ECLI:NL:RBROT:2016:4858

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	30-06-2016
Datum publicatie	30-06-2016
Zaaknummer	ROT 15/5276 en ROT 15/5277
Rechtsgebieden	Mededingingsrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Bij uitspraak van 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4738, heeft de rechtbank al vastgesteld dat in elf aanbestedingen artikel 6 van de Mw is overtreden. De rechtbank is van oordeel dat eisers als feitelijk leidinggevende aan de overtreding kunnen worden aangemerkt. Geen (voorwaardelijk) opzet op de wederrechtelijkheid van de gedragingen vereist. Boeteverlaging omdat de rechtbank een lagere ernstfactor passend en geboden acht en vanwege de omstandigheid dat in het (Nederlandse) mededingingsrecht ten tijde van de overtreding nog niet dergelijke hoge boetes aan natuurlijke personen waren opgelegd.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Zittingsplaats Rotterdam

Team Bestuursrecht 1

zaaknummers: ROT 15/5276 en ROT 15/5277

uitspraak van de meervoudige kamer van 30 juni 2016 in de zaken tussen

[naam] , eiser 1,

[naam] , eiser 2, tezamen eisers,
gemachtigde: mr. S.M.M.C. Vinken,

en

Autoriteit Consument & Markt (ACM), verweerster,

gemachtigden: mr. A.S.M.L. Prompers en mr. R. E. Tak.

Procesverloop

Bij besluit van 29 oktober 2010 heeft ACM aan - onder meer - [naam] B.V. (onderneming 1), [naam] B.V. (onderneming 2) en [naam] B.V. (onderneming 3) een boete opgelegd wegens overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw).

Bij besluiten van 29 oktober 2010 heeft ACM aan eisers boetes opgelegd, omdat zij feitelijk leiding zouden hebben gegeven aan deze overtreding.

Bij besluit van 8 maart 2012 zijn de bezwaren van de ondernemingen ongegrond verklaard. De ondernemingen hebben hiertegen beroep ingesteld.

Bij besluiten van 8 maart 2012 zijn de bezwaren van eisers ongegrond verklaard. Eisers hebben tegen deze besluiten (bestreden besluiten) beroep ingesteld.

Bij uitspraak van 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079, heeft de rechtbank de beroepen van eisers en de ondernemingen gegrond verklaard, de besluiten van 8 maart 20102 vernietigd en de besluiten van 29 oktober 2010 herroepen.

Bij uitspraak van 9 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:193, heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) de uitspraak van de rechtbank vernietigd en de zaken teruggewezen naar de rechtbank. De stukken waarvoor het CBb de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd heeft geacht, heeft hij teruggezonden naar ACM. De overige stukken heeft het CBb naar de rechtbank verzonden.

Bij brief van 9 maart 2016 heeft ACM in de zaak van eiser 1 gesteld dat een aantal stukken, namelijk die van eiser 1 zelf afkomstig zijn, niet voor eiser 1 vertrouwelijk zijn. Op verzoek van ACM heeft de rechtbank deze stukken toegevoegd aan het dossier van eiser 1 en in afschrift aan eiser 1 toegezonden.

Bij brief van 9 maart 2016 heeft ACM in de zaak van eiser 2 gesteld dat een aantal stukken, namelijk die van eiser 2 zelf afkomstig zijn, niet voor eiser 2 vertrouwelijk zijn. Op verzoek van ACM heeft de rechtbank deze stukken toegevoegd aan het dossier van eiser 2 en in afschrift aan eiser 2 toegezonden.

Bij deze brieven heeft ACM voor een aantal (gedeelten van) stukken de rechtbank meegedeeld dat uitsluitend zij daarvan kennis zal mogen nemen (artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en verzocht om met toepassing van artikel 8:29, derde lid, van de Awb te beslissen dat de beperkte kennisneming gerechtvaardigd is.

Bij brief van 10 maart 2016 heeft de gemachtigde van eisers nog stukken overgelegd.

Bij beslissing van 15 maart 2016 heeft de rechter-commissaris de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht. Eisers hebben toestemming ex artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb verleend.

Het onderzoek ter zitting heeft - tezamen met de zaak met het procedurenummer ROT 15/5275 - plaatsgevonden op 21 maart 2016. In de zaken van eisers heeft voor elk afzonderlijk voor hun individuele

deel nog een behandeling ter zitting achter gesloten deuren plaatsgevonden. Voor eisers is verschenen hun gemachtigde. ACM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden.

