

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

Advies in zaak: **3692/Dakwerkzaamheden Philips Drachten**

Leden van de subcommissie: mr. drs. R.C. van Houten (voorzitter),
mr. R.E. Bakker, mw. prof. dr. A.M. van den Bossche,
mr. R.J. Hekket en prof. dr. J.A.H. Maks

Secretaris van de subcommissie: mr. W.T. Algera

Datum

Bijlage(n)

27 juli 2005

Besluit d.d. 14 juni 2004 in zaak 3692/Dakwerkzaamheden
Philips Drachten

OPENBARE VERSIE

Inhoudsopgave:

1	Inleiding	2
2	Procedure	2
3	Bestreden besluit	3
4	Beoordeling van de bezwaren	4
	<u>4.1 Procedurele bezwaren</u>	5
	4.1.1 Rechtmatigheid bedrijfsbezoeken; art. 8 EVRM	5
	4.1.2 De uitvoering van het onderzoek (reikwijdte en onderzoeksbevoegdheden)	7
	4.1.3 Anonieme tipgever	8
	<u>4.2 Feiten en inbreuken</u>	9
	<u>4.3 Inbreuk op art. 6 Mededingingswet</u>	11
	4.3.1 Onderneming	11
	4.3.2 Overeenkomst	11
	4.3.3 Mededingingsbeperking en merkbaarheid	12
	4.3.3.1 Mededingingsbeperking	12
	4.3.3.2 Merkbaarheid	13
	<u>4.4 Sanctie</u>	14
	4.4.1 Toerekening en dubbele bestraffing	14
	4.4.2 Betrokken omzet / boetgrondslag	16
	4.4.3 Ernst van de overtreding: zwaarte van de overtreding, economische context en rekenfactor	18
	4.4.4 Boeteverhogende omstandigheden	19
	4.4.5 Boeteverlagende omstandigheden	20
	<u>4.5 Slotoverweging</u>	21
5	Conclusies en Advies	22

1 Inleiding

1. Bij besluit in de zin van artikel 62, eerste lid, Mededingingswet (Mw) van 14 juni 2004 (hierna: het besluit) stelde de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) in zaak 3692 een inbreuk vast op het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw door de hierna genoemde ondernemingen, vanwege overleg met betrekking tot de onderhandse aanbesteding van Philips Drachten, waarbij deze ondernemingen een deel van de prijs (te weten de vergoeding) hebben afgestemd. Dit heeft ertoe geleid dat de "winnaar" van de aanbesteding deze vergoeding aan de "verliezer" verschuldigd was. Volgens het besluit strekt deze gedraging ertoe de mededinging te beperken en is zij derhalve merkbaar. Het betreft de volgende ondernemingen.

- Erdo B.V. (hierna: Erdo)
- Witteveen Daktechniek Noord B.V. (hierna: Witteveen)

2. De overtreding is volgens de d-g NMa toe te rekenen aan voornoemde ondernemingen, alsmede aan de moedermaatschappij van ieder van de voornoemde rechtspersonen. De overtreding van Erdo wordt tevens toegerekend aan Esha Building Contracting B.V. (hierna: Esha Building). De overtreding van Witteveen wordt tevens toegerekend aan Witteveen Exploitiemaatschappij Raalte B.V. (hierna: Witteveen Exploitiemaatschappij).

3. Aan Erdo en Esha Building werd een boete opgelegd van € 5.800, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel. Aan Witteveen en Witteveen Exploitiemaatschappij werd een boete opgelegd van € 5.800, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel.

2 Procedure

4. Tegen het bestreden besluit werd namens Erdo en Esha Building bij brief d.d. 22 juli 2004 (ontvangen 23 juli 2004) een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brief d.d. 24 september 2004 (ontvangen 27 september 2004) diende mr. C.T. Dekker namens Erdo en Esha Building aanvullende gronden van bezwaar in. Bij brief van 24 januari 2005 (ontvangen 25 januari 2005) werden deze bezwaren nader aangevuld.

5. Tegen het bestreden besluit werd door de directie namens Witteveen bij brief d.d. 21 juli 2004 (ontvangen 26 juli 2004) een gemotiveerd bezwaarschrift ingediend.

6. Op 22 januari 2005 heeft de d-g NMa de Adviescommissie een schriftelijke toelichting doen toekomen op het standpunt van de d-g NMa ter zake van de door Erdo en Esha Building en Witteveen ingediende bezwaarschriften tegen het besluit.

7. Erdo, Esha Building en Witteveen hebben laten weten af te zien van hun recht te worden gehoord door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie) tijdens een hoorzitting die was voorzien voor 4 februari 2005.

8. Voor wat betreft de procedure voor de totstandkoming van het besluit wordt verwezen naar het besluit.¹

3 Bestreden besluit

9. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit Advies gehecht.

¹ Besluit, randnrs. 4-15.

4 Beoordeling van de bezwaren

10. De Adviescommissie bespreekt en beoordeelt de hiernavolgende onderdelen op basis van het besluit, het aan de Adviescommissie ter beschikking gestelde dossier, de bezwaarschriften van Erdo en Esha Building en Witteveen (hierna: bezwaarden) en de schriftelijke zienswijze van de d-g NMa. Voor de volledige weergave van de standpunten verwijst de Adviescommissie naar genoemde documenten. Ten aanzien van de feiten en de gedragingen op basis waarvan hieronder beoordeling van de ingebrachte bezwaren plaatsvindt, wordt uitgegaan van de weergave daarvan, zoals opgenomen in de randnummers 16 tot en met 67 van het besluit voor zover niet gemotiveerd bestreden door bezwaarden of de Adviescommissie anders uit de onderliggende stukken is gebleken.

11. Het bezwaarschrift van Erdo en Esha Building is namens beide ondernemingen ingediend. Bij de behandeling van de bezwaren wordt in het navolgende ter aanduiding van beide bezwaarden in beginsel naar de onderneming verwezen die de gedraging zou hebben begaan. In het geval de moederonderneming of de dochteronderneming wordt bedoeld, wordt dat expliciet vermeld.

12. *Erdo* verwijst in haar aanvullend bezwaarschrift naar haar stellingen die zij in de zienswijze (naar aanleiding van het rapport) heeft ingebracht.² De Adviescommissie is van oordeel dat op specifieke punten het bezwaarschrift kan worden gestaafd met een concrete verwijzing naar documenten die tot zoverre in de procedure zijn ingebracht. Een algemene verwijzing die erop neer komt dat alle stellingen uit een eerdere fase van de procedure worden gehandhaafd, is onvoldoende specifiek om door de Adviescommissie als bezwaar te worden beoordeeld.³ Voor zover de verwijzingen door *Erdo* aan die voorwaarden voldoen, worden zij in de onderhavige procedure door de Adviescommissie betrokken in de advisering. Met betrekking tot het verzoek van de d-g NMa in de schriftelijke zienswijze om de motivering van het besluit als herhaald en ingelast te beschouwen,⁴ wijst de Adviescommissie op de omstandigheid dat het besluit ter advisering voorligt in het licht van de tegen dat besluit geformuleerde bezwaren en de schriftelijke zienswijze de Adviescommissie niet anders dan als toelichting daarop dient. Het verzoek van de d-g NMa om de mondelinge toelichting uitgesproken tijdens de hoorzittingen in de zaken 3687 en 3689 – voor zover toepasselijk – ook als mondelinge toelichting te beschouwen in onderhavige zaak kan niet worden gehonoreerd. Een mondelinge toelichting dient te worden uitgesproken tijdens de hoorzitting, die in onderhavige zaak niet heeft plaatsgevonden.

13. Hierna volgt in paragraaf 4.1 de beoordeling van de procedurele bezwaren. In paragraaf 4.2 wordt de door de d-g NMa vastgestelde inbreuk uiteengezet, alsmede de feiten waarop die inbreuk is gebaseerd. Daarna volgt in paragraaf 4.3 de beoordeling van de materiële bezwaren. In paragraaf 4.4 komen de bezwaren met betrekking tot de opgelegde sancties aan de orde. In paragraaf 5 volgen conclusies en Advies.

² Erdo, pt. 6.

³ GvEA, arrest van 16 december 2003, gev. zaken T-5/00 en T-6/00, FEG, nng, RO 100-101; ABRs 13 november 2000, JB 2000/351; CRvB 22 augustus 2001, JB 2001/279.

⁴ Schriftelijke zienswijze, punt 2.

