voor onderhavige zaak relevante periode zijn gegund, zijn door de betrokken ondernemingen uitgevoerd. Bovendien behoren de vijf betrokken ondernemingen tot een beperkt aantal gespecialiseerde ondernemingen die op dit terrein in Nederland actief zijn. Voor zover Arcadis erop heeft gewezen dat niet alle gespecialiseerde bedrijven bij de overtreding zijn betrokken, overweegt de d-g NMa dat het enkele feit dat gedurende de duur van de inbreuk tevens enkele andere ondernemingen kunststof atletiekbanen hebben aangelegd of op een aanbesteding ervan hebben ingeschreven, niet zodanig is dat gesteld kan worden dat sprake is van een zodanig geringe invloed op de mededinging dat artikel 6 Mw toepassing mist. Vast staat dat de betrokken ondernemingen belangrijke spelers op de markt vormen en in de periode waarop dit besluit ziet een belangrijk aandeel van de aanleg, de renovatie en het onderhoud van atletiekbanen in Nederland voor hun rekening hebben genomen.⁸⁰
137. Ten slotte acht de d-g NMa in het kader van zijn oordeel nog relevant dat de afspraken tussen partijen ook nog voorzagen in een gedetailleerd verdelings- en controlesysteem. Hierboven is reeds aangegeven dat tussen de betrokken ondernemingen een plan bestond, inhoudende de systematische verdeling van projecten en daarmee van omzetten ten aanzien van de aanleg, de renovatie en het onderhoud van atletiekbanen in Nederland. De uitwerking en uitvoering van onderhavig plan vond plaats tijdens met enige regelmaat terugkerende bijeenkomsten van de betrokken ondernemingen.
138. De marktaandeelpercentages en de verdeelde werken in de overzichten zoals hierboven beschreven, tonen aan dat de ondernemingen een verslag- en controlesysteem hebben opgesteld en toegepast om de toewijzing van individuele projecten te volgen en de toegewezen marktaandeelpercentages te controleren.

7.4 Duur van de inbreuk

139. Hiervoor is reeds vastgesteld dat de bijeenkomsten van de vijf ondernemingen hebben plaatsgevonden in de periode van 30 juni 1997 tot en met 3 april 2000. Tevens is vastgesteld dat de overzichten van groep 4 en groep 5 die onder de ondernemingen zijn verspreid,

⁸⁰ Zie bijv. documentnr. 3054/67.

dateren uit de periode van 15 oktober 1998 tot en met 8 december 2000. Aldus stelt de d-g NMa vast dat de inbreuk op artikel 6 Mw heeft geduurd van 1 januari 1998 tot en met ten minste 8 december 2000.

7.5 Conclusie ten aanzien van de juridische kwalificatie

140. De d-g NMa is op grond van het bovenstaande van oordeel dat sprake is van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee en Oranjewoud met betrekking tot de aanleg, de renovatie en het onderhoud van kunststof atletiekbanen in Nederland. Het gedrag als beschreven strekte ertoe de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen, te beperken of te vervalsen en vormt als zodanig een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw. De inbreuk van artikel 6, eerste lid, Mw duurde van 1 januari 1998 tot 8 december 2000.

7.6 Toerekening

141. De ondernemingen die de hierboven vastgestelde overtreding hebben begaan en aan wie de overtreding wordt toegerekend zijn Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee en Oranjewoud.

142. Zoals hierboven onder randnummer 6 is beschreven, zijn de betrokken bedrijfsactiviteiten van Van Lee met betrekking tot de bouw van sportaccommodaties overgegaan naar Heijmans. Daarmee concludeert de d-g NMa dat Heijmans de (economische) opvolger is van Van Lee voor de in onderhavige zaak betrokken activiteiten.

143. Volgens de d-g NMa zou het nuttig effect van de mededingingsregels worden doorkruist indien het voor partijen mogelijk is om door een wijziging in de rechtsvorm, waarbij de economische activiteiten van de ene rechtspersoon worden ondergebracht in een hiervoor nieuw opgerichte rechtspersoon (ook wanneer de eerstgenoemde rechtspersoon zou blijven bestaan maar geen of geheel andere activiteiten verricht), mogelijke sancties door overtreding van de Mededingingswet zou kunnen ontlopen. Derhalve rekent de d-g NMa de overtredingen die zijn begaan door Van Lee tevens aan Heijmans toe. Nu de sanctie een boete betreft (zie hierna hoofdstuk VIII en IX) worden beide rechtspersonen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor het geheel.