Overwegingen

1. ACM heeft op 9 december 2008 een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6 van de Mw door ondernemingen die actief zijn op het gebied van grond-, weg- en waterbouw in Zuid-Limburg. Op basis van de resultaten van haar onderzoek heeft ACM zich op het standpunt gesteld dat onderneming 1 en [naam] B.V. (onderneming Z) in de periode maart 2008 tot en met december 2008 in elk geval inschrijfcijfers hebben afgestemd en/of informatie hebben uitgewisseld over hun voorgenomen inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op 11 aanbestedingen. Hiermee hebben onderneming 1 en onderneming Z volgens ACM het kartelverbod van artikel 6 van de Mw overtreden. ACM rekent de overtreding van onderneming 1 toe aan onderneming 2 en onderneming 3 en heeft deze ondernemingen een boete opgelegd van 3 miljoen euro. ACM heeft eiser 1 een boete van 100.000,-- opgelegd en eiser 2 een boete van 250.000,--, omdat zij feitelijk leiding zouden hebben gegeven aan deze overtreding.

2. Eisers betwisten dat er sprake is van een overtreding van artikel 6 van de Mw, zodat er ook geen sprake is van feitelijk leidinggeven aan een overtreding. Bij uitspraak van 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4738, heeft de rechtbank vastgesteld dat bij deze 11 aanbestedingen artikel 6 van de Mw is overtreden, zodat het beroep van eisers dat geen sprake is van een overtreding van artikel 6 van de Mw niet slaagt.

<u>Bevoegdheid tot het opleggen van een boete</u>

3. Bij een overtreding van artikel 6 van de Mw kan ACM op grond van artikel 56, eerste lid, van de Mw - zoals dat luidde tot 1 juli 2009 - de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een boete opleggen. Het vierde lid van dit artikel bepaalt dat artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht (WvSr) van overeenkomstige toepassing is.

4. Op grond van artikel 51 van het WvSr kan indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, de strafvervolging worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1°. tegen die rechtspersoon, dan wel

2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.

5. Eisers stellen dat er geen sprake is van feitelijk leidinggeven omdat voorwaardelijk opzet ontbreekt. Eiser 1 erkent dat vooral hij telefonische contacten onderhield met onderneming Z en ontkent niet dat de contacten hebben plaatsgevonden. Hij stelt echter dat hij oprecht in de veronderstelling verkeerde dat cover pricing was toegestaan. De gedragingen, die nu aan de orde zijn, zijn van een heel andere orde dan de aanbestedingsafspraken waarvoor verschillende bouwbedrijven (waaronder (een van) de ondernemingen) eerder zijn beboet en eiser 1 onthield zich uitdrukkelijk van dat type gedragingen. De gedragingen die ACM eiser 1 nu verwijt zijn niet eerder beboet. Pas in 2009 heeft de Office of Fair Trading (OFT) verschillende bouwondernemingen beboet op verdenking van cover pricing, terwijl de gedragingen die eiser 1 nu worden verweten pas in 2008 plaatsvonden. Ook heeft ACM pas in 2010 een brochure gepubliceerd waarin voor het eerst werd verwezen naar het verboden karakter van een schijnbieding (cover price).

Eiser 2 stelt dat ACM onvoldoende heeft kunnen aantonen dat hij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen. Eiser 2 stelt dat ACM zich enkel baseert op indirecte bewijsmiddelen, te weten een tapverslag over de aanbesteding Binnenring 2e fase Heerlen, een tapverslag tussen eiser 1 en de heer [naam] (A van onderneming Z) en de verklaring van eiser 2 ter hoorzitting van 8 juli 2010. Eiser 2 betwist de bewijskracht van deze middelen. Hij stelt dat ACM van de aanbesteding in Heerlen in 2010 heeft bepaald dat wegens gebrek aan bewijs er geen sprake is van overtreding van de Mw. Uit de vermelding van de naam [...] in het tapverslag van het gesprek tussen eiser 1 en A van onderneming Z kan niet worden afgeleid dat het daadwerkelijk om eiser 2 gaat. Eiser 2 heeft verschillende alternatieve personen genoemd die het mogelijk kan betreffen. Tot slot stelt eiser 2 dat hij ter hoorzitting slechts een algemene omschrijving heeft gegeven over het fenomeen cover pricing. Hij ontkent dat hij een toelichting gaf over de (gebruikelijke) gang van zaken bij onderneming 1.