4.1 Procedurele bezwaren

14. De procedurele bezwaren hebben betrekking op de rechtmatigheid van de bedrijfsbezoeken (par. 4.1.1), de uitvoering van het onderzoek (reikwijdte en onderzoeksbevoegdheden) (par. 4.1.2) en het gebruik van informatie van een anonieme tipgever (par. 4.1.3).

4.1.1 Rechtmatigheid bedrijfsbezoeken; art. 8 EVRM

15. De *d-g NMa* stelt in het besluit vast dat met de bedrijfsbezoeken niet art. 8 EVRM is geschonden, zoals dat onder meer is uitgelegd in het arrest *Colas Est*.⁵ Volgens hem kan ingevolge het arrest *Colas Est* een rechtspersoon slechts onder bepaalde specifieke omstandigheden een recht op privacy ontlenen aan art. 8 EVRM. In het arrest *Colas Est* heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) daarbij vooral de nadruk gelegd op het aantal bedrijven/vestigingen en de reikwijdte van de uitgeoefende bevoegdheden. Die omstandigheden waren in het geval van *Colas Est* veel verstrekkender dan die tijdens het onderzoek in onderhavig geval. De strekking van het onderzoek van de NMa en de geldende nationale wetgeving rechtvaardigen dan ook niet de conclusie dat sprake is van een situatie als waarvan sprake was in de zaak *Colas Est*. Voor zover er sprake zou zijn van een schending in de zin van art. 8, eerste lid, EVRM, zou deze zijn gerechtvaardigd op grond van art. 8, tweede lid, EVRM. Deze inmenging is bovendien wettelijk voorzien in art. 5:15 Awb (betreden van plaatsen) en 5:17 Awb (inzage vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden). De beperking van het recht op privacy zou zowel noodzakelijk als evenredig zijn aan het te beschermen legitieme belang. Het totaal aan garanties is in het concrete geval beslissend voor de vraag of sprake is van een gerechtvaardigde inmenging. Het onderzoek door de NMa is volgens de *d-g NMa* minder ingrijpend en met meer waarborgen omkleed dan in de zaak *Colas Est* het geval was. Een voorafgaande rechtelijke machtiging is dan ook volgens de *d-g NMa* niet vereist, zoals zou zijn bevestigd in de zaak *Bredase Notarissen*.⁶

16. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat het bewijs in strijd met art. 8 EVRM onrechtmatig is verkregen nu geen voorafgaande rechterlijke toestemming is verkregen, waardoor geen sprake is geweest van een met voldoende rechtswaarborgen omgeven procedure. De *d-g NMa* kan immers gelijk in de zaak *Colas Est* zelfstandig en expliciet beslissen over het moment, het aantal, de lengte en de omvang van bedrijfsbezoeken, terwijl geen “*senior policeofficer*” bij de bedrijfsbezoeken aanwezig hoeft te zijn. De omvang van de bedrijfsbezoeken zou niet ter zake doen, maar alleen de reikwijdte van de wettelijke bevoegdheden. Volgens *Erdo* beoordeelde het EHRM de bevoegdheden ook in de omstandigheid van bezoeken aan bedrijfsruimten als disproportioneel. De vrijwillige toegangverschaffing zou vanwege het gedwongen karakter aan deze omstandigheid niet afdoen.

Beoordeling

17. De Adviescommissie is van oordeel dat art. 8 EVRM onder bepaalde omstandigheden tevens voor een onderneming het recht op respect voor zijn lokalen

⁵ Besluit, randnrs. 71-75; EHRM, uitspraak van 14 april 2002, *Colas Est*, nr. 37971/97.

⁶ Rb. Rotterdam, uitspraak van 18 juni 2003, LJN-nr. AH9702.

omvat.⁷ Vastgesteld wordt dat zich gelijke omstandigheden hebben voorgedaan in onderhavige situatie als in de zaak die heeft geleid tot het arrest *Colas Est*, in die zin dat sprake was van een toezichthouder op de mededinging die met bedrijfsbezoeken onderzoek heeft verricht in de administratie en computers van ondernemingen en kopieën van (elektronische) documenten heeft meegenomen. Het recht op respect voor de woning uit art. 8, eerste lid, EVRM strekt zich derhalve in beginsel ook uit tot de lokalen die toebehoren aan bezwaardens. Op gelijke wijze als in de zaak *Colas Est* werd met deze bedrijfsbezoeken inbreuk gemaakt op dit recht uit art. 8, eerste lid, EVRM. Anders dan de d-g NMa stelt, is de Adviescommissie daarbij van oordeel dat de intensiteit van de onderzoeken (aantal bedrijven/vestigingen) voor de vaststelling van de inbreuk op art. 8, eerste lid, EVRM geen relevant criterium vormt.⁸ Ook het argument van de d-g NMa dat vanwege de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa geen sprake is van een inbreuk op art. 8, eerste lid, EVRM kan niet slagen. De door de d-g NMa uitgeoefende bevoegdheden verschillen in onderhavig geval naar hun aard niet noemenswaardig van die van de Franse toezichthouder uit de zaak *Colas Est*.⁹

18. Art. 8, tweede lid, EVRM staat een dergelijke inbreuk evenwel onder omstandigheden toe. Toepassing van deze rechtvaardigingsmogelijkheid met behulp van de uitleg van het EHRM uit de zaak *Colas Est* leidt in onderhavige zaak tot de conclusie dat de inbreuk gerechtvaardigd is.¹⁰ Vast staat dat de bevoegdheid tot bedrijfsbezoeken bij wet aan de toezichthoudende en onderzoeksambtenaren van de NMa is toegekend (art. 50 en 52 Mw jo. titel 5.2 Awb, in het bijzonder art. 5:15 en art 5:17 Awb) en zij is daarmee, zoals vereist, bij wet voorzien. Met betrekking tot het vereiste van een legitiem doel is de Adviescommissie van oordeel dat met de inbreuk het belang van het economische welzijn van het land wordt gediend. Ten slotte moet worden vastgesteld of de inbreuk als evenredig voor het bereiken van dit doel kan worden beschouwd. Voorop moet worden gesteld dat de bevoegdheid om een inbreuk te maken op art. 8, eerste lid, EVRM ruimer is in het geval sprake is van de lokalen van een onderneming, dan in het geval van een privé-woning.¹¹ Ook dient te worden vastgesteld dat de lidstaten een zekere beoordelingsruimte hebben bij de vaststelling van de noodzaak voor een inbreuk op art. 8, eerste lid, EVRM, al dient een uitzondering krachtens art. 8, tweede lid, EVRM – conform de hoofdregel – beperkt te worden uitgelegd. Daarbij dient de wettelijke regeling in de praktijk adequate en effectieve waarborgen te bieden tegen misbruik.

19. De Adviescommissie is van oordeel dat de wettelijke regeling van de bevoegdheden en de uitvoering daarvan door de d-g NMa in onderhavige zaak ook aan die voorwaarden voldoen. Zoals de d-g NMa terecht aangeeft, biedt de wettelijke regeling waarborgen in de vorm van de algemene zorgvuldigheidsnorm uit art. 5:13 Awb en art. 5:20, eerste lid, Awb. Deze algemene zorgvuldigheidsnorm schrijft voor dat van de bevoegdheid slechts gebruik wordt gemaakt voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van de taak nodig is. Indien een onderneming de NMa-ambtenaren de (verdere) toegang tot lokalen weigert, kunnen zij niet zelfstandig de toegang tot de lokalen afdwingen, maar dient dat te worden

⁷ EHRM, *Colas Est*, reeds aangehaald, punt 42; EHRM, uitspraak van 15 juli 2003, Ernst, nr. 33400/96, punt 109 e.v.

⁸ Een dergelijk feitelijk argument kan wel een rol spelen in het kader van een eventuele rechtvaardiging.

⁹ EHRM, *Colas Est*, reeds aangehaald, punt 46.

¹⁰ EHRM, *Colas Est*, reeds aangehaald, punten 43 tot en met 49.

