

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 7094/49

Betreft zaak: Zaak 7094 / Limburgse bouwzaken 1 en 2

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op het bezwaar gericht tegen het besluit van 29 oktober 2010 met kenmerken 6494_1/286 en 6836_1/184.

1 Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 29 oktober 2010 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) geoordeeld dat Janssen de Jong Infra B.V., Janssen de Jong Groep B.V. en Janssen de Jong Infrastructuur Nederland B.V. (hierna: Janssen de Jong) en Aannemers- en Wegenbouwbedrijf "Limburg" B.V., Stichting Administratiekantoor Loutin Management en Loutin Management B.V. (hierna: WBL), artikel 6 Mw hebben overtreden. Bovendien heeft de Raad vastgesteld dat twee bestuurders van Janssen de Jong en een bestuurder van WBL feitelijk leiding hebben gegeven aan de overtreding als bedoeld in artikel 56 Mw (oud) jo. artikel 51, tweede lid, Sr. Aan de overtreders is een boete opgelegd.
2. Uitsluitend Janssen de Jong en haar twee bestuurders, de heer [C] en de heer [B], hebben tijdig bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit.¹
3. Op 19 mei 2011 zijn de partijen gehoord, in de zin van artikel 7:2 Awb, door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Van het horen is een verslag opgemaakt dat op 13 juli 2011 aan partijen is gestuurd.²

¹ Janssen de Jong: dossierstukken 7094/1 en 7094/14; de heren [C] en [B]: dossierstukken 7094/3 en 7094/13.

² Dossierstuk 7094/18.

2 Het Advies

4. Op 7 oktober 2011 heeft de Adviescommissie haar advies (hierna: het Advies) uitgebracht aan de Raad. Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
5. Naar aanleiding van de bezwaren van Janssen de Jong adviseert de Adviescommissie de Raad:
 - a. duidelijker en meer uitgebreid te motiveren waarom de uitwisseling van informatie tussen Janssen de Jong en WBL voorafgaand aan de aanbesteding 'Groot onderhoud asfaltwegen' te Kerkrade geschikt is de mededinging (merkbaar) te beperken; hetzelfde advies geeft zij met betrekking tot de aanbesteding 'Herinrichting Thibaltstraat' te Valkenburg;
 - b. duidelijker en meer uitgebreid te motiveren waarom aannemelijk is dat opdrachtgevers geschaad zijn door het afstemmen van inschrijfcijfers bij aanbestedingen en offerteaanvragen;
 - c. aan te tonen waarom in de economische context van de afzonderlijke aanbestedingen geen sprake is van een zodanig zwakke positie van Janssen de Jong dat zij de mededinging slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden, mede in het licht van een notitie van Lexonomics;
 - d. nader te motiveren hoe tot een ernstfactor van 1,75 is gekomen;
 - e. nader te motiveren waarom de basisboete voor Janssen de Jong dient te worden verhoogd wegens recidive;
 - f. nader te onderbouwen op welke basis wordt gekomen tot een basisboete van EUR 3 miljoen voor Janssen de Jong;
 - g. de overige bezwaren te verwerpen.
6. De adviezen van de Adviescommissie naar aanleiding van de bezwaren van de heren [C] en [B] worden respectievelijk weergegeven in het besluit ten aanzien van de heer [C] en het besluit ten aanzien van de heer [B].
7. Ten slotte refereert de Adviescommissie aan correspondentie die Janssen de Jong na de hoorzitting aan de Adviescommissie heeft gestuurd; de Adviescommissie verzoekt de NMa hiermee 'het noodzakelijke' te doen.
8. De Raad beslist deels conform het Advies. Ter motivering van dit besluit:
 - i. verwijst de Raad op de voet van artikel 3:49 Awb naar het Advies;

- ii. verwijst de Raad naar hoofdstuk 3 van dit besluit dat voorziet in een nadere motivering van:
 - A. de toepassing door het Openbaar Ministerie van de Wet strafvorderlijke en justitiële gegevens en zijn beleidsregels daaromtrent;
 - B. de mededingingsbeperking bij de aanbestedingen 'Groot onderhoud asfaltwegen' te Kerkrade en 'Herinrichting Thibaltstraat' te Valkenburg;
 - C. de potentiële schade voor de mededinging en daarmee voor afnemers als gevolg van *cover pricing*;
 - D. de merkbaarheid van de mededingingsbeperking;
 - E. de ernstfactor;
 - F. de verhoging van de boete van Janssen de Jong wegens recidive;
 - G. de verhoging van de basisboete van Janssen de Jong tot EUR 3 miljoen;
9. Hoofdstuk 3 bevat daarnaast een nadere motivering van dit besluit, naar aanleiding van:
 - H. de correspondentie van Janssen de Jong die de Adviescommissie aan de Raad heeft gestuurd; en
 - I. de inwerkingtreding van een nieuwe bagatelbepaling in de Mededingingswet.