6.1. De rechtbank is van oordeel dat eisers 1 en 2 als feitelijk leidinggevende aan de overtreding kunnen worden aangemerkt. Het CBb heeft in zijn uitspraak van 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, overwogen dat van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen sprake is indien de desbetreffende functionaris van die gedragingen op de hoogte was, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze gedragingen zich zouden voordoen, bevoegd en redelijkerwijs gehouden was deze gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen en maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten. Het CBb zag geen grond voor het oordeel dat in dit verband is vereist dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet op de wederrechtelijkheid van de gedragingen. Met andere woorden: niet van belang is of eisers wisten dat de gedragingen een overtreding zouden opleveren.

6.2. Wat betreft eiser 2 is de rechtbank van oordeel dat - daargelaten de inhoud van de door hem genoemde tapverslagen - uit zijn verklaring ter hoorzitting blijkt hij van de gedragingen op de hoogte was en niet enkel een algemene omschrijving heeft gegeven van het fenomeen cover pricing. Hij verklaarde onder meer het volgende:

Het kan voorkomen dat de capaciteit van een bouwbedrijf of een wegenbouwbedrijf, zoals [naam] , op een gegeven moment, vol benut is. De hoorcommissie moet zich het zo voorstellen, dat er in het hoogseizoen wanneer een bedrijf een aantal asfaltsets op de weg heeft zitten en geen mogelijkheid ziet om het werk uit te voeren een vaste opdrachtgever is die regelmatig vraagt om mee te doen met aanbestedingen. [naam] wil bij zon inschrijving dan toch serieus overkomen. Zij wil geen absurd bedrag neerleggen. Als dan vlak voor de aanbesteding blijkt dat het een asfaltwerk is waarvoor helemaal geen capaciteit is, dan kan het voorkomen - zoals ook in het dossier te lezen is - dat bij een concurrent gevraagd wordt: Waar schrijf jij voor? Of anders: Ik heb het uitgerekend. Ik wil voor dat bedrag schrijven. Maar ik kan het niet aannemen, want ik kan het niet aan. Als ik voor dat bedrag schrijf, neem ik het dan aan? Of zit jij lager dan ik? Dat komt voor, gewoon om naar de opdrachtgever een reële prijs neer te leggen. Niet om de prijs op te hogen met 30-40% om er zeker van te zijn dat je het niet hebt. Dan komt het voor dat ze het afchecken: Ik wil graag inschrijven, zodat ik in de rij sta om de volgende keer absoluut weer te mogen meedoen en een kans te hebben. Misschien kan ik het dan wel aan, maar op dit moment past het niet.

()

Bij bouwondernemingen komt het voor, zelfs bij onderhandse aanbestedingen, dat als een bouwbedrijf geen tijd heeft, ze bestek en tekeningen terugsturen en zeggen: We hebben geen tijd. Dat komt voor. In de wegenbouw is dat niet gebruikelijk, want dat wordt opgevat als desinteresse en het niet waarderen van een aanvraag. Dan loop je het risico dat het bedrijf de volgende keer niet wordt uitgenodigd. Dus je wil wel graag inschrijven en dan ook serieus overkomen en er netjes bijstaan. Dat is de reden waardoor dit gedrag voorkomt.

()

() kan zelfs voorbeelden geven van opdrachtgevers, die een systeem hanteren waarbij ze voor een onderhandse aanbesteding zes partijen vragen om in te schrijven en de twee hoogste inschrijvers afvallen. Die komen op een reservelijst. De volgende aanbesteding wordt aangevuld met twee andere bedrijven, die worden uitgenodigd om mee te doen. Dat is ook de reden waarom [naam] graag concurrerend in de rij wil staan.