8. Te nemen maatregelen

144. Ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw kan de d-g NMa ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw aan de natuurlijke of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden

toegerekend een boete en/ of een last onder dwangsom opleggen.

145. Wat betreft de stelling van Groenewoud en Van Gelder dat de d-g NMa geen boete zou mogen opleggen voordat een nader rapport zou zijn uitgebracht waarin door hen gesignaleerde onduidelijkheden en onvolkomenheden zouden zijn gerepareerd, overweegt de d-g NMa dat uit het bovenstaande blijkt welke overtredingen Groenewoud, Arcadis, Van Gelder, Van Lee en Oranjewoud hebben begaan die reeds in het uitgebrachte rapport waren vermeld. Er is dan ook geen reden waarom in dit stadium van de procedure zou moeten worden afgezien van het opleggen van een boete. Evenmin kan daarvoor een reden worden gevonden in de omstandigheid dat het rapport niet de hoogte van de op te leggen boetes vermeldt, nu de vermelding ervan ingevolge artikel 59, tweede lid, Mw niet is vereist.
146. Wat betreft de stelling van Van Gelder dat ook tegen de 'derden' (ondernemingen die wel in de overzichten van groep 4 en groep 5 zijn vermeld, maar daarvan geen deel uitmaakten) rapport had moeten worden opgemaakt, overweegt de d-g NMa dat - daargelaten of tussen de vijf betrokken ondernemingen en andere ondernemingen ook afspraken zijn gemaakt - het rapport is gericht tot alle deelnemers aan de bovenbeschreven bijeenkomsten. Van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel is dan ook reeds hierom geen sprake.

8.1 Beoordelingskader

147. De artikelen 56 en 57 Mw regelen de bevoegdheid van de d-g NMa tot oplegging van een boete in geval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of 24, eerste lid, Mw. Met betrekking tot de hoogte van de boete heeft de d-g NMa op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld: de Richtsnoeren Boetetoemeting (hierna: de Boetrichtsnoeren)⁸¹.
148. Bij het opstellen van de Richtsnoeren heeft de d-g NMa in de eerste plaats de wettelijke bepalingen over de hoogte van de boete in acht genomen. Afgezien van het wettelijk maximum (artikel 57, eerste lid, Mw) is met name van belang het voorschrift dat rekening wordt gehouden met de ernst en duur van de overtreding (artikel 57, tweede lid, Mw). Met de duur van de overtreding wordt in de Richtsnoeren (randnummer 15 e.v.) rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt. De ernst van de overtreding, welke wordt bepaald door de aard van de concurrentiebeperking en de gevolgen voor de mededinging⁸², komt in de Boetrichtsnoeren tot uitdrukking in respectievelijk de zwaarte van de overtreding en de economische context.

⁸¹ Richtsnoeren Boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet van de d-g NMa van 19 december 2001, Stcrt. 2001, nr. 248.

⁸² Regeringsstandpunt over inhoud Mededingingswet in adviesaanvraag aan SER (PG Mw, pag. 83).