3 Nadere motivering

3.1 Toepassing door het OM van de Aanwijzing Wjsg

10. Janssen de Jong heeft in haar bezwaarschrift aangevoerd dat de NMa niet de beschikking had mogen krijgen over tapverslagen die de Rijksrecherche had gemaakt. Volgens Janssen de Jong vormde de Wet strafvorderlijke en justitiële gegevens (Wsjg) een onvoldoende materiële grondslag voor verstrekking van die tapverslagen. Bovendien zou het Openbaar Ministerie (OM) niet de procedurele waarborgen hebben nageleefd die het uiteen heeft gezet in zijn beleidsregels – de 'Aanwijzing verstrekking van strafvorderlijke gegevens voor buiten de strafrechtspleging gelegen doeleinden (aanwijzing wet justitiële en strafvorderlijke gegevens)', (hierna: Aanwijzing Wjsg)³:
 - het OM had niet de NMa vóór de formele toestemming op 16 december 2010 de tapverslagen ter kennisneming mogen laten inzien;
 - niet de Officier van Justitie (OvJ), maar het College van procureurs-generaal had de formele toestemming voor verstrekking van de tapverslagen moeten geven. Immers, de OvJ is alleen gemandateerd om toestemming te geven voor zogeheten

³ Stcrt. 2008, 19.

standaardverstrekkingen; van een standaardverstrekking zou volgens Janssen de Jong in dit geval geen sprake zijn, omdat er een contra-indicatie zou zijn: de zaak zou nog niet zijn beoordeeld door het OM.

11. De Adviescommissie heeft vastgesteld dat de Wsjg de juiste materiële grondslag was voor de verstrekking van de gegevens door het OM aan de NMa. De Adviescommissie heeft niet geoordeeld of het OM zich heeft gehouden aan de procedures beschreven in de Aanwijzing Wsjg.
12. De Raad wijst erop dat volgens het OM de procedures in de Aanwijzing Wsjg op juiste wijze zijn gevolgd; de Raad heeft geen aanleiding hieraan te twijfelen. Hij wijst op paragraaf IV van de Aanwijzing Wsjg, die bepaalt dat elke verstrekking in beginsel een zogeheten standaardverstrekking is. Pas indien sprake is van een zogeheten contra-indicatie wordt een verstrekking aangemerkt als niet-standaard. Het OM heeft geen contra-indicatie aanwezig geacht. Zo was er geen sprake van een sepot of vrijspraak, terwijl de zaak al wél (strafvorderlijk) was beoordeeld – de strafvorderlijke beoordeling in een zaak als deze vindt continu plaats, zo heeft het OM bevestigd. Het ging hier immers om een grootschalig onderzoek naar ambtelijke corruptie. In een dergelijk onderzoek is het OM op dagelijkse basis betrokken, met vragen als: wie zijn de verdachten, op welke locaties kan onderzoek plaatsvinden, welke opsporings- en dwangmiddelen moeten worden ingezet, etc. Deze vragen werden gesteld naar aanleiding van verkregen onderzoeksbevindingen uit het lopende onderzoek, zoals tapverslagen. Er heeft aldus een strafvorderlijke beoordeling plaatsgevonden als bedoeld in paragraaf IV van de Aanwijzing Wsjg. Bij afwezigheid van een contra-indicatie was sprake van een standaardverstrekking, waarvoor de OvJ toestemming mocht geven.
13. De Raad verwerpt dan ook het betoog van Janssen de Jong dat de OvJ niet gerechtigd was tot het geven van toestemming tot verstrekking van de tapverslagen.
14. De Raad verwerpt ook het betoog van Janssen de Jong dat de Wsjg of de Aanwijzing Wsjg geen basis biedt voor kennisneming van tapverslagen voorafgaande aan de formele toestemming door het OM. Geen rechtsregel staat aan een werkwijze van het OM in de weg, waarbij het OM, voordat het tot verstrekking van gegevens overgaat, bij de potentiële ontvanger (hier: de NMa) nagaat of die gegevens relevant voor de ontvanger zijn. Het komt de Raad voor dat het OM op die manier voorkomt dat hij vaker gegevens verstrekt dan noodzakelijk. Hoe dan ook: zodra vaststond dat bepaalde tapverslagen inderdaad relevant waren voor die mededingingsrechtelijke handhaving, volgde het verzoek aan het OM om die gegevens te mogen gebruiken. Die toestemming is op 16 december 2008 verleend, waarmee de tapverslagen rechtsgeldig zijn verstrekt.

15. De Raad ziet dan ook geen aanleiding af te wijken van het oordeel van het OM dat de tapverslagen op de juiste grondslag en op juiste wijze aan de NMa zijn verstrekt.