()

De hoorcommissie moet het zo zien dat ze behoorlijk wat inspanningen moeten doen om aan het werk te komen. Er vinden behoorlijk wat acquisitie-inspanningen plaats om uitgenodigd te worden voor werkzaamheden. Het betekent dat er gedurende het jaar, als er een relatie gezocht wordt, gevraagd wordt: Geef ons een kans en laat ons meedoen. De hoorcommissie zal zich kunnen voorstellen als er in de winterperiode een opdrachtgever wordt gezocht en er wordt gevraagd: Als er onderhoudswerk komt, mogen we dan alsjeblieft meedoen met de inschrijving? en die uitnodiging komt dan bijvoorbeeld in juli, de situatie heel anders kan zijn, dat men dan helemaal vol kan zitten. Als je dan zegt: Ik heb geen tijd, ik heb geen interesse, krijg je toch de reactie: Toen kwam je vragen. Nu hoef je niet! Als onderneming ben je toch bang om een volgende keer uitgesloten te worden

()

Dat komt omdat [naam] de filosofe had: Prijsvechter. Zorgen dat je aan de bak blijft. Veel werk. Veel acquisitie. Zorgen dat je overal kunt meedoen. Dat was de filosofie van het bedrijf: Zorgen dat je aan de bak blijft. Vandaar ook die spectaculaire groei waarover vaker gepubliceerd is. Dat betekende alleen: Marktpositie verwerven door te zorgen dat je de laagste wordt. Dat lukte [naam] ook. Daardoor durfden ze ook niet desinteresse aan een opdrachtgever te tonen: Deze keer niet.

6.3. Eiser 2 was - zoals onweersproken door ACM is gesteld - in de periode 1998 tot december 2001 werkzaam in een leidinggevende functie bij onderneming 1 en is in die periode, waaronder in de periode dat onderneming 1 beboet is, statutair directeur geworden. ACM heeft in de periode 2005-2006 aan ondernemingen behorend tot de [naam] -groep een boete van 1,5 miljoen opgelegd wegens overtreding van artikel 6 van de Mw in de periode 1998 tot december 2001 (bouwfraude). Eiser 2 heeft als - als statutair directeur - nagelaten maatregelen te treffen om herhaalde overtreding van artikel 6 van de Mw te voorkomen. De rechtbank is dan ook van oordeel, mede gelet op de onder 6.2 weergegeven citaten, dat eiser 2 van de gedragingen op de hoogte was, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze gedragingen zich zouden voordoen, bevoegd en redelijkerwijs gehouden was deze gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen en maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten.

<u>De (hoogte van de) opgelegde boetes</u>

7.1. Volgens vaste jurisprudentie, ook van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), dient de rechter de hoogte van een opgelegde boete "vol" te toetsen. Dat wil zeggen dat de rechter ten volle beoordeelt of, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, onevenredigheid bestaat tussen de overtreding en de opgelegde boete. Deze norm ligt besloten in zowel het ten tijde van de overtreding van toepassing zijnde artikel 3:4, tweede lid, van de Awb als in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Indien de rechter oordeelt dat deze norm is geschonden, mag hij ook - met gebruikmaking van de bevoegdheid om zijn uitspraak in de plaats te stellen van het door hem vernietigde besluit - zelf een lagere boete opleggen of eventueel de boete op nihil stellen.

7.2. Bij het gebruik maken van de bevoegdheid tot boeteoplegging is ACM allereerst gebonden aan het in artikel 57 van de Mw opgenomen maximum van 450.000,--. Op grond van het tweede lid van dat artikel houdt ACM bij vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.

7.3. ACM is voor de bepaling van de hoogte van de boete uitgegaan van de Boetecode 2007 (Boetecode 2007, gepubliceerd in de Stcrt. van 29 juni 2007, nr. 123, nadien gewijzigd en gepubliceerd in de Stcrt. van 10 oktober 2007, nr. 196). Randnummer 14 van deze Boetecode 2007 bepaalt dat ACM bij natuurlijke personen een boetegrondslag vaststelt gerelateerd aan de zwaarte van de overtreding en het inkomen en vermogen van de overtreder om tot een boete te komen die zowel uit het oogpunt van algemene als uit het oogpunt van specifieke preventie voldoende afschrikwekkend is. Op grond van randnummer 50 onder 2) wordt die boetegrondslag bepaald binnen de bandbreedte van 50.000,-- tot 400.000,--. Randnummer 50a van de Boetecode 2007 bepaalt dat ACM door bijstelling van de boetegrondslag met inachtneming van de ernst en, indien toepasselijk, de duur van de overtreding de basisboete vaststelt. ACM kan de basisboete bijstellen vanwege boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden. Daartoe behoren onder meer, voor zover toepasbaar, de onder randnummer 48 en 49 vermelde omstandigheden, evenals a) de mate van betrokkenheid van de natuurlijke persoon bij het plegen van de overtreding en b) de positie van de natuurlijke persoon binnen de onderneming of ondernemersvereniging waarvoor hij of zij werkzaam is, dan wel was.