149. Voorts heeft de d-g NMa aansluiting gezocht bij de criteria, zoals die blijken uit de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet. Onder meer kunnen worden genoemd de omzet in de producten of diensten en het voordeel dat is behaald⁸³. Deze laatste factoren komen eveneens tot uitdrukking in de betrokken omzet. Blijkens de wetsgeschiedenis speelt de financiële positie van de onderneming in beginsel geen rol (“geen beloning” van slecht ondernemingsbeleid), evenwel met dien verstande dat de boete niet een faillissement waarschijnlijk moet maken⁸⁴.
150. Ingevolge artikel 4:84 Awb dient de d-g NMa overeenkomstig de Richtsnoeren te handelen, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.
151. De stelling van Groenewoud dat de Boeterichtsnoeren geen juist kader zouden vormen voor de berekening van de boete, kan de d-g NMa niet volgen. De d-g NMa stelt voorop dat de Boeterichtsnoeren geen aanvulling of nadere omschrijving bevatten van het feit waarop in artikel 56 Mw een sanctie is gesteld. Ten tijde van de overtreding gold er voorts geen beleidsregel of vast beleid waarop de betrokken ondernemingen het vertrouwen konden baseren dat de d-g NMa op een andere wijze van de boetebevoegdheid gebruik zou maken dan is voorzien in de Boeterichtsnoeren. De betrokken ondernemingen geven ook niet aan in welk opzicht ten tijde van de overtreding vertrouwen zou zijn gewekt dat nadien bij de vaststelling van de Boeterichtsnoeren zou zijn geschonden. In ieder geval heeft de d-g NMa geen vertrouwen gewekt dat verhindert dat hij boetes op de Boeterichtsnoeren kan baseren. De Boeterichtsnoeren bewegen zich bovendien binnen de grenzen van de wettelijke boetebevoegdheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zodat toepassing van de Boeterichtsnoeren voor de betrokken ondernemingen geen ongunstiger resultaat oplevert dan “rechtstreekse” toepassing van de wettelijke bevoegdheid.
152. Voor onevenredig hoge boetes door toepassing van de Boeterichtsnoeren hoeft niet te worden gevreesd, omdat de evenredigheid van meet af aan in de boetesystematiek van de Boeterichtsnoeren is ingebouwd. Zo is reeds de eerste stap van die systematiek, het vaststellen van de betrokken omzet, uitdrukkelijk gericht op een redelijke verhouding van de boete tot het voordeel voor de overtreder, tot de schade aan de mededinging, tot de beoogde preventie en tot de boetes die wegens dezelfde overtreding aan andere ondernemingen zijn opgelegd (randnummer 8 van de Boeterichtsnoeren). En voor het geval de systematiek niettemin tot een onredelijk resultaat mocht leiden, bepalen de Boeterichtsnoeren aan het slot (randnummer 29) dat de d-g NMa de boete vaststelt met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur en dat de d-g NMa van de Boeterichtsnoeren kan afwijken,

⁸³ Regeringsstandpunt over inhoud Mededingingswet in adviesaanvraag aan SER (PG Mw, pag. 83).

⁸⁴ Tweede Kamer, 24707, nr 3, pag 88-89 (toelichting op artikel 57).

indien onverkorte toepassing daarvan tot evidente onbillijkheid leidt. Ook kan de d-g NMa krachtens randnummer 30 van de Boeterichtsnoeren onder bijzondere omstandigheden een symbolische boete opleggen. Uit het boven aangehaalde artikel 4:84 Awb blijkt overigens bovendien dat de d-g NMa ook niet overeenkomstig de Boeterichtsnoeren zou mogen handelen, indien dat zou leiden tot onevenredigheid. Ten slotte wordt een onredelijk hoge boete tegengegaan door het in artikel 57 Mw geregelde wettelijk maximum, terwijl artikel 56, derde lid, Mw een boete uitsluit in geval de betrokkene aannemelijk maakt dat hem geen verwijt kan worden gemaakt. Toepassing van de Boeterichtsnoeren leidt dus niet tot onevenredig hoge boetes.

153. De d-g NMa concludeert dat hij overeenkomstig de Boeterichtsnoeren mag en moet handelen.
154. Ingevolge de Boeterichtsnoeren stelt de d-g NMa een basisboete vast die gebaseerd is op de boetegrondslag die gelijk is aan 10% van de betrokken omzet, zoals gedefinieerd in randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren. Deze boetegrondslag dient vervolgens te worden vermenigvuldigd met een rekenfactor die wordt bepaald door de ernst van de overtreding in het concrete geval. Na vaststelling van een basisboete kan het boetebedrag als gevolg van boeteverhogende of -verlagende omstandigheden nog naar boven of beneden worden bijgesteld.