3.2 De mededingingsbeperking bij de aanbestedingen ‘Groot onderhoud asfaltwegen’ te Kerkrade en ‘Herinrichting Thibaltstraat’ te Valkenburg

16. Janssen de Jong heeft in haar bezwaarschrift per aanbesteding betoogd dat geen sprake is van een mededingingsbeperking. Wat betreft de aanbesteding ‘Groot onderhoud asfaltwegen’ te Kerkrade betwist zij dat Janssen de Jong en WBL voorafgaand aan de aanbesteding (concurrentiegevoelige) informatie hebben uitgewisseld. Wat betreft de aanbesteding ‘Herinrichting Thibaltstraat’ te Valkenburg stelt Janssen de Jong dat de Raad onvoldoende heeft aangetoond dat Janssen de Jong en WBL hun inschrijfcijfer hebben gecommuniceerd.
17. Naar aanleiding van bezwaren van Janssen de Jong heeft de Adviescommissie overwogen dat de Raad bij negen aanbestedingen voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL hun marktgedrag niet zelfstandig hebben bepaald. Echter, wat betreft een tiende aanbesteding – ‘Groot onderhoud asfaltwegen’ te Kerkrade van 11 maart 2008 – meent de Adviescommissie dat de Raad onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL op basis van de uitgewisselde informatie hun marktgedrag onzelfstandig hebben bepaald. Zij geeft de Raad in overweging om duidelijker en meer uitgebreid te motiveren waarom de tussen Janssen de Jong en WBL uitgewisselde informatie geschikt is de mededinging in merkbare mate te beperken. Wat betreft de elfde aanbesteding – ‘Herinrichting Thibaltstraat’ – meent de Adviescommissie dat de Raad onvoldoende heeft aangetoond dat de vermoede afstemming ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.
18. De Raad recapituleert dat Janssen de Jong en WBL in een periode van negen maanden bij elf aanbestedingen inschrijfprijzen onderling hebben afgestemd.⁴ In het bestreden besluit heeft de Raad geconcludeerd dat dit geheel één enkele inbreuk vormde.⁵ Deze conclusie heeft de Raad gebaseerd op zijn oordeel dat de elf individuele gedragingen onderling verweven waren: zij vloeiden voort uit het achterliggende doel van Janssen de Jong en WBL om de onzekerheid die de kern vormt van het aanbestedingsproces te vervangen door de zekerheden die de afstemming hun bood. De doorlopende afstemming van inschrijfprijzen droeg bij aan de verwezenlijking van dat achterliggende doel: iedere uitwisseling van inschrijfprijzen vergrootte de onderlinge verstandhouding, zodat Janssen de Jong en WBL in volgende aanbestedingen gemakkelijker tot afstemming konden komen en ook in die volgende aanbestedingen hun achterliggende doel konden bereiken. Janssen de Jong heeft in haar bezwaarschrift niet betwist dat de gedragingen onderling verweven zijn en (ook) één geheel vormen.

⁴ Bestreden besluit, paragraaf 5.2.3.

⁵ Zoals gedefinieerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, zie bijv. Gerecht 8 juli 2008, zaak T-53/03, (*BPB*), punt 257.

19. Eén van de elf aanbestedingen betrof het project 'Groot onderhoud asfaltwegen' te Kerkrade. De aanbesteding vond plaats op 11 maart 2008. Daags voor de aanbesteding heeft de heer [A], de [VERTROUWELIJK] van WBL, contact gezocht met de heer [B], [VERTROUWELIJK] van Janssen de Jong. In hun gesprek hebben de heren [A] en [B] afgestemd dat zij bij hun inschrijving op de aanbesteding, de volgende dag, niet tot het uiterste zullen gaan.⁶
20. Een tweede aanbesteding vond plaats op 2 september 2008 en betrof het project 'Herinrichting Thibaltstraat' te Valkenburg. Op de vrijdag voor de aanbesteding, die dinsdag zou plaatsvinden, heeft de heer [B] de heer [A] gebeld. In het daarop volgende gesprek hebben de heer [A] en de heer [B] afgesproken dat Janssen de Jong zijn (inschrijf)prijs aan WBL zou afgeven. Uiteindelijk heeft WBL ingeschreven voor een hoger bedrag dan Janssen de Jong, zoals verwacht zou mogen worden als WBL *cover* zoekt van Janssen de Jong.⁷
21. De Raad stelt voorop dat bij een één enkele inbreuk als de onderhavige, niet relevant is of de individuele onderdelen ervan ook als zelfstandige inbreuk beboet kunnen worden.⁸ Niet relevant is dus of de gedragingen voorafgaand aan de projecten 'Groot onderhoud asfaltwegen' en 'Herinrichting Thibaltstraat' ook op zichzelf geschikt waren de mededinging te beperken; doorslaggevend is dat die gedragingen deel uitmaakten van het systeem van afstemming dat Janssen de Jong en WBL hadden opgezet. Omdat zij, zoals beschreven,⁹ deel uitmaakten van het systeem van afstemming, zijn deze gedragingen onderdeel van de één enkele inbreuk. Die één enkele inbreuk beperkt volgens het Advies in ieder geval in enige mate de mededinging (voor de mate waarin, zie hierna onder 3.3 en 3.4).
22. Het is daarom ten overvloede dat de Raad uiteenzet op welke wijze de afstemming tussen Janssen de Jong en WBL bij de individuele aanbesteding 'Groot onderhoud asfaltwegen' geschikt was de mededinging te beperken.
23. Voorafgaand aan de aanbesteding 'Groot onderhoud asfaltwegen' heeft de heer [B] de heer [A] meerdere malen ervan op de hoogte gesteld dat Janssen de Jong niet laag zal inschrijven. De heer [A] van zijn kant informeert de heer [B] dat ook WBL niet laag zal inschrijven. Door zich uit te laten over hun inschrijfstrategie op een individuele aanbesteding gaan zij een *commitment* aan om zich ook conform hun uitlatingen te gedragen. Op deze wijze bevestigen Janssen de Jong en WBL elkaar in hun inschrijfstrategie. Hun inschrijfstrategie stellen zij niet

⁶ De feiten worden meer uitgebreid beschreven in het bestreden besluit, paragraaf 4.1.1.