¹¹ EHRM, uitspraak van 16 december 1992, Niemietz, nr. 13710/88, punt 31.

overgelaten aan de ingeroepen 'sterke arm'. Dat deze een eigen afweging dient te maken op basis van art. 8 Politiewet, zoals de d-g NMa stelt, vormt slechts tot op zekere hoogte een garantie tegen misbruik. Die afweging zal in de praktijk geen volwaardige afzonderlijke afweging op basis van de voornoemde algemene zorgvuldigheidsnorm vormen met betrekking tot het verzoek tot toegang door een NMa-ambtenaar. Verder ontbreekt een algemene doorzoekingsbevoegdheid. Tevens worden alle voorgenomen handelingen in de vorm van een draaiboek en de daadwerkelijk verrichte handelingen in de vorm van verslagen van ambtshandelingen schriftelijk vastgelegd in het dossier, waarmee controle achteraf kan plaatsvinden. Uiteindelijk staat voor de onderneming de mogelijkheid open tot toetsing van het daadwerkelijk uitgeoefende toezicht door een onafhankelijke rechter in een bestuursrechtelijke of civiele procedure. Uit het totaal van deze wettelijke regeling blijkt naar het oordeel van de Adviescommissie dat de regeling adequate en effectieve wettelijke waarborgen biedt tegen misbruik van de bevoegdheden uit deze regeling door de ambtenaren van de NMa. Met betrekking tot de daadwerkelijke bevoegdheidsuitoefening heeft het EHRM in het arrest *Colas Est* sterk de nadruk gelegd op de omvang en de intensiteit van het onderzoek. Vastgesteld dient te worden dat in onderhavige zaak ten aanzien van de daarbij betrokken ondernemingen sprake is geweest van beperkte en gerichte bedrijfsbezoeken, zoals blijkt uit randnummers 6 tot en met 15 van het rapport. Ook in combinatie met de gerelateerde zaken 3687, 3689, 3690 en 3691 is de Adviescommissie niet gebleken dat sprake was van ongerichte en buitensporige inzet van opsporingshandelingen en -middelen. De inbreuk kan daarmee niet worden gekwalificeerd als disproportioneel en niet-noodzakelijk voor het te bereiken doel. De bezwaren moeten dan ook worden afgewezen. Daarenboven is ook overigens gesteld noch gebleken dat de ambtenaren van de NMa misbruik hebben gemaakt van deze bevoegdheden, waarmee de grond aan dit bezwaar is komen te ontvallen.

20. Zoals de d-g NMa stelt, zijn de bevoegdheden van de ambtenaren met betere waarborgen omgeven dan de bevoegdheden van de Franse toezichthouder in de zaak *Colas Est*. Het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging doet aan deze waarborgen niet af en is dan ook niet uit hoofde van art. 8 EVRM vereist.

4.1.2 De uitvoering van het onderzoek (reikwijdte en onderzoeksbevoegdheden)

21. De d-g NMa stelt in het besluit vast dat het onderzoek is beperkt gebleven tot een aantal met name genoemde personen en kantoorruimten. Het doel van ieder bedrijfsbezoek, de bij de vermoede overtreding betrokken personen en de te onderzoeken objecten waren vooraf door de NMa gepreciseerd. Daarbij wordt vooraf een beoordeling gemaakt van de noodzaak en de uitvoeringwijze op basis van evenredigheid en doelmatigheid. E.e.a. is neergelegd in één of meerdere interne NMa-stukken. Het bedrijfsbezoek is binnen die grenzen verricht. De dg NMa stelt voorts bevoegd te zijn tot het maken van digitale kopieën. Deze gegevensdragers zijn bij uitstek de plaatsen waar gegevens kunnen worden verwacht die de neerslag vormen van de vermoede overtredingen van de Mw. Een kopie daarvan maken kan niet als willekeurig worden aangemerkt. Bij het verdere onderzoek van het gekopieerde materiaal is voorts gericht en uitsluitend gezocht naar gegevens die verband houden met de vermoede overtreding waarop het bedrijfsbezoek is gericht. Van een doorzoeking is volgens de d-g NMa dan

ook geen sprake.¹² Deze bevoegdheid en conformiteit met de wet is tevens in kort geding bevestigd.¹³ Overigens is voor het bewijs van de overtreding geen gebruik gemaakt van digitale gegevens.

22. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat de ambtenaren van de NMa buiten hun bevoegdheden in de zin van paragraaf 5.2 van de Awb zijn getreden, omdat zij een doorzoeking zouden hebben uitgevoerd. Nu de NMa-ambtenaren zelfstandig en buiten aanwezigheid van medewerkers van de betrokken ondernemingen willekeurig kamers zouden hebben doorzocht, kasten en lades hebben geopend, ordners en andere opbergssystemen hebben ingezien en digitale bestanden hebben gekopieerd, zou blijken dat niet van het vorderen van inzage sprake is geweest, maar van het doorzoeken van de bedrijfsruimten. Het daarbij verkregen bewijs kan volgens bezwaarden niet dienen ter onderbouwing van de door de d-g NMa vastgestelde overtredingen.

Beoordeling

23. Deze bezwaren moeten worden afgewezen. Aan de ambtenaren van de NMa komt, zoals bezwaarden terecht stellen, op grond van de Awb en de Mw niet de bevoegdheid tot doorzoeking toe. Zij dienen derhalve niet alomvattend en willekeurig dan wel ongericht te werk te gaan. Voorafgaand aan ieder bedrijfsbezoek heeft de d-g NMa mede op basis van het doel van het onderzoek verificatiedossiers en draaiboeken doen opmaken. Zo nodig kunnen die dossiers worden ingezien door een onafhankelijke rechter. De d-g NMa stelt dat de toezichthoudende ambtenaren van de NMa bij de aanvang van hun onderzoek hebben meegedeeld waar het onderzoek op was gericht en welke kantoorruimten zij voornemens waren te onderzoeken.¹⁴ De Adviescommissie is uit de stellingen van bezwaarden noch uit het dossier gebleken dat de ambtenaren van de d-g NMa zich niet aan deze door hen uitgesproken voornemens hebben gehouden. De Adviescommissie is van oordeel dat een dergelijke werkwijze niet valt aan te merken als een doorzoeking.¹⁵ Het ontbreekt daartoe bij de onderzoeken aan alomvattendheid en willekeur of ongerichtheid. Bovendien dient voor ogen te worden gehouden dat de onderzoeksambtenaren van de NMa over een voldoende effectief onderzoeksmiddel dienen te kunnen beschikken.

4.1.3 Anonieme tipgever.

24. De *d-g NMa* stelt in het besluit dat hij niet op de hoogte is van de wijze van verkrijging van de documenten door de tipgever. Onbekendheid daarmee staat niet in de weg aan het gebruik ervan. Gebruik van bewijs door de overheid is slechts niet toelaatbaar, indien het door de overheid is verkregen op een wijze die indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht.¹⁶ Daarvan is volgens de d-g NMa geen sprake.¹⁷ Met betrekking tot het door de anonieme tipgever bijgevoegde commentaar is de d-g NMa naar eigen zeggen niet gehouden dat terzijde te

¹² Besluit, randnrs. 77-80 en tevens 82-84.

¹³ Vznr. Rb, 's-Gravenhage, 9 april 2003, LJN-nr. AF7087, HBG/Staat en Vznr. Rb. 's-Gravenhage, 9 april 2003, LJN-nr. AF7069, Van Hattum & Blankevoort / Staat, RO 4.6.

¹⁴ Schriftelijke zienswijze randnr. 11.

¹⁵ Pres. Rb Den Haag, Van Hattum Blankevoort, reeds aangehaald, punt 4.6.

¹⁶ HR. Arrest van 1 juli 1992, NJ 1994, 621, BNB 1992, 306.

¹⁷ Besluit, randnrs. 87-89.

schuiven, maar mag ook niet zonder meer op de juistheid ervan worden vertrouwd. De d-g NMa is in casu van oordeel dat de informatie juist is, omdat de tipgever ten eerste goed op de hoogte blijkt met de materie. In de tweede plaats wordt de informatie bevestigd door ander bewijs (vergelijkend handschriftonderzoek door het NFI). Ten derde sluit de toelichting aan op de inhoud. In de vierde plaats is het bestaan van het administratieformulier en het gebruik ervan bevestigd door de heer [XXX]. Ten slotte hebben partijen van hun kant niet aangegeven wat er precies onjuist is, hetgeen op hun weg had gelegen.

25. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat het gebruik van een anonieme bron leidt tot schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en art. 6 EVRM. *Erdo* zou niet in staat zijn deze informatie te verifiëren en vast te stellen of zij niet is gemanipuleerd.