8.2 Boetegrondslag

155. Gezien de aard van de afspraak, waarin de betrokken ondernemingen de markt hebben verdeeld, in die zin dat zij aan de hand van vastgestelde ('marktaandeel') percentages de opdrachten voor de aanleg, de renovatie en het onderhoud van kunststof atletiekbanen verdeelden, gaat de d-g NMa, met inachtneming van randnummer 15 van de Boeterichtsnoeren, uit van de totale omzet die de betrokken ondernemingen hebben behaald in de periode waarop de overtreding betrekking heeft. Aldus dient per onderneming de omzet te worden bepaald die in de periode van 1 januari 1998 tot en met 8 december 2000 is behaald met de aanleg, de renovatie en het onderhoud van kunststof atletiekbanen. Partijen hebben inzicht verschaft in jaaromzetten gerealiseerd met de aanleg, de renovatie en het onderhoud van atletiekbanen. De d-g NMa meent van deze cijfers te kunnen uitgaan. Daarbij wordt de omzet behaald in de periode van 1 januari 2000 tot en met 8 december 2000 naar evenredigheid met de omzet in het gehele kalenderjaar bepaald, in aanmerking genomen dat blijkens de zienswijzen van partijen in de wintermaanden nagenoeg geen omzet in de branche wordt behaald, zodat partijen niet door de evenredige vermindering van de jaaromzet worden benadeeld.

156. De betrokken omzet per onderneming bedraagt derhalve:

| | |
|---------------------------------|---------------|
| Groenewoud | EUR 3.790.079 |
| Arcadis | EUR 1.494.012 |
| Van Gelder | EUR 272.674 |
| Oranjewoud | EUR 4.904.883 |
| Van Lee/ Heijmans ⁸⁵ | EUR 2.465.175 |

Conform de Boeterichtsnoeren is de boetegrondslag gelijk aan 10% van de betrokken omzet.

157. Oranjewoud betoogt dat bij de berekening van de boete rekening zou moeten worden gehouden met acquisitie- en calculatiekosten. De d-g NMa begrijpt deze stelling aldus dat de kosten die zijn gemoeid met het dingen naar een project hoog zijn, ook als dat niet in een opdracht resulteert. De d-g NMa ziet in de aanwezigheid van een hoge kostenpost ongeacht de hoogte van de omzet, wat daar verder ook van zij, geen reden om niet de betrokken omzet als uitgangspunt te hanteren. In de Boeterichtsnoeren is immers gekozen voor beboeting naar evenredigheid van omzet en niet naar evenredigheid van winstgevendheid.⁸⁶

8.3 Ernst van de overtreding

158. De Boeterichtsnoeren merken als zeer zware overtredingen onder meer aan horizontale marktverdelingsafspraken en quotaregelingen. De overtreding van partijen in de onderhavige zaak dient te worden aangemerkt als een zeer zware overtreding. Zoals ook uit het voorgaande voortvloeit, hadden de afspraken dan wel gedragingen van partijen (horizontale) afstemming tussen concurrenten omtrent verdeling van markt/ afnemers tot doel.

159. Voor deze zeer zware overtreding geldt op grond van de Boeterichtsnoeren een rekenfactor van 1,5 tot 3. De d-g NMa stelt in elk individueel geval de hoogte van de rekenfactor vast met inachtneming van de ernst van de overtreding.

160. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de d-g NMa, naast de zwaarte van de overtreding, rekening met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijk marktaandeel, de

⁸⁵ Van Lee heeft de vastgestelde overtreding begaan (zie randnummer 141 van dit besluit), zodat wat betreft de bepaling van de betrokken omzet bepalend is de omzet die Van Lee in de betrokken periode heeft gerealiseerd.

⁸⁶ Zoals in randnummer 149 reeds is opgemerkt speelt de financiële positie van de onderneming in beginsel geen rol, met dien verstande dat de boete niet een faillissement waarschijnlijk moet maken.

structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. De d-g NMa kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.

161. In het kader van de boeteoplegging in de onderhavige zaak neemt de d-g NMa met name het navolgende in acht. Zoals reeds eerder aangegeven, zijn de betrokken ondernemingen vijf grote bedrijven in Nederland die zijn gespecialiseerd in de aanleg, de renovatie en het onderhoud van kunststof atletiekbanen. In de voor de overtreding relevante periode is het overgrote deel van de werken inzake de aanleg, de renovatie en onderhoud van kunststof atletiekbanen in heel Nederland door de betrokken ondernemingen uitgevoerd. Voorts is in dit kader van belang dat de overtreding een structureel karakter had. Daarnaast wordt in deze sector een groot deel van de orders toegekend op basis van inschrijvingsprocedures waarvan de bedoeling is de gegadigden tegen elkaar te laten opbieden. Opdrachtgevers, zoals gemeenten en atletiekverenigingen, die een aanbestedingsprocedure uitschrijven, hebben de rechtmatige verwachting dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de deelnemers. In het onderhavige geval is deze verwachting ernstig geschonden doordat de vijf betrokken ondernemingen handelden in het kader van een overkoepelende afspraak over de systematische verdeling van omzetten volgens een door de partijen vastgestelde verdeelsleutel voor de desbetreffende opdrachten.