⁷ De feiten worden meer uitgebreid beschreven in het bestreden besluit, paragraaf 4.1.7.

⁸ Gerecht 8 juli 2008, zaak T-53/3 (*BPB*), punt 252: "[...] een schending van artikel 81, lid 1, EG [...] kan voortvloeien uit [...] een reeks handelingen of een voortgezette gedraging. Deze uitlegging kan niet worden betwist met het argument, dat een of meer onderdelen van deze reeks handelingen of voortgezette gedraging op zich ook afzonderlijk een schending van die bepaling kunnen opleveren." Hieruit vloeit rechtstreeks voort dat het irrelevant is of de handelingen die samen een één enkele inbreuk vormen al dan niet op zichzelf ook een inbreuk vormen.

⁹ Zie hiervoor, rnr. 18, bestreden besluit rnr. 126.

zelfstandig vast. Of Janssen de Jong en WBL zich uiteindelijk conform hun afstemming hebben gedragen, is – zo blijkt uit vaste rechtspraak – niet relevant.¹⁰

24. De Raad stelt vast dat het niet-zelfstandig inschrijven, zoals Janssen de Jong en WBL dat bij deze aanbesteding hebben gedaan, concreet de potentie heeft schade te veroorzaken. Hun **commitment** verkleint immers de kans dat één van beide ondernemingen inschrijft voor een competitieve prijs. Hierdoor hebben Janssen de Jong en WBL ook de kans verkleind dat één van hen nog onder Wegenbouw Kurvers, de derde inschrijver, zou inschrijven. Het verminderen van de kans op een lagere inschrijving dan die van Wegenbouw Kurvers is echter niet de enige potentiële schade. Immers, ook als Janssen de Jong en WBL laag hadden ingeschreven maar nog boven de inschrijfprijs van Wegenbouw Kurvers, bestond de kans dat de inschrijving van Wegenbouw Kurvers niet voldeed aan de inschrijvingseisen, en de opdracht zou worden gegund aan de één-na-laagste inschrijving.
25. Eveneens ten overvloede wijst de Raad erop dat het dossier geen twijfel erover laat dat Janssen de Jong en WBL hun inschrijfprijzen voor de individuele aanbesteding 'Herinrichting Thibaltstraat' te Valkenburg daadwerkelijk hebben afgestemd.
26. Voordat de Raad het bewijs rondom deze aanbesteding beoordeelt, roept hij in herinnering dat van hem niet kan worden verwacht dat hij alle details van een clandestiene afstemming aantoonst. Voldoende is dat hij zo veel bewijs aandraagt dat daaruit het bestaan van een dergelijke afstemming kan worden afgeleid. Zo overweegt het Hof van Justitie in een bestendige lijn:

“Daar het verbod op deelneming aan mededingingsversturende gedragingen en overeenkomsten en de sancties die overtreders riskeren, algemeen bekend zijn, worden de activiteiten die met die gedragingen en overeenkomsten verband houden, doorgaans clandestien verricht, worden de bijeenkomsten in het geheim gehouden, meestal in een derde land, en wordt de desbetreffende documentatie tot een minimum beperkt. [...] Zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zoals de notulen van een vergadering, zijn die doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. [...] In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een

¹⁰ Vaste rechtspraak sinds HvJ 13 juli 1966, zaak C-56/64 (*Consten en Grundig*): “[...] dat bij de toepassing van artikel 85, paragraaf 1, op de concrete gevolgen ener overeenkomst geen acht meer behoeft te worden geslagen, wanneer eenmaal is gebleken dat zij ten doel heeft de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen.”

andere coherente verklaring het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.”¹¹

27. Uit het dossier blijkt dat de heer [B] op de vrijdag vóór de aanbesteding (die dinsdag plaatsvond), contact heeft gezocht met de heer [A]. De heer [A] heeft de heer [B] erop gewezen dat de laatste nog zijn (inschrijf)prijs zou afgeven. De heren hebben afgesproken dat de heer [A] maandag zou langskomen bij Janssen de Jong. Maandag heeft de heer [A] een voice-mailbericht bij de heer [B] achtergelaten met de boodschap dat hij om half vier zou langskomen om te overleggen. Er is geen aanwijzing – anders dan de blote ontkenning – dat de afstemming uiteindelijk niet heeft plaatsgevonden zoals de heer [B] en de heer [A] deze besproken hadden. Uiteindelijk heeft WBL, ingeschreven voor een hoger bedrag, zoals verwacht zou mogen worden als WBL *cover* zoekt van Janssen de Jong.¹²
28. De feiten geschetst in het vorige randnummer, bezien ook in de bestendige lijn van hun gedragingen, zijn, in het licht van de hiervoor genoemde bestendige lijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie naar het oordeel van de Raad ruim voldoende voor de conclusie dat Janssen de Jong en WBL hun inschrijfprijzen hebben afgestemd ook bij de aanbesteding ‘Herinrichting Thibaltstraat’ te Valkenburg.
29. De Raad concludeert dat de gedragingen van Janssen de Jong en WBL voorafgaand aan de aanbestedingen ‘Groot onderhoud asfaltwegen’ en ‘Herinrichting Thibaltstraat’ onderdelen vormen van de één enkele inbreuk, die zich uitstrekte over elf aanbestedingen. Daarnaast waren deze gedragingen ook op zichzelf concreet geschikt de mededinging te beperken.