Beoordeling

26. Dit bezwaar moet worden verworpen. De Adviescommissie volgt de d-g NMa in zijn betoog in de schriftelijke toelichting waarin hij stelt dat bewijs afkomstig van derden wordt vermoed rechtmatig te zijn verkregen, behoudens bewijs van gedrag dat de overheid niet betaamt.¹⁸ Van een dergelijke omstandigheid is de Adviescommissie niet gebleken. De d-g NMa heeft vervolgens op voldoende zorgvuldige wijze gehandeld door de uit de anonieme bron afkomstige informatie op zijn inhoudelijke consistentie en samenhang te onderzoeken. De Adviescommissie deelt de conclusies terzake van de d-g NMa. Het gebruik van deze documenten leidt evenmin tot een verslechtering van de positie van bezwaardes. Bezwaardes hebben immers op dezelfde wijze als de d-g NMa kunnen kennismaken van de documenten en zijn in de gelegenheid gesteld de informatie daaruit te weerleggen.

4.2 Feiten en inbreuken

27. In het besluit stelt de d-g NMa een inbreuk vast op het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw door eerder genoemde ondernemingen, vanwege overleg met betrekking tot de onderhandse aanbesteding van Philips Drachten, waarbij deze ondernemingen een deel van de prijs (te weten de vergoeding) hebben afgestemd. Dit heeft ertoe geleid dat de "winnaar" van de aanbesteding *Erdo* deze vergoeding aan de "verliezer" Witteveen verschuldigd was. Deze gedragingen van de betrokken ondernemingen vormen een overeenkomst in de zin van de Mw, die ertoe strekt de mededinging te beperken op een deel van de Nederlandse markt en derhalve merkbaar is.¹⁹

28. De d-g NMa baseert deze inbreuk op feiten uit randnummers 17 tot en met 42 van het besluit:

- Een offerte van *Erdo* van 21 juli 1999 en offertes van Witteveen van 9 juli 1999 en 30 augustus 1999 op uitnodiging van Philips Drachten ten behoeve van drie

¹⁸ Schriftelijke toelichting, punten 15-18.

¹⁹ Besluit, randnr. 67 en 90-104.

deelprojecten, voorafgegaan door afzonderlijke bezichtigingen. Het totale project is op 27 september 1999 mondeling aan Erdo gegeven.²⁰

- Een drietal documenten (voorbedrukte administratieformulieren) gedateerd 19 juli 1999 met daarop vermeld ieder van de drie deelprojecten, waarop per deelproject een inschrijfbedrag en een offertebedrag is opgenomen, alsmede een verhoging die neerkomt op het verschil tussen deze twee bedragen (met een minieme afwijking op één van de formulieren). De drie verhogingen verwijzen naar elkaar onder de vermelding van 'f10.000,= totaal extra opgenomen'. Tevens is een leeg administratieformulier met toelichting aangeleverd.²¹
- Een bevestigende verklaring d.d. 6 maart 2003 van de calculator van Erdo (de heer [XXX]) dat zijn handschrift voorkomt op een soortgelijk administratieformulier uit een andere procedure (Gouda). Het rapport van het NFI schrijft de aantekeningen op de administratieformulieren in voorliggende zaak toe aan dezelfde persoon.²²
- Een document d.d. 24 september 1999, aangetroffen bij Erdo, dat inhoudelijk correspondeert met de drie voornoemde administratieformulieren.²³
- Diverse documenten aangetroffen bij Witteveen, (offerte van d.d. 8 juli 1999, met handgeschreven aantekening en een offerte d.d. 30 augustus 1999 en een overzicht d.d. 20 maart 2001) waarop verwijzingen naar voornoemd project voorkomen, met commentaar dat Erdo het werk maakt onder vermelding van verschuldigheid van fl. 10.000,- aan Witteveen.²⁴
- Een verklaring van de directeur van Witteveen (de heer [XXX]) over de mogelijke gang van zaken.²⁵

29. In de randnummers 43 tot en met 67 van het besluit interpreteert de d-g NMa de voorgaande feiten en omstandigheden en trekt daaruit bovenvermelde conclusies.

30. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat het zeer wel mogelijk is dat een aantal van de documenten pas na afloop van de aanbesteding zouden zijn gemaakt of pas na afloop daarop aantekeningen zouden zijn gemaakt. Er zou niet voorafgaand aan de aanbesteding een afspraak zijn gemaakt tussen Witteveen en Erdo.

Beoordeling

31. De bezwaren van Erdo zien met name op de interpretatie van de feiten door de d-g NMa. Daarop zal worden ingegaan in paragraaf 4.3.2 Overeenkomst.

32. Overigens wijst de Adviescommissie op de omstandigheid dat bij de weergave van het document in randnummer 32 van het besluit de laatste regel is weggevallen, wanneer het wordt vergeleken met de weergave van datzelfde document in randnummer 33 van het rapport. Op de betreffende regel staat vermeld 'Afspraak Witteveen (10.000,=)'.

²⁰ Besluit, randnrs. 17-24.

²¹ Besluit, randnr. 26-27.

²² Besluit, randnrs. 28-31.

²³ Besluit, randnrs. 32-34.

²⁴ Besluit, randnrs. 35-41.

²⁵ Besluit, randnr. 42.

4.3 Inbreuk op art. 6 Mededingingswet

33. Na de vaststelling dat sprake is van ondernemingen (par. 4.3.1) en een overeenkomst (par. 4.3.2) in de zin van de Mw, wordt ingegaan op het mededingingsbeperkende karakter en de merkbaarheid van de gedragingen (par. 4.3.3).

4.3.1 Onderneming

34. De *d-g NMa* stelt in het besluit vast dat de betrokken ondernemingen ten tijde van de gedragingen actief waren in de dakbedekkingssector. Zij verrichten economische activiteiten en dienen daarmee mededingingsrechtelijk als ondernemingen te worden gekwalificeerd.²⁶

35. Niet in geding is dat Erdo en Witteveen dienen te worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van art. 1, sub f, Mw, jo art. 81, eerste lid, EG. In het vervolg van dit Advies wordt dan ook van die omstandigheid uitgegaan.

4.3.2 Overeenkomst

36. De *d-g NMa* stelt in het besluit vast dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen dat de “winnaar” van het werk een “rekenvergoeding” van NLG. 10.000 zou betalen aan de “verliezer”. Aldus hebben de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Volgens de *d-g NMa* moeten deze afspraken daarmee worden gekwalificeerd als overeenkomst in mededingingsrechtelijke zin.²⁷

37. *Erdo* stelt zich op het standpunt de *d-g NMa* het bestaan van een (voorafgaande) overeenkomst niet heeft aangetoond. Een aantal van de documenten en de opmerkingen daarop zouden pas na de aanbesteding zijn gemaakt. Dat *Erdo* met *Witteveen* voorafgaand aan de aanbesteding afspraken zou hebben gemaakt, zou ook niet logisch zijn. *Erdo* kreeg immers altijd de opdrachten van *Philips* en *Witteveen* maakte derhalve geen reële kans.

Beoordeling

38. De Adviescommissie wijst er op dat het besluit van de *d-g NMa* dient te berusten op een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb), zowel ten aanzien van de feiten als ten aanzien van de juridische kwalificatie. Daartoe is het noodzakelijk om de handelingen van partijen zo objectief mogelijk vast te stellen en te beoordelen. Daarbij geldt evenwel dat gedragingen die de mededinging verstoren doorgaans clandestien worden verricht met een beperkte documentatie. Bij onderzoek naar een inbreukgedraging worden doorgaans slechts weinig stukken ontdekt waaruit de inbreukgedraging met zoveel woorden blijkt. Vaak dienen bepaalde details via deductie te worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst derhalve worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen, die in hun totaliteit beschouwd bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs

²⁶ Besluit, randnr. 91.

²⁷ Besluit, randnrs. 92-95.

kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.²⁸ Deze deductieve bewijsvoering behoeft in ieder geval een logische, complete en sluitende redenering.

39. Interpretatie van de voormelde feiten, omstandigheden en met name de verklaringen van de heer [XXX] – e.e.a. gelezen in onderlinge samenhang – leidt de Adviescommissie in navolging van de d-g NMa tot de conclusie dat voormelde documenten zien op een afspraak die is gemaakt tussen Witteveen en Erdo voordat het werk aan Erdo was verleend.²⁹ De alternatieve verklaring van Erdo dat er geen afspraak is voorafgegaan aan de betaling van NLG 10.000 aan Witteveen komt de Adviescommissie niet aannemelijk voor. Het is immers in het licht van normale concurrentieverhoudingen tussen concurrerende ondernemingen niet voor de hand liggend dat een onderneming zelfstandig besluit om een aanzienlijk bedrag ten laste te laten komen van zijn winst zonder dat daar voorafgaand aan die betaling een tegenprestatie tegenover wordt gesteld.