162. Op grond van het voorgaande is de d-g NMa van oordeel dat de overtreding een aanmerkelijke economische weerslag op de markt heeft en dat de (potentiële) schade als gevolg van deze overtreding voor de verschillende opdrachtgevers en de mededinging navenant is.

163. De d-g NMa concludeert dat er, gelet op de aard van de overtreding en de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden, sprake is van een zeer ernstige overtreding. In het onderhavige geval acht de d-g NMa een rekenfactor van 2,25 aangewezen.

8.4 Boeteverhogende omstandigheden

164. Overeenkomstig de randnummers 26-28 van de Boeterichtsnoeren kan de d-g NMa boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen.

165. De d-g NMa ziet een boeteverhogende omstandigheid in het feit dat partijen niet onkundig kunnen zijn geweest voor wat betreft het verboden karakter van marktverdelingsregelingen. Niet alleen is deze vorm van concurrentiebeperking opgenomen in de lijst van voorbeelden van artikel 81 EG-Verdrag, maar bovendien is dit reeds jaren in Europese jurisprudentie en de

beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie vastgelegd⁸⁷ welke, zoals bekend, richtinggevend zijn voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw.

166. Ook 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.⁸⁸ Dit besluit trad reeds met ingang van 1 juni 1994 in werking.⁸⁹

167. In dit verband is tevens van belang dat bij de inwerkingtreding van de Mededingingswet in het openbaar en specifiek is stilgestaan bij de het mededingingsrecht in relatie tot de bouw. De wetgever heeft er toen geen misverstand over laten bestaan dat de mededingingsregels van toepassing zijn op de bouwsector.⁹⁰

168. Daarnaast hebben de Europese Commissie en de NMa eerder reeds negatief geoordeeld over soortgelijke afstemmingen in de bouwsector⁹¹.

169. De betrokken ondernemingen konden aldus bij uitstek op de hoogte zijn van het verboden karakter van de overeenkomst en/of onderlinge afstemming.

170. De d-g NMa ziet in het bovenstaande aanleiding de boete voor ieder van de betrokken ondernemingen te verhogen met 10%.

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld beschikking van de Commissie d.d. 10 juli 1986, *Bitume dakbedekking*, Pb L 232 van 19 augustus 1986, blz. 15-33, bevestigd door het HvJ in zaak 246/86, d.d. 11 juli 1989, *Jurispr.* 1989, blz. 2117. Voor een ander voorbeeld, zie beschikking van de Commissie d.d. 23 november 1984, *Peroxydeproducten*, Pb L 35 van 7 februari 1985, blz. 1-34.

⁸⁸ Besluit van 19 januari 1994, *Stb.* 56, houdende onverbindendverklaring van bepalingen in mededingingsregelingen inzake marktverdeling (*Besluit marktverdelingsregelingen*). In de toelichting wordt onder andere opgemerkt dat men “daarbij bijvoorbeeld kan denken aan een quoteringsregeling waarin de omzetten van de deelnemers uit een voorafgaande periode als uitgangspunt worden genomen”.

⁸⁹ Zie ook MvT bij de Mw, Tweede Kamer 24 707, nr. 3, p.6.

⁹⁰ Tweede Kamer, 24 707, nr. 6, Nota naar aanleiding van het verslag, 23 oktober 1996, p. 5-6.

⁹¹ Het HvJ heeft de betreffende beschikking van de Europese Commissie bevestigd in het arrest van 25 maart 1996, C-137/95-P, *Jur.* 1996 I-1611.