7.4. De rechtbank overweegt dat het aan ACM is om binnen het kader van artikel 57 van de Mw bij het bepalen van de boete (grondslag) een keuze te maken. De in de Boetecode 2007 gemaakte keuze acht de rechtbank in beginsel niet in strijd met artikel 57 van de Mw en evenmin onredelijk.

8.1. ACM stelt dat onderneming 1 zich schuldig heeft gemaakt aan zeer ernstige overtredingen. Eiser 1 gaf persoonlijk en actief uitvoering aan de afstemming van inschrijfprijzen en -gedrag met onderneming Z. ACM heeft, met inachtneming van de ernst van de overtreding en vooral in aanmerking nemende de financiële positie van eiser 1 in 2009, achtereenvolgens de boetegrondslag en de basisboete vastgesteld op 100.000,--. ACM heeft geen aanleiding gezien voor een boeteverhoging dan wel een boeteverlaging.

8.2. ACM rekent het eiser 2 zwaar aan dat hij - als statutair directeur - heeft nagelaten maatregelen te treffen om herhaalde overtreding van artikel 6 van de Mw te voorkomen. ACM heeft, met inachtneming van de ernst van de overtreding en in aanmerking nemende de financiële positie van eiser 2 in 2009, achtereenvolgens de boetegrondslag en de basisboete vastgesteld op 250.000,--. ACM heeft geen aanleiding gezien voor een boeteverhoging dan wel een boeteverlaging.

9.1. Eisers stellen dat ACM ten onrechte de media-aandacht niet mee heeft gewogen als boeteverlagende omstandigheid. Vanuit ACM bezien gaat van de media-aandacht juist een positief effect uit. De boodschap die ACM naar buiten wil dragen wordt telkenmale weer benadrukt (ten koste van eisers persoonlijk). Vanuit het oogpunt van de preventieve werking is het dan ook niet nodig dat ACM nog eens een zeer hoge boete oplegt.

9.2. De rechtbank volgt eisers niet in dit betoog. De rechtbank is van oordeel dat niet is gebleken van meer dan te verwachten aandacht, die aanleiding zou moeten geven voor boetematiging.

10. Eisers stellen dat ACM in vergelijkbare zaken zeescheepsafval en sloperszaak helemaal geen feitelijke leidinggevenden heeft beboet en dat het daarom onterecht is dat zij wel een boete krijgen. ACM stelt daartegenover dat haar discretionaire bevoegdheid en de bewijsmiddelen een rol spelen bij de afweging een feitelijk leidinggevende te beboeten. Dit heeft ertoe geleid dat in de door eisers genoemde zaken de feitelijk leidinggevenden niet zijn beboet. De rechtbank is van oordeel dat ACM voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat van gelijke gevallen geen sprake is en dat ACM hiermee het beroep van eisers op strijd met het gelijkheidsbeginsel afdoende heeft weerlegd.

11.1. Eisers stellen voorts dat ACM niet heeft gemotiveerd waarom hun boetes zo in hoogte verschillen. Zij stellen verder dat als er al een boete opgelegd moet worden dat dan hooguit een symbolische boete zou moeten zijn. De Boetecode 2007 biedt, in randnummer 55, ACM hiervoor de mogelijkheid, wanneer sprake is van zeer bijzondere omstandigheden van het geval die hiertoe aanleiding geven. Eisers stellen dat het feit dat ACM voor het eerst gebruik maakt van telefoontaps, het de eerste keer is

dat een onderneming mogelijk beboet wordt voor dit type informatie-uitwisseling en het de eerste keer is dat ex-werknemers van een onderneming beboet worden als feitelijk leidinggevenden wegens overtreding van een kartelverbod, bijzondere omstandigheden zijn die een symbolische boete rechtvaardigen. Het was immers voor eisers niet voorzienbaar dat zij een boete opgelegd zouden krijgen.