3.3 De potentiële schade voor de mededinging als gevolg van cover pricing

30. In het bestreden besluit heeft de Raad geoordeeld dat het afstemmen van inschrijfprijzen een zodanig groot potentieel heeft de mededinging te beperken en daarmee naar zijn aard mededingingsbeperkend is, dat het niet meer noodzakelijk is de gevolgen voor de markt aan te tonen.¹³ Naar het oordeel van de Raad heeft het afstemmen van inschrijfprijzen zoals Janssen de Jong en WBL dit deden ten minste drie consequenties: (i) het vermindert het aantal (daadwerkelijk) concurrerende inschrijvingen in de betreffende aanbesteding, (ii) het beperkt de opdrachtgever in het zoeken van vervangende aannemers die wel een concurrerend bod willen uitbrengen en (iii) door zijn belemmerde zicht op de concurrentie kan de opdrachtgever volgende aanbestedingen niet volledig geïnformeerd vormgeven op een wijze die de door hem nagestreefde mate van concurrentie verzekert.¹⁴

¹¹ HvJ 7 januari 2004, zaak C-204/00 (*Aalborg Portland*), punten 55-57. Meer recent onder andere bevestigd in HvJ 1 juli 2010, zaak C-407/08 (*Knauf*), rnr. 49.

¹² Zie uitgebreider: bestreden besluit, paragraaf 4.1.7.

¹³ Bestreden besluit, paragraaf 5.2.4.2.

¹⁴ Bestreden besluit, rnr. 139-148.

31. Janssen de Jong heeft tegen dit oordeel bezwaar gemaakt. Zij betwist dat de *cover pricing* tussen Janssen de Jong en WBL in meer dan geringe mate de mededinging heeft beperkt.
32. Naar aanleiding van bezwaren van Janssen de Jong, overweegt de Adviescommissie ten aanzien van het eerste punt dat het aantal concurrerende inschrijvingen in een aanbesteding niet vermindert als gevolg van de informatie-uitwisseling. De Adviescommissie gaat ervan uit dat een onderneming die een *cover price* vraagt, al van tevoren heeft besloten om niet serieus mee te doen. In de tweede plaats zet de Adviescommissie haar vraagtekens bij de beperking van de mogelijkheden van de opdrachtgever in het zoeken van vervangende aannemers. Zij wijst erop dat die mogelijkheden mede afhangen van het tijdstip waarop de uitgenodigde onderneming gehouden zal zijn de aanbestedende dienst te informeren dat zij geen reële interesse heeft. De Adviescommissie acht het ten slotte irrelevant dat een opdrachtgever niet volledig geïnformeerd een volgende aanbesteding kan vormgeven, nu de marktcondities dan substantieel gewijzigd kunnen zijn. De Adviescommissie adviseert de Raad duidelijker en meer uitgebreid te motiveren waarom aannemelijk is dat opdrachtgevers geschaad zijn door het afstemmen van inschrijfcijfers bij aanbestedingen en offerteaanvragen.
33. De Raad verwerpt het bezwaar dat *cover pricing* niet concreet geschikt zou zijn de mededinging aan te tasten en daarmee niet naar zijn aard de mededinging zou beperken.
34. Een eerste aantasting van de mededinging bestaat in de vermindering van het aantal daadwerkelijk concurrerende inschrijvingen. Onjuist is de overweging van de Adviescommissie dat een onderneming die een *cover price* vraagt, al heeft besloten niet serieus mee te doen. Aan die overweging ligt de veronderstelling ten grondslag dat een dergelijke onderneming ook zonder het vragen van een *cover price* geen serieus bod zou hebben gedaan. Uit het navolgende blijkt dat dit een onjuiste analyse is.
35. Een aannemer die *cover pricing* overweegt, hanteert twee uitgangspunten: hij wil én inschrijven, én de aanbesteding niet winnen. Deze twee uitgangspunten staan op gespannen voet: een aannemer die inschrijft, maakt immers altijd kans de opdracht te winnen. Die kans wordt kleiner naarmate voor een hoger bedrag ingeschreven wordt. De inschrijfprijs kan echter niet ongelimiteerd hoog zijn. De inschrijfprijs dient serieus te zijn, omdat een niet-serieus te nemen (hoge) inschrijfprijs dezelfde gevolgen heeft als niet-inschrijven: de onderneming wordt wellicht niet meer uitgenodigd voor een volgende aanbesteding. Dat ook een niet-geïnteresseerde aannemer een serieuze bieding moet doen, wordt bevestigd door de verklaring van de heer [C] op de hoorzitting van 19 mei 2011:

“Het kan voorkomen dat de capaciteit van een bouwbedrijf of een wegebouwbedrijf, zoals Janssen de Jong, op een gegeven moment vol benut is.