8.5 Boeteverlagende omstandigheden

171. Voorzover Arcadis en Van Gelder lijken te betogen dat hun respectievelijke omstandigheden aanleiding zouden moeten geven tot verlaging van de boete, overweegt de d-g NMa als volgt. Zoals hierboven is beschreven, wordt de hoogte van iedere individuele boete bepaald door de betrokken omzet van de onderneming die de overtreding heeft begaan. Anders dan Arcadis en Van Gelder veronderstellen is aldus de omvang van hun omzet reeds verdisconteerd in de bovengenoemde basisboetes.
172. Voorts overweegt de d-g NMa dat voor de bepaling van de boete niet relevant is dat Van Gelder geen (exclusieve) relatie met een toplaagleverancier had en om die reden niet door het NOC* NSF werd erkend als atletiekbaanbouwer, zoals Van Gelder betoogt. Hetzelfde geldt voor de door Van Gelder gestelde beëindiging van haar activiteiten op het gebied van aanleg, renovatie en onderhoud van atletiekbanen, nu die beëindiging volgens haar is geëffectueerd na de periode waarin de overtreding door haar is begaan.
173. Verder ziet de d-g NMa in het integriteitsbeleid van Arcadis en Oranjewoud evenmin aanleiding om de boetes te verlagen. Daartoe overweegt de d-g NMa dat Arcadis en Oranjewoud onvoldoende hebben aangetoond dat het een daadwerkelijk geïmplementeerd, werkend en voldoende effectief bedrijfscontrolesysteem betreft met scherpe interne procedures om naleving van de Mededingingswet te bevorderen. Reeds om die reden kan het hierboven genoemde integriteitsbeleid niet leiden tot een verlaging van de boetes.
174. Ten slotte is de d-g NMa van oordeel dat de omstandigheid dat het maken van afspraken met concurrenten was ingegeven door de sterke positie van leveranciers van kunststof enerzijds en het samenspel tussen atletiekverenigingen en aanbestedende gemeenten anderzijds, zoals Oranjewoud stelt, geen enkele rechtvaardiging kan vormen voor de inbreuk. Het was Oranjewoud immers niet onmogelijk om af te zien van het maken van afspraken met haar concurrenten.

8.6 Wettelijk maximum

175. Per onderneming is de boetegrondslag vermenigvuldigd met de rekenfactor 2,25. Daarna is de uitkomst, zoals in randnummer 170 met 10% verhoogd. De d-g NMa heeft vervolgens overeenkomstig artikel 57 Mw ambtshalve getoetst of de boete hoger is dan EUR 450.000 dan wel, indien dat meer is, hoger dan 10% van de omzet van de onderneming in het jaar 2002. Aldus komt de d-g NMa op de volgende boetebedragen. De bedragen worden door de boeteoplegging naar beneden afgerond, zijnde het meest dichtbij zijnde duizend-tal:

| | |
|------------------|---|
| Groenewoud | EUR 450.000; |
| Arcadis | EUR 369.000; |
| Van Gelder | EUR 67.000; |
| Oranjewoud | EUR 1.213.000; |
| Van Lee/Heijmans | EUR 610.000, waarbij beide rechtspersonen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel. |

8.7 Matiging boete

176. De Boeterichtsnoeren geven in randnummers 29-30 de mogelijkheid een boete te matigen (algemene beginselen van behoorlijk bestuur, evidente onbillijkheid, symbolische boete). De d-g NMa ziet in de onderhavige zaak geen aanleiding tot matiging van de boetes. De d-g NMa acht de bedragen in overeenstemming met de uitgangspunten zoals neergelegd in de Boeterrichtsnoeren en de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur.

9. Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit legt:

- I. ARCADIS PlanRealisatie B.V., statutair gevestigd te Arnhem, een boete op van EUR 369.000;
- II. Van Gelder Cultuurtechniek B.V., statutair gevestigd te Elburg, een boete op van EUR 67.000;
- III. Groenewoud Sport & Recreatie B.V., statutair gevestigd te Utrecht, een boete op van EUR 450.000;
- IV. Heijmans Sport en Groen B.V., statutair gevestigd te Rosmalen, alsmede Aannemingsbedrijf Van Lee B.V., statutair gevestigd te Veghel, een boete op van EUR 610.000, waarbij beide rechtspersonen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel;
- V. Ingenieursbureau "Oranjewoud" B.V., statutair gevestigd te Heerenveen, een boete op van EUR 1.213.000.

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

Datum:

Mr. P. Kalbfleisch
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Een bezwaarschrift kan worden gezonden aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.