40. De stelling van Erdo dat verschillende van de documenten eerst na afloop van de aanbesteding zouden zijn gemaakt komt de Adviescommissie gelet op het voorgaande niet als aannemelijk voor. Overigens is de Adviescommissie van oordeel dat zelfs indien (een deel van) de bewijsmiddelen stamt van na de verstrekking van de opdracht aan Erdo, dit nog niet afdoet aan de motivering van de door de d-g NMa gehanteerde deductieve bewijsvoering, die logisch, compleet en sluitend is, zonder een afdoende alternatieve verklaring van Erdo en/of Witteveen.

41. De stelling dat Witteveen geen reële kans zou maken op de opdracht kan niet afdoen aan de feiten zoals die voorliggen en verklaart ook niet waarom Erdo aan haar een vergoeding heeft uitbetaald.

42. De Adviescommissie is dan ook van oordeel dat Erdo en Witteveen hun gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen, hetgeen als overeenkomst kan worden gekwalificeerd. De bezwaren van Erdo dienen te worden afgewezen.

4.3.3 Mededingingsbeperking & merkbaarheid

4.3.3.1 Mededingingsbeperking

43. De d-g NMa stelt in het besluit vast dat de afspraak tussen Erdo en Witteveen tot doel heeft de mededinging te beperken, omdat zij feitelijk voor beide ondernemingen een kostprijsverhoging voor de opdracht zou vormen. Dat de winnaar van de aanbesteding de kosten van de rekenvergoedingen in aanmerking neemt bij het vaststellen van het offerte bedrag acht de d-g NMa vanzelfsprekend. In feite is sprake van het gemeenschappelijk vaststellen van een prijsverhoging/onderdeel van de prijs.

44. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat ook als de vermeende afspraak met betrekking tot de rekenvergoeding zou kunnen worden aangetoond, desalniettemin Erdo en Witteveen in volle vrijheid om de opdracht hebben geconcurrereerd. Niet is komen vast te staan dat zij het door ieder van hen te offeren bedrag met een bedrag (NLG 10.000)

²⁸ HvJ EG, arrest van 7 januari 2004, gev. zaken C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P en C-219/00P, Cement, nng, punten 55-57.

²⁹ Besluit, randnrs. 43-67. Zie tevens de schriftelijke toelichting, randnrs. 26 en 27.

hebben verhoogd. Volgens Erdo is het mogelijk dat partijen de afspraak ten laste van de winst hebben gebracht. Niet zou zijn aangetoond dat de prijzen gezamenlijk zijn vastgesteld of de winnaar tevoren is bepaald.

45. *Witteveen* stelt zich op het standpunt dat er geen sprake is van een mededingingsbeperking, omdat de deelnemers aan de aanbesteding bij de opstelling van de begroting, hetgeen zelfstandig geschiedt, rekening konden houden met de eventuele ophoging, zodat de vermeende ophogingen niet prijsverhogend zouden hebben gewerkt. Tenslotte zou volgens *Witteveen* zonder deze afspraken ruïneuze concurrentie ontstaat, vanwege leurgedrag.

Beoordeling

46. Deze bezwaren moeten worden afgewezen. Zoals de d-g NMa terecht opmerkt, leidt het afspreken van een rekenvergoeding op zichzelf reeds tot een beperking van de mededinging. Alle deelnemende partijen verkrijgen immers ongeacht de uitslag een voordeel, hetgeen ten minste voor een deel de gebruikelijke onzekerheid ontnemt aan het marktproces. Een dergelijke afspraak strekt ertoe de mededinging te beperken. Deelname aan een afspraak met een mededingingsbeperkend doel vormt op zichzelf een overtreding van art. 6, eerste lid, Mw. Het is daarbij niet noodzakelijk dat daadwerkelijk uitvoering is gegeven aan de afspraak.³⁰

47. De stelling van *Witteveen* dat geen sprake is van een mededingingsbeperking, omdat de deelnemers aan de aanbesteding zelfstandig hun begroting zouden hebben opgesteld, miskent de omstandigheid dat afspraken zijn gemaakt over inschrijfprijzen, de verdeling van het werk en dat de winnaar van een project een vergoeding aan de verliezers betaalt. Een dergelijke afspraak betreft *bidrigging* en vormt één van de meest mededingingsbeperkende afspraken.³¹ Het argument van *Witteveen* dat zonder deze afspraken ruïneuze concurrentie zou ontstaan vanwege leurgedrag, kan niet als rechtvaardiging worden aanvaard.³² Dat sprake zou zijn van een situatie waarin een crisiskartel gerechtvaardigd is, is onvoldoende geadstrueerd.

4.3.3.2 Merkbaarheid

48. De d-g NMa stelt vast dat de mededingingsbeperking als merkbaar moet worden aangemerkt, omdat de afspraken ertoe strekken de mededinging te beperken. Volgens de d-g NMa is geen sprake van een dermate zwakke positie van partijen op de betrokken markt dat de overeenkomst de markt slechts in geringe mate kan beïnvloeden. De aanbodzijde van de markt bestond vanuit het oogpunt van Philips Drachten uitsluitend uit Erdo en *Witteveen*, zodat de mededinging door de afspraak volledig en daarmee tevens merkbaar werd beperkt. De geringe omvang van het project kan daaraan niet afdoen.³³

³⁰ HvJ EG, arrest van 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Anic Partecipazioni*, Jur. 1999, p. I-4125, RO 123.

³¹ Commissiebeschikking van 5 februari 1992, nr. 92/204/EEG in zaak IV/31.572 en 32.571, *Bouwnijverheid in Nederland*, Pb. EG 1992, L 92/1; GvEA, zaak T-29/92, *SPO vs. Commissie*, reeds aangehaald; HvJ EG, arrest van 25 maart 1996, zaak C-137/95P, *SPO vs. Commissie*, Jur. 1996, p. I-1611.

³² President Rb. Rotterdam, uitspraak van 12 oktober 2001, VMEDED 01/1551, VBBS.

³³ Besluit, randnrs. 99-104.

49. Door bezwaarden wordt de merkbaarheid van de mededingingsbeperking niet ter discussie gesteld.

50. Niettegenstaande het merkbare karakter van de mededingingsbeperking is de Adviescommissie evenwel van mening dat het standpunt van de d-g NMa dat de mededinging “volledig” is beperkt³⁴ een te sterke kwalificatie vormt, aangezien de d-g NMa alleen heeft aangetoond dat over een onderdeel van de kostprijs afspraken zijn gemaakt. Niet is uitgesloten dat, zoals bezwaarden betogen, op andere onderdelen van de prijs wel is geconcurrereerd. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa in het besluit op bezwaar zijn conclusies op dat punt te herformuleren.

4.4 Sanctie

51. Aan Erdo en Esha Building en Witteveen en Witteveen Exploitatiemaatschappij is vanwege de overtreding een boete opgelegd, waarbij steeds beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de opgelegde boete.³⁵ De betrokken omzet is voor ieder van de ondernemingen gebaseerd op een even groot deel van de daadwerkelijk gerealiseerde projectomzet, waarna de boetegrondslag is vastgesteld op 10% van deze betrokken omzet. De overtreding is als zeer zwaar gekwalificeerd, waaraan op basis van de economische context een rekenfactor van 1,75 is gekoppeld, teneinde de ernst van de overtreding in de boete tot uitdrukking te brengen. Op de hieruit volgende basisboete is voor de ondernemingen een verhoging toegepast van 10% wegens voorafgaande bekendheid met het verboden mededingingsbeperkende karakter van de gedraging. De d-g NMa heeft daarbij geen boeteverlagende omstandigheden vastgesteld.

52. De bezwaren zien op toerekening (par. 4.4.1), de berekening van de betrokken omzet (par. 4.4.2), de ernst van de overtreding: zwaarte van de overtreding, economische context en rekenfactor (par. 4.4.3), de vastgestelde boeteverhogende omstandigheden (par. 4.4.4) en de aanwezigheid van boeteverlagende omstandigheden (par. 4.4.5).