[...] Janssen de Jong wil bij zo'n inschrijving dan toch serieus overkomen. Zij wil geen absurd bedrag neerleggen.”

36. In die uitgangssituatie heeft een aannemer twee legitieme mogelijkheden: hij kan niet inschrijven, of hij kan inschrijven voor een hoge, maar serieuze prijs. Een aannemer die wordt uitgenodigd voor een inschrijving maar deze niet wil winnen, zal – zoals de heer [C] ook aangeeft – regelmatig inschrijven. Hij zal inschrijven tegen een serieuze prijs; hij wil immers serieus overkomen. De aannemer die deze legitieme weg volgt, maakt een meer dan marginale kans om te winnen. Immers, ook de overige uitgenodigde aannemers kunnen vol benut zijn en voor een hoge, maar serieuze prijs inschrijven. Bovendien kunnen andere uitgenodigde aannemers niet of niet rechtsgeldig hebben ingeschreven.
37. In die uitgangssituatie kan de aannemer ook ervoor kiezen niet de legitieme weg te volgen en een *cover price* te vragen bij zijn concurrent. Door een *cover price* te vragen, ontkomt een onderneming aan de kans om de opdracht te winnen. Omgekeerd loopt de opdrachtgever door *cover pricing* een kans mis op een inschrijving die kans maakt om toch te winnen. *Cover pricing* is reeds op die manier concreet geschikt de concurrentie binnen een aanbesteding – het aantal kansmakende inschrijvingen – te beperken.
38. De tweede aantasting van de mededinging bestaat erin dat de praktijk van *cover pricing* de opdrachtgever beperkt in diens mogelijkheden nieuwe aannemers uit te nodigen voor een opdracht.
39. Voor zover de Raad bekend, rust op een aannemer doorgaans geen formele verplichting de opdrachtgever te informeren dat hij geen interesse heeft voor de aanbesteding waarvoor hij is uitgenodigd in te schrijven. Uit het dossier blijkt echter dat in ieder geval voor aannemers in Zuid-Limburg een goede relatie met opdrachtgevers belangrijk is. Zo verklaart een [VERTROUWELIJK] van Janssen de Jong dat Janssen de Jong geen desinteresse durfde te vertonen aan opdrachtgevers – als hij dan toch niet inschrijft op een opdracht, zal Janssen de Jong dit zo ‘netjes’ mogelijk willen doen.¹⁵ Ook uit de verklaring van de [VERTROUWELIJK] van WBL blijkt dat aannemers investeren in hun relatie met opdrachtgevers: de [VERTROUWELIJK] zelf voerde 's avonds een spoedreparatie uit van het werk dat eerder aan een andere aannemer was gegund.¹⁶ In die omstandigheden is de Raad van oordeel dat een aannemer de opdrachtgever in beginsel passend en spoedig zal informeren dat hij geen interesse heeft. Mogelijk meldt de aannemer al dat hij niet zal inschrijven op het moment dat de opdrachtgever contact opneemt met de aannemer om deze uit te nodigen in te schrijven; zeker in dat geval kan de opdrachtgever contact opnemen met een volgende aannemer.

¹⁵ 6494_1/253 en 6836_1/150, verslag van de hoorzitting.

¹⁶ 6494/25, verklaring van de heer [A], p. 8

40. Zelfs als dit beginsel – dat een aannemer de opdrachtgever zal informeren – vaker niet dan wel zou worden geëerbiedigd, doet dit niet eraan af dat *cover pricing* ertoe strekt de mededinging te beperken. De praktijk van *cover pricing* gaat immers uit van een diametraal ander beginsel, namelijk dat de aannemer de opdrachtgever bewust *niet* informeert, dat hij geen serieuze bieding zal doen.
41. Ten derde belemmert de praktijk van *cover pricing* de opdrachtgever in het volledig geïnformeerd vormgeven van volgende aanbestedingen op zo'n manier dat de door hem nagestreefde mate van concurrentie is verzekerd. Als (zonder *cover pricing*) de opdrachtgever minder inschrijvingen heeft ontvangen, zal hij, bij vergelijkbare marktcondities in de volgende aanbesteding, een groter aantal aannemers uitnodigen en een grotere kans maken op een lagere inschrijfprijs. Met *cover pricing* echter is zijn zicht op de daadwerkelijke concurrentie op de markt beperkt. Doordat de opdrachtgever is misleid, kan hij geen geïnformeerde keuze maken.
42. Tenslotte: in het primaire besluit heeft de Raad erop gewezen dat *cover pricing* ook een direct prijsopdrijvend effect kan hebben.¹⁷ Aannemers in de GWW-sector hebben regelmatig kennis van de resterende capaciteit van bepaalde concurrenten en van andere omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de inschrijfprijs van die concurrenten.¹⁸ De inschrijver die zijn concurrent boven hem laat inschrijven weet dat deze concurrent in ieder geval niet meedingt; het afstemmen van inschrijfprijzen kan op deze wijze voldoende zekerheid geven aan degene die de *cover price* verstrekt om hoger in te schrijven en toch de aanbesteding nog te winnen.
43. Overigens wordt het standpunt van de Raad onderschreven door een recente uitspraak van het Engelse *Competition Appeals Tribunal*.¹⁹ In een zaak waarin cover pricing centraal stond, overweegt het als volgt.