11.2. Deze betogen van eisers slagen niet. Uit de Boetecode 2007 blijkt dat bij natuurlijke personen voor vaststelling van de boetegrondslag rekening wordt gehouden met het inkomen en vermogen van de overtreder. In de toepassing hiervan ligt dan ook de motivering van het verschil in hoogte van de boetes - (vooral) het verschil in de financiële positie - besloten. ACM stelt dat van onvoorzienbaarheid geen sprake kan zijn, onder meer omdat het gaat om een sinds 1 oktober 2007 ingevoerde wettelijke bepaling. De rechtbank is dan ook van oordeel dat ACM voldoende heeft onderbouwd dat hier geen sprake is van bijzondere omstandigheden die een symbolische boete rechtvaardigen.

11.3 Voor zover eisers betogen dat hun financiële posities aanleiding zouden moeten zijn hun boetes te matigen, is de rechtbank van oordeel dat het wettelijk vastgestelde boetemaximum in beginsel voldoende waarborg biedt tegen onevenredige beboeting in verhouding tot de draagkracht van eisers. Gelet op de hiervoor weergegeven boetesystematiek heeft ACM bij het bepalen van de boetegrondslag en de boete al rekening gehouden met de financiële positie van eisers. Eisers hebben in beroep geen nieuwe, (verifieerbare) financiële gegevens overgelegd die tot boetematiging zouden moeten leiden. De rechtbank is dan ook niet gebleken dat ACM onvoldoende rekening heeft gehouden met de financiële positie van eisers.

11.4. Nu de rechtbank echter in haar uitspraak van 23 juni 2016 in de zaak van de onderneming een lagere ernstfactor (geen 1.75 maar 1,5) passend en geboden acht, dient dit naar het oordeel van de rechtbank ook in de boete voor eisers tot uitdrukking te komen, zodat de rechtbank een boete van 100.000,--- voor eiser 1 en een boete van 250.000,-- voor eiser 2 niet passend acht. Hoewel ACM terecht tot de slotsom is gekomen dat er, nu de ernst van de overtreding daaraan in de weg staat, geen aanleiding is voor het opleggen van een symbolische boete, acht de rechtbank ook om andere redenen (verdere) matiging van de boete aangewezen. Deze redenen zijn de lage inschaling van het prijslenen in de categorie zeer zware overtredingen, de omstandigheid dat in het (Nederlandse) mededingingsrecht ten tijde van de overtreding nog niet dergelijke hoge boetes aan natuurlijke personen waren opgelegd. Een boete vastgesteld op een (afgerond) bedrag van 70.000,-- voor eiser 1 en op een (afgerond) bedrag van 175.000,-- voor eiser 2 acht de rechtbank wel passend en geboden. Een dergelijke boete is naar het oordeel van de rechtbank ook zodanig hoog dat aan het in de boetecode 2007 neergelegde oogmerk van speciale en generale preventie voldoende recht wordt gedaan.

Redelijke termijn

12.1. Eisers stellen dat de redelijke termijn van artikel 6 EVRM is geschonden.

12.2. Artikel 6, eerste lid, van het EVRM brengt mee dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging, recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen redelijke termijn door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie. De procedure waarin ACM besluiten heeft genomen waarbij onder meer eisers voor overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mw boetes zijn opgelegd, is begrepen onder de werkingssfeer van artikel 6 van het EVRM, zodat deze procedure binnen een redelijke termijn dient te zijn voltooid. De rechtbank dient dus te beoordelen of de hier bedoelde redelijke termijn al dan niet is overschreden.

12.3. De termijn voor de behandeling van de zaak vangt aan wanneer door ACM jegens in dit geval eisers een handeling is verricht waaraan deze in redelijkheid de verwachting hebben ontleend, en in redelijkheid ook de verwachting hebben kunnen ontlenen, dat hen wegens overtreding van de Mw een boete zal kunnen worden opgelegd. In de regel zal deze termijn aanvangen bij het uitbrengen van een rapport als voorzien in artikel 59 van de Mw.

12.4. In deze procedure is dit rapport op 26 februari 2010 uitgebracht. Eisers voeren - anders dan de enkele niet onderbouwde stelling dat de termijn dient aan te vangen vanaf de datum van de bedrijfsbezoeken op 27 januari 2009 - geen argumenten aan dat en waarom zij op een eerder moment hebben verwacht en redelijkerwijs hebben kunnen verwachten dat hen voor de overtreding van artikel 6 van de Mw een boete opgelegd zou worden. De rechtbank ziet daarom geen aanleiding de redelijke termijn voor behandeling van deze zaken eerder te laten aanvangen dan 26 februari 2010.