4.4.1 Toerekening en dubbele bestraffing

53. De d-g NMa rekent de gedragingen van de betrokken dochterondernemingen tevens toe aan de betreffende moedermaatschappijen.³⁶ De d-g NMa stelt zich daarbij op het standpunt dat wanneer een moedermaatschappij 100% van de aandelen in het kapitaal van een dochtermaatschappij bezit, er van mag worden uitgegaan dat de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochtermaatschappij.³⁷ Naar het oordeel van de d-g NMa hebben de moedermaatschappijen dit vermoeden niet met afdoende bewijzen weerlegd. De stelling dat de moedermaatschappij geen bemoeienis heeft met het beleid van haar dochtermaatschappij acht de d-g NMa geen afdoende bewijs.

54. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat *Erdo* en *Esha* niet ieder afzonderlijk kunnen worden beboet omdat zij deel uitmaken van een economische eenheid die

³⁴ Besluit, randnr. 102 en schriftelijke toelichting, punt 36.

³⁵ Besluit, randnrs. 105-141.

³⁶ Besluit, randnrs. 105-107.

³⁷ HvJ EG, arrest van 16 november 2000, zaak C-286/98P, *Stora*, Jur. 200, p. I-9925, RO 29.

mededingingsrechtelijk moet worden gekwalificeerd als één onderneming. Een dergelijke dubbele boete zou tot schending van het beginsel van *ne bis in idem* leiden. Erdo stelt zich tevens op het standpunt dat de beslissende invloed die de moederondernemingen uitoefenden op de dochters, dan wel het zelfstandige gedrag van deze dochters aan hoofdelijke toerekening in de weg staat.

Beoordeling

55. Deze bezwaren moeten worden verworpen. De Adviescommissie is van oordeel dat uit de wetgeschiedenis valt af te leiden dat de gedragingen die door dochterondernemingen worden begaan aan de moeder kunnen worden toegerekend, indien het beleid van de dochter door de moeder wordt bepaald.³⁸

56. Zoals bevestigd door de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Secon en G-Star*,³⁹ is voor de vraag aan wie de overtreding kan worden toegerekend, de Mededingingswet doorslaggevend en kunnen voor de beantwoording van die vraag argumenten worden ontleend aan het EG-mededingingsrecht. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG blijkt dat de omstandigheid dat een dochtermaatschappij formeel juridisch eigen verantwoordelijkheid bezit met eigen bevoegdheden, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten haar gedrag toe te rekenen aan de moedermaatschappij, met name niet indien de dochtermaatschappij niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.⁴⁰

57. Naar het oordeel van de Adviescommissie dienen de door de d-g NMa en bezwaarden aangehaalde overwegingen 28 en 29 uit het arrest *Stora* aldus te worden gelezen, dat het vermoeden van aansprakelijkheid van de moederonderneming voor de gedragingen van de dochteronderneming wordt gebaseerd op een aantal omstandigheden. Dit vermoeden werd niet louter gebaseerd op het 100% aandeelhouderschap van de moederonderneming in de dochteronderneming. Het vermoeden van aansprakelijkheid op basis waarvan toerekening kan plaatsvinden, berustte ook op het gegeven dat de betrokken moederonderneming niet had betwist dat zij het commerciële beleid van de dochteronderneming op beslissende wijze kon beïnvloeden en evenmin het bewijs had geleverd tot staving van haar verklaringen dat haar dochteronderneming autonoom optrad.⁴¹ Daarbij werd het vermoeden in het arrest *Stora* versterkt, doordat de moedermaatschappij zich tijdens de administratieve procedure, wat betreft de ondernemingen uit de *Stora*-groep, als enige onderhandelingspartner van de Commissie had voorgesteld.⁴²

58. Als gevolg van het 100% aandeelhouderschap kan er dus van worden uitgegaan dat de dochtermaatschappij in beginsel de instructies van de moedermaatschappij volgt zonder dat de d-g NMa daarbij is gehouden te onderzoeken of de moedermaatschappij daadwerkelijk die macht heeft uitgeoefend.⁴³ Indien deze beïnvloeding evenwel wordt

³⁸ MvT Mw, kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88.

³⁹ Rb. Rotterdam 13 februari 2004, *Secon en G-star*, MEDED 02/309 RIP, 2.4.4.

⁴⁰ *Stora*, reeds aangehaald, punt 26 en de daar aangehaalde rechtspraak.

⁴¹ *Stora*, reeds aangehaald, punt 28.

⁴² *Stora*, reeds aangehaald, punt 29.

⁴³ GvEA, arrest van 15 juni 2005, gev. zaken T-71/03, T-74/03, T87/03 en T-91/03, *Grafietkartel*, n.n.g., punten 59 e.v.

betwist en die betwisting wordt gestaafd met bewijzen, dient de d-g NMa dat bewijs te weerleggen zonodig met aanvullende argumenten, zoals met correspondentie of verklaringen van die strekking of met bewijs van een (gedeeltelijk) personele unie.

59. In ieder geval volstaat niet de blote betwisting van de beslissende beïnvloeding van het commerciële beleid door de moeder om het vermoeden van aansprakelijkheid te weerleggen. De d-g NMa kan daarmee voorshands aannemen dat de moederondernemingen een beslissende invloed hadden op het gedrag van de dochterondernemingen, waarmee hun gedrag aan de respectievelijke moederondernemingen kan worden toegerekend. In dat geval kunnen, anders dan bezwaarden betogen, de moederonderneming en de dochteronderneming als economische eenheid gezamenlijk verantwoordelijk worden gehouden en kan de boete aan beide rechtspersonen worden opgelegd.⁴⁴

60. Het bezwaar van Erdo dat niet aan beide ondernemingen een boete kan worden opgelegd, dient eveneens te worden verworpen. Zoals de d-g NMa terecht vaststelt, geven de passages uit de wetsgeschiedenis aan dat bij het opleggen van een boete aangesloten moet worden bij het begrip rechtspersoon en niet bij het ondernemingsbegrip, zodat hierbij het begrip economische eenheid niet relevant is. Met de d-g NMa moet worden vastgesteld dat in het besluit beide entiteiten hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld en dat niet aan beide afzonderlijk een boete is opgelegd.

4.4.2 Betrokken omzet / boetegrondslag

61. De d-g NMa stelt daarbij te hebben afgezien van zijn bevoegdheid om voor ieder van de ondernemingen de gehele projectomzet (EUR 61.260) als betrokken omzet te nemen. Vanwege het feit dat in dit geval bij een eenmalige aanbesteding een rekenvergoeding is afgesproken maar niet is gebleken dat offerteprijzen zijn besproken of het werk is verdeeld, is de d-g NMa ertoe overgegaan de uitvoerende en de niet-uitvoerende ondernemingen even zwaar te beboeten. Hij heeft daartoe, vanuit het oogpunt van preventie, op basis van randnummer 16 van de richtsnoeren boetetoemeting voor ieder van de ondernemingen een gelijk gedeelte van de projectomzet (de helft) als betrokken omzet vastgesteld. Van deze betrokken omzet is 10% bepaald als boetegrondslag.⁴⁵

62. Erdo stelt zich op het standpunt dat in de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-sector van 13 oktober 2004 (hierna: bekendmaking boetetoemeting GWW-sector) op andere wijze dan in onderhavige zaak de betrokken omzet is berekend. Volgens Erdo leidt dit tot strijd met het gelijkheidsbeginsel uit art. 1 van de Grondwet.

Beoordeling

63. Dit bezwaar moet worden verworpen. Uitgangspunt is dat de d-g NMa ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw bevoegd is een boete op te leggen, ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw, zoals *in casu* het geval is. Deze bevoegdheid is discretionair van

⁴⁴ GvEA, Grafietkartel, reeds aangehaald, punt 62.

⁴⁵ Randnummer van de 18 richtsnoeren boetetoemeting.

aard, wat onder meer tot gevolg heeft dat de d-g NMa ten aanzien van de beslissing in voorkomende gevallen een boete op te leggen een zekere mate van beleidsvrijheid toekomt. Indien, zoals *in casu*, de d-g NMa heeft beslist tot het opleggen van een boete dient deze, voor wat de hoogte betreft, te voldoen aan de hieraan in artikel 57 van de Mw gestelde kaders. Zoals reeds was voorzien in de wetsgeschiedenis heeft de d-g NMa voor de toepassing van het tweede lid van dit artikel – dat voorschrijft dat de d-g NMa bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening houdt met de ernst en de duur van de overtreding – beleidsregels gemaakt in de vorm van de voornoemde richtsnoeren boetetoemeting.⁴⁶ Deze richtsnoeren zien onder meer op de boeteoplegging in individuele gevallen van verboden mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen als bedoeld in artikel 6 van de Mw. In randnummer 4 van deze richtsnoeren heeft de d-g NMa aangegeven zich ten doel te stellen het beleid inzake de boetetoemeting gaandeweg verder te verfijnen. In randnummer 25 is vermeld dat, indien een rapport meerdere overtredingen betreft, de d-g NMa een boete kan opleggen voor het geheel van deze overtredingen in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten.