“There is no doubt that “simple” cover pricing constitutes an infringement of the Chapter I prohibition, but in our view the practice is materially distinct from “bid rigging” as ordinarily understood. Bid rigging implies an agreement or arrangement which determines, or assists in the determination of, the price which will actually be charged to the purchaser. Cover pricing is less serious than conduct of that kind.

¹⁷ Bestreden besluit, rnr. 143.

¹⁸ Kennis over concurrenten blijkt uit bijv. dossierstuk 6494/5: sessienummer 10045 van TA09. In dat gesprek bespreken de heer [B] en de heer [C] de concurrentie: (i) BAM telt tegenwoordig iedere post mee in het opmaken van de inschrijfprijs, wat niet nodig is – met name nu uit het gesprek ook blijkt dat de BAM veel capaciteit over heeft (ii) BLM zit vol, (iii) KWS heeft ook weinig werken. Verwacht wordt dat zij op korte termijn weer werken gaan pakken.

¹⁹ Competition Appeals Tribunal (CAT) 11 maart 2011, 2011 CAT 3 (*Kier Group e.a./OFT*).

In its previous case-law the Tribunal identified certain respects in which the practice of cover pricing is capable of distorting competition in relation to a tendering process. See, for example, the passages from Apex which we have set out above at paragraph 90. Whilst those comments were made in the context of the Tribunal's deliberations on the question whether an infringement had been established, and were not specifically directed to the seriousness of cover pricing in relation to penalty, they do, of course, have a bearing on the latter.

Some of the effects there mentioned may also occur where an unwilling bidder, rather than requesting a cover price, simply decides to have a stab at formulating a bid which is sufficiently high to ensure that he does not win. Such a bid would hardly be regarded as truly "competitive", and the anticipated number of competitive bids may therefore still not necessarily be received by the client even though no cover price has been provided. On the other hand, as the OFT points out, the bidder may risk losing credibility if his inflated bid is very out of line with other bids. Cover pricing therefore provides protection from that particular element of competition and is thereby capable of providing an illicit advantage in relation to future tendering exercises. In the absence of cover pricing, companies who were invited to bid but did not want the work would either have to take the credibility risk associated with an artificially inflated bid, or decline the invitation to tender at the appropriate time. In the latter case the client would normally be in a position to invite a substitute tenderer who might well be interested in obtaining the work, and would therefore submit a competitive bid.

There is also the risk, depending on the particular facts, that the tender process could be more directly compromised by cover pricing. For example it is possible to envisage a situation where the number of requests for cover prices is such that the provider of the covers becomes aware that he faces no real competition. If that were to be the case, the provider might well be tempted to inflate his own bid.

As to a possible spill-over effect into more serious cartel activities, we accept Ms Adkins' argument that extensive involvement in cover pricing does not necessarily have such result; this is evidenced by the fact that out of approximately 4,000 suspect tenders examined in the course of a broad and intensive inquiry, only 6 apparently involved collusion in the form of compensation payments. Nevertheless, there is force in the OFT submission that a culture of collusion between competitors as regards cover pricing may facilitate anti-competitive cooperation in other respects.

Therefore, cover pricing is certainly not an innocuous activity, as it was close to being portrayed in some of the submissions put before us. It is an unlawful practice which at the very least may deceive the customer about the source and extent of the competition which

exists for the work in question, and which is capable of having anti-competitive effects on the particular tendering exercise and on future exercises.”

44. Irrelevant is overigens dat marktcondities bij een volgende aanbesteding substantieel gewijzigd kunnen zijn, een punt waar de Adviescommissie op wijst. Die marktcondities kunnen immers bij een volgende aanbesteding ook vergelijkbaar zijn. De geschiktheid van een afspraak om de mededinging te beperken, wordt niet weggenomen doordat in sommige gevallen de gevolgen ervan zich niet zullen voordoen.
45. In het licht van het voorgaande concludeert de Raad dat het afstemmen van inschrijfprijzen, zoals Janssen de Jong en WBL dit deden, op vier manieren concreet geschikt is een opdrachtgever te schaden. In de eerste plaats kan *cover pricing* het aantal serieuze, kanshebbende inschrijvingen in de betreffende aanbesteding verminderen. In de tweede plaats kan het de opdrachtgever beperken in het zoeken van vervangende aannemers die wel een concurrerend bod willen uitbrengen. In de derde plaats belemmert het het zicht van de opdrachtgever op de concurrentie, zodat hij niet volledig geïnformeerd volgende aanbestedingen kan vormgeven op een wijze die de door hem nagestreefde mate van concurrentie verzekert. Ten slotte kan *cover pricing* een direct prijsopdrijvend effect hebben in die gevallen waarin diegene die de *cover price* geeft een redelijke inschatting kan maken van de inschrijfprijs van de resterende inschrijvers. Dat *cover pricing* niet bij iedere aanbesteding (al) deze effecten zal hebben gehad, is irrelevant.