12.5. Zoals het CBb in eerdere uitspraken waarin overschrijding van de redelijke termijn aan de orde was, heeft overwogen (zie bijvoorbeeld de uitspraken van 3 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD6629, 7 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0540, 1 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9151 en 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2037) kan de redelijkheid van deze termijn niet in abstracto worden bepaald maar moet deze in iedere zaak worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van dat specifieke geval. Hierbij moeten in aanmerking worden genomen de ingewikkeldheid, zowel feitelijk als juridisch, van de zaak en het gedrag van zowel de betrokken onderneming als van het bestuursorgaan waarbij mede van belang is wat voor de betrokken onderneming op het spel staat.

12.6. Zoals overwogen in de uitspraken van het CBb van 8 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM1588 en 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56, brengen de diversiteit en het geringe repetitieve karakter van procedures strekkende tot naleving van het kartelverbod mee dat een termijn van vijfeneenhalf jaar vanaf het moment van aanvang van die termijn tot en met de uitspraak in hoger beroep als redelijk dient te worden beschouwd, waarbij twee jaar aan bestuurlijke besluitvorming en heroverweging in bezwaar kan worden toegerekend en anderhalf jaar aan de rechterlijke beoordeling in eerste aanleg.

12.7. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252, rechtsoverweging 3.4.5 (inzake een belastingaanslag, niet zijnde een bestuurlijke boete), overwogen dat, voor de bepaling van een overschrijding van de redelijke termijn, bij verwijzing na vernietiging in cassatie, als uitgangspunt heeft te gelden dat de verwijzingsrechter uitspraak doet binnen een jaar na het arrest van de Hoge Raad. De rechtbank zal zich hierbij aansluiten, hetgeen betekent dat in een zaak betreffende de overtreding van het kartelverbod de duur van de procedure tot de uitspraak van de rechtbank volgend op de terugwijzing door het CBb, met aftrek van de duur van de procedure bij het CBb, niet langer dan viereneenhalf jaar mag duren. De procedure bij het CBb heeft twee jaren en één maand minus vier dagen geduurd. Dit betekent dat de redelijke termijn in dit geval op eerst op 22 september 2016 zal zijn verstreken. Nu de rechtbank vóór deze datum uitspraak doet, is er geen sprake van overschrijding van de redelijke termijn.

Eindconclusie

13.1. Uit al het voorgaande volgt dat het beroep van eisers vanwege de hoogte van de boete, en daarmee strijd met het evenredigheidsbeginsel, gegrond is. De bestreden besluiten komen voor zover die zien op de hoogte van de boete voor vernietiging in aanmerking. Voor het overige zijn de beroepen ongegrond.

13.2. De rechtbank zal in zoverre zelf in de zaak voorzien en zal voor eiser 1 de boete vaststellen op een bedrag van 70.000,-- en voor eiser 2 op een bedrag van 175.000,--.

14. Omdat de rechtbank de beroepen gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat ACM aan eisers het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

15. De rechtbank veroordeelt ACM in de door eisers gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op 4.960,-- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting, 1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 2 punten voor het verschijnen ter zitting van 21 januari 2013 en 21 maart 2016 met een waarde per punt van 496,-- en een wegingsfactor 2 (zeer zwaar).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen tegen de bestreden besluiten gegrond voor zover die zijn gericht tegen de (hoogte van de) boetes;
- vernietigt de bestreden besluiten voor zover die zien op de hoogte van de boetes;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde deel van de bestreden besluiten, hetgeen in dit geval inhoudt dat de hoogte van de boete voor eiser 1 wordt vastgesteld op een bedrag van 70.000,-- en voor eisers 2 op een bedrag van 175.000,--;
- verklaart de beroepen voor het overige ongegrond;
- bepaalt dat ACM aan eiser 1 en eiser 2 het door hen betaalde griffierecht van elk 156, --, vergoedt;
- veroordeelt ACM in de proceskosten tot een bedrag van 4.960,--, te betalen aan eisers.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.H. de Wildt, voorzitter, en mr. C.A. Schreuder en mr. Y.E. de Muynck, leden, in aanwezigheid van mr. M. Traousis - van Wingaarden, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 30 juni 2016.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.