64. Bij besluit van 13 oktober 2004 heeft de d-g NMa zijn beleid inzake de boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-sector vastgesteld. Blijkens randnummer 2 van deze bekendmaking:

“heeft [de d-g NMa] deze Bekendmaking opgesteld vanwege de aard en omvang van het gebleken kartelgedrag in de bouwsector in Nederland en de gevolgen die het onverkort toepassen van de Richtsnoeren boetetoemeting voor de sector in zijn geheel zou hebben. Met deze Bekendmaking geeft de d-g NMa invulling aan deze bijzondere omstandigheden en de oproepen van de NMa en de regering aan de ondernemingen om “schoon schip te maken”. De methodiek in de Bekendmaking geldt voorshands enkel voor de GWW-deelsector. De Richtsnoeren boetetoemeting zijn van toepassing, voor zover daarvan bij deze Bekendmaking niet wordt afgeweken.”

65. In zijn brief aan de Minister van Economische Zaken van 12 oktober 2004 heeft de d-g NMa nader toegelicht dat de bekendmaking is ingegeven door de omstandigheden dat:

- in de bouwsector op grote schaal en structureel in strijd met de Mw is gehandeld;
- het individueel sanctioneren van het verboden kartelgedrag zou leiden tot jarenlange slepende procedures met alle grote ondernemingen uit een prominente sector in de Nederlandse economie;
- het, met het oog hierop – naar de Adviescommissie begrijpt – efficiënter is kartelstructuren in beeld te brengen in plaats van individuele mededingingsbeperkende afspraken;
- het, in overeenstemming met de wens van de regering, wenselijk is in de sector als geheel “schoon schip” te maken en hiertoe de in de bekendmaking voorziene aanmeldingsprocedure te voorzien.

66. Mede gelet op voornoemde uitgangspunten heeft de d-g NMa er in deze bekendmaking voor gekozen de boetegrondslag vast te stellen op de aanbestedingsomzet 2001. Deze is in randnummer 6 van de bekendmaking gedefinieerd als: “de omzet die de onderneming in 2001 met haar in Nederland uitgevoerde activiteiten in de GWW-sector heeft behaald bij de uitvoering van werken waarvan de opdracht via aanbesteding is

⁴⁶ Kamerstukken II, 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 88-89.

verworven. Tot deze omzet dient ook te worden gerekend de omzet die de onderneming in 2001 in Nederland heeft behaald met het verrichten van deze activiteiten in combinatie met één of meer andere ondernemingen, naar rato van de deelname per betreffende combinatie.” Aldus wijkt de in de bekendmaking vastgestelde boetegrondslag af van die van de richtsnoeren die uitgaat van de betrokken omzet van de onderneming.

67. Met betrekking tot de hier aan de orde zijnde grief stelt de Adviescommissie voorop dat thans niet het in de bekendmaking boetetoemeting in de GWW-sector opgenomen beleid als zodanig ter discussie staat. Thans staat slechts ter beoordeling de vraag of de toepassing van de Richtsnoeren boetetoemeting in het geval van Erdo leidt tot strijd met het gelijkheidsbeginsel als bedoeld in artikel 1 van de Grondwet. De Adviescommissie beantwoordt deze vraag ontkennend, omdat, naar uit het voorgaande genoegzaam blijkt, de in de bekendmaking boetetoemeting in de GWW-sector opgenomen beleidsregels zien op de bijzondere situatie dat een gehele sector op structurele wijze betrokken is bij mededingingsbeperkende afspraken. De in de bekendmaking opgenomen, van die van de richtsnoeren afwijkende, boetegrondslag, vindt hierin zijn verklaring. Dat ook in de onderhavige casus sprake zou zijn van een dergelijke structurele schending van artikel 6 van de Mw, heeft de d-g NMa niet aangetoond en is ook overigens niet gebleken. In die omstandigheid kan dan ook niet worden gesproken van gelijke gevallen die een gelijke behandeling behoeven. Hieraan voegt de Adviescommissie toe dat de boetetoemeting in de onderhavige zaak naar haar oordeel in overeenstemming is met de richtsnoeren boetetoemeting.

4.4.3 Ernst van de overtreding: zwaarte van de overtreding, economische context en rekenfactor

68. De d-g NMa heeft de verboden aanbestedingsafpraak als zeer zware overtreding getypeerd. Dat leidt tot een bandbreedte voor de rekenfactor van 1,5 tot 3. Voor de bepaling van de economische context acht de d-g NMa de navolgende overwegingen van belang. In de dakbedekkingssector worden, zoals ook in onderhavige casus, de meeste opdrachten toegekend op basis van een aanbesteding. Ondernemingen hebben de rechtmatige verwachting dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de gegadigden.⁴⁷ Deze verwachting is *in casu* ernstig geschonden, omdat onderling een afspraak is gemaakt over een ‘rekenvergoeding’, die leidt tot een verhoging van de kosten voor het project. De d-g NMa heeft voorts meegewogen dat deze zaak betrekking heeft op één project. Om die reden acht de d-g NMa een rekenfactor van 1,75 aangewezen.⁴⁸

69. Witteveen stelt zich op het standpunt dat de samenleving jarenlang dit gedrag heeft getolereerd.

Beoordeling

70. Het argument van Witteveen dat de samenleving het gedrag van de ondernemingen zou hebben getolereerd moet worden verworpen. Zowel de SPO-beschikking en de

⁴⁷ Commissiebeschikking van 21 oktober 1998, nr. 1999/60/EG, zaak IV/35.691, voorgeïsoleerde buizen, Pb. EG 1998 L 24/1, randnr. 165.

⁴⁸ Besluit, randnrs. 122-126.

daarop volgende arresten als de inwerkingtreding van de Mw die duidelijk zijn gecommuniceerd, tonen aan dat het gedrag niet werd getolereerd.⁴⁹

71. De Adviescommissie voegt hieraan met betrekking tot de rekenfactor het volgende toe. In onderhavige zaak heeft de d-g NMa een rekenfactor van 1,75 gehanteerd. In andere besluiten van dezelfde datum, waarin eveneens verboden aanbestedingsafspraken en/of afspraken over rekenvergoedingen in dakbedekkingsprojecten zijn gemaakt en die ook de kwalificatie "zeer zware overtreding" hebben gekregen, heeft hij een rekenfactor van 1,75 of 2 gehanteerd. Het betreft zaak 3687/Aanbesteding Complex 1731 (1,75), zaak 3689/Aanbesteding dakrenovatie AMC (2), zaak 3690/Aanbesteding dakrenovatie Sporthal "De Springers" (2) en zaak 3691/Aanbesteding dakrenovaties Emmtec (2). In de eerdere vergelijkbare zaak 3055/Scheemda werd een rekenfactor 2 gehanteerd. De Adviescommissie neemt als uitgangspunt dat de vaststelling van de te hanteren rekenfactor onderdeel uitmaakt van de toemeting van de boete die ingevolge art. 56 Mw wordt vastgesteld door de d-g NMa. Met betrekking tot de hoogte van die boete beschikt de d-g NMa over een zekere mate van beleidsvrijheid bij de toemeting. De d-g NMa heeft zijn beleid bij het toemeten van boetes vastgelegd in de voornoemde richtsnoeren boetetoemeting. De Adviescommissie is van oordeel dat het door de d-g NMa gehanteerde onderscheid van 0,25 in voornoemde zaken te klein is in verhouding tot het verschil in gedragingen. In enkele van deze zaken werden tussen de inschrijvende partijen zowel afspraken gemaakt over de hoogte van de respectievelijke inschrijfprijzen en over de verdeling van werk, als over de hoogte van een rekenvergoeding (rekenfactor 2). In andere zaken werd daarentegen alleen een afspraak gemaakt over (de hoogte van) een rekenvergoeding (rekenfactor 1,75). In het laatste geval is naar het oordeel van de Adviescommissie geen sprake van een volledige uitschakeling van de mededinging, omdat op onderdelen van de inschrijving nog steeds sprake is van de onzekerheid die eigen is aan concurrentie (zie in dit Advies par. 4.3.3.2 Merkbaarheid). Ofschoon de Adviescommissie de kwalificatie van de overtredingen in alle genoemde zaken als "zeer zwaar" onderschrijft, is zij anderzijds van oordeel dat het onderscheid in gedragingen in voldoende mate tot uitdrukking dient te komen in de gehanteerde rekenfactor. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa dan ook om een groter verschil dan 0,25 te hanteren bij de toepassing van de rekenfactor waarmee dat onderscheid in gedragingen op meer proportionele wijze wordt gereflecteerd, dan wel nader te motiveren waarom voornoemd onderscheid in gedragingen slechts een verschil van 0,25 rechtvaardigt.

4.4.4 Boeteverhogende omstandigheden

72. De d-g NMa is in het besluit van oordeel dat er boeteverhogende omstandigheden zijn.⁵⁰ Ten eerste konden partijen volgens de d-g NMa niet onkundig zijn van het verboden karakter van de afspraken en hebben zij doelbewust in strijd met de geldende regels gehandeld. Daarbij verwijst de d-g NMa naar de Commissiebeschikking inzake SPO en de betreffende arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de EG.⁵¹ Daarbij is bij de inwerkingtreding van de Mw en ook nadien uitdrukkelijk

⁴⁹ Commissiebeschikking van 5 februari 1992, nr. 92/204/EEG in zaak IV/31.572 en 32.571, Bouwnijverheid in Nederland, Pb. EG 1992, L 92/1; GvEA, zaak T-29/92, SPO vs. Commissie, reeds aangehaald; HvJ EG, arrest van 25 maart 1996, zaak C-137/95P, SPO vs. Commissie, Jur. 1996, p. I-1611.

⁵⁰ Besluit, randnr. 128-135.

⁵¹ Reeds aangehaald.

aangegeven, dat de mededingingsregels van toepassing zijn in de bouw en dat afspraken tussen ondernemingen met betrekking tot aanbestedingen in strijd zijn met het kartelverbod. Deze omstandigheden leiden tot een boeteverhoging van 10%. Bovendien hadden partijen op de hoogte moeten zijn van het verboden karakter van hun gedragingen omdat de d-g NMa in 1998 in de zaak *Vereniging Samenwerkende Dakbedekkingsbedrijven (VSD)* in een voorlopig oordeel had bepaald dat afspraken over rekenvergoedingen strijdig zijn met de Mw.⁵²

73. *Witteveen* stelt zich op het standpunt dat zij niet op de hoogte was van het verboden karakter van de afspraken, omdat zij geen lid was van VSD en evenmin op de hoogte kon zijn van de SPO-procedure, vanwege de omstandigheid dat zij geen bouwkundig hoofdaannemer was.

Beoordeling

74. De Adviescommissie is van oordeel dat dit argument moet worden verworpen. Gezien de ruchtbaarheid die aan het verboden karakter van dergelijke afspraken is gegeven, moet *Witteveen* daarvan op de hoogte zijn geweest.

4.4.5 Boeteverlagende omstandigheden

75. De d-g NMa heeft geen boeteverlagende omstandigheden vastgesteld.⁵³

76. *Erdo* stelt zich op het standpunt dat er boeteverlagende omstandigheden zijn. Ten eerste zou zij na medio 1999 de Mw niet meer hebben overtreden, waarmee op basis van randnummer 28 van de richtsnoeren boetetoemeting (zelfstandig beëindigen van de overtreding) tot een verlaging van de boete moet worden besloten. Daartoe verwijst *Erdo* naar het besluit in de zaken *Anko*, *Taxi Rotterdam*, *Chili en Basilicum* en *Carglass* en de Commissiebeschikking in de zaak *Fenex*.⁵⁴ Ten slotte stelt *Erdo* zich op het standpunt dat vanwege de teruglopende resultaten in de bouw en de collectieve sanctie voor de bouwsector in de vorm van negatieve publiciteit de boete dient te worden verlaagd.

77. *Witteveen* stelt zich op het standpunt dat de kosten en (immateriële) schade die uit deze procedure voortvloeien, zoals verlies van klanten, onrust in en belasting van de organisatie, alsmede kosten voor rechtsbijstand, een hoge boete niet langer rechtvaardigen.

Beoordeling

78. De Adviescommissie is van oordeel dat (negatieve) publiciteit zowel speciale als generaal preventie kan bevorderen. De oplegde boete heeft evenwel naar het oordeel van de Adviescommissie geen verlaging wegens uit die publiciteit voortvloeiende reputatieschade. Ten behoeve van de speciale en met name de generaal preventie blijft het noodzakelijk dat de boete voldoende afschrikwekkend is. Het bezwaar dient dan ook te worden afgewezen.

⁵² D-g NMa, besluit van 14 juni 2004, zaak 3687/Aanbesteding Complex 1731.

⁵³ Besluit, randnr. 136-138.

⁵⁴ D-g NMa, besluit van 23 mei 2004 zaak 2228/Taxi Rotterdam; d-g NMa, besluit van 19 oktober 2000, zaak 1184/Carglass; d-g NMa, besluit van 12 januari 2000, zaak 757/Chili en Basilicum; d-g NMa, besluit van 21 december 2002, zaak 2243/Anko; Commissiebeschikking van 5 juni 1996, zaak 96/438, Fenex.

79. Met de stelling van Erdo dat zij zelfstandig de inbreuk zou hebben beëindigd, miskent Erdo dat geen sprake is van een voortdurende inbreuk, maar dat in het kader van een enkelvoudige aanbestedingsprocedure afspraken zijn gemaakt. Eenmalige aanbestedingsafspraken zijn per definitie in de tijd beperkt. In die zin is dan ook geen sprake van gelijke omstandigheden die een beroep op basis van het gelijkheidsbeginsel zouden rechtvaardigen. De vergelijking met de door Erdo aangehaalde besluiten en beschikkingen kan om die reden niet slagen. Overige feiten die een beroep op deze besluiten zouden rechtvaardigen zijn door Erdo onvoldoende gesteld.

80. Het argument van Witteveen, dat zij vanwege de procedure is geconfronteerd met hoge kosten en (immateriële) schade en dat om die reden de noodzaak voor een hoge boete is weggevallen, kan niet worden gevolgd. Deze kosten en schade zijn het gevolg van het wetsovertredende karakter van de gedragingen waartoe Witteveen zelfstandig is overgegaan.

4.5 Slotoverweging

81. Voor zover bezwaren van bezwaarden niet aan de orde zijn gekomen, acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

5 Conclusies en Advies

82. De Adviescommissie concludeert en adviseert de d-g NMa als volgt:

83. De Adviescommissie is van oordeel dat de stelling van de d-g NMa dat de mededinging volledig is beperkt een te sterke kwalificatie vormt, gelet op de overwegingen in randnummer 50 van dit Advies. Zij adviseert de d-g NMa zijn conclusies op dat punt in het besluit op bezwaar te herformuleren.

84. De Adviescommissie merkt op dat de gehanteerde rekenfactor zich onvoldoende verhoudt tot de gehanteerde rekenfactor in andere besluiten van dezelfde datum en van eerdere datum. Het onderscheid in de gedragingen dient in voldoende mate tot uitdrukking te komen in de gehanteerde rekenfactor. Gelet op de overwegingen in randnummer 71 van dit Advies adviseert de Adviescommissie de d-g NMa dan ook om een groter verschil dan 0,25 te hanteren bij de toepassing van de rekenfactor waarmee dat onderscheid in gedragingen op meer proportionele wijze wordt gereflecteerd, dan wel nader te motiveren waarom het onderscheid in gedragingen slechts een verschil van 0,25 rechtvaardigt.

85. De bezwaren dienen ongegrond te worden verklaard.

Mr. drs. R.C. van Houten

Voorzitter

*Subcommissie voor zaak 3692/Dakwerkzaamheden Philips Drachten van de
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet*

W.G. 27 juli 2005

Mr. W.T. Algera

Secretaris

*Subcommissie voor zaak 3692/Dakwerkzaamheden Philips Drachten van de
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet*

W.G. 27 juli 2005