3.4 De merkbaarheid van de mededingingsbeperking

46. In het bestreden besluit heeft de Raad geconcludeerd dat de mededingingsbeperking in deze zaak merkbaar was, omdat de positie van Janssen de Jong en WBL niet zodanig zwak was dat de mededinging niet merkbaar beperkt kon worden. De Raad heeft erop gewezen dat de gedragingen plaatsvonden in de context van een elftal aanbestedingen, en dat concurrentie in een aanbesteding zich afspeelt binnen die aanbesteding. Binnen die aanbestedingen hebben alle uitgenodigde inschrijvers een gelijke kans om te winnen. Nu Janssen de Jong en WBL in elk van de aanbestedingen een kwart tot tweederde van het aantal inschrijvers uitmaakten, kan niet worden gesproken van een zwakke positie van Janssen de Jong en WBL in die aanbestedingen.
47. De Adviescommissie accepteert het uitgangspunt dat de analyse van merkbaarheid kan plaatsvinden binnen één aanbesteding of een serie aanbestedingen. Zij meent echter dat uit het enkele feit dat steeds drie à acht aannemers inschreven op de getroffen aanbestedingen, niet de merkbaarheid van de overtreding valt af te leiden. Op basis van de algemene bewijslastregels dient de Raad, zo stelt de Adviescommissie, aan te tonen waarom in het kader van de economische context van de afzonderlijke aanbestedingen geen sprake is van

een zodanig zwakke positie van Janssen de Jong dat zij de mededinging op de relevante markt slechts in zeer geringe mate kon beïnvloeden, nu niet valt uit te sluiten dat Janssen de Jong onder deze uitzondering zou kunnen vallen. De Adviescommissie wijst daarbij op een notitie van Lexonomics.

48. De Raad heeft bij het beoordelen van dit onderdeel van het Advies aangenomen dat de Adviescommissie doelt op de positie van Janssen de Jong *en* WBL, nu volgens vaste rechtspraak hij de gezamenlijke positie van de betrokken ondernemingen moet beoordelen.
49. De Raad leidt uit de Europese en Nederlandse jurisprudentie af dat de toets van de merkbaarheid van de overtreding draait om de marktmacht die de betrokken ondernemingen hebben: als de betrokken ondernemingen gezamenlijk evident geen marktmacht hebben, zal een overeenkomst in de regel niet merkbaar de mededinging kunnen beperken.²⁰ Als de betrokken ondernemingen daarentegen gezamenlijk een hoog marktaandeel hebben, is in beginsel aannemelijk dat zij meer dan geringe marktmacht hebben, en is voldaan aan het merkbaarheidsvereiste. Nader bewijs voor de merkbaarheid van de overtreding hoeft dan niet meer te worden aangedragen.²¹
50. Uit vaste rechtspraak volgt bovendien, zoals hiervoor opgemerkt in randnummer 21, dat bij een één enkele inbreuk zoals de onderhavige, niet relevant is of de individuele onderdelen ervan ook als zelfstandige inbreuk beboet kunnen worden.²² Niet van belang is dus of Janssen de Jong en WBL in iedere afzonderlijke getroffen aanbesteding een dermate sterke positie hadden dat de mededingingsbeperking als gevolg van hun gedragingen ook merkbaar was.
51. De Raad recapituleert dat iedere uitgenodigde aannemer – klein of groot – zeer wel in staat is de aanbesteding te winnen; de opdrachtgever zou die aannemer anders immers niet hebben uitgenodigd.²³ Verder blijkt uit het dossier dat aannemers in de GWW-sector regelmatig kennis hebben van de resterende capaciteit van bepaalde concurrenten en van andere omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de inschrijfprijs van die concurrenten.²⁴ De inschrijver die zijn concurrent boven hem laat inschrijven weet dat deze concurrent in ieder geval niet meedingt; het afstemmen van inschrijfprijzen kan op deze wijze voldoende zekerheid geven om hoger in te schrijven en toch de aanbesteding nog te winnen. Door het

²⁰ Bijv. HvJ 9 juli 1969, zaak 5-69 (*Vöck/Vervaecke*), punt 7.; CBb 7 december 2005, LJN: AU 8309 (*Secor*).

²¹ Bijv. Gerecht 12 september 2007, zaak T-30/05 (*Prym*), punten 102-105 (in beroep – zaak C-234/07 – niet bestreden); Rb. Rotterdam 14 juli 2006, LJN: AY4035 (*Mobiele Operators*), r.ov. 2.6.2 (in beroep niet bestreden); CBb 4 oktober 2011, LJN: BT6521 (*Fietsfabrikanten*), r.ov. 4.7.7.3. In HvJ 1 februari 1978, zaak 19/77 (*Miller*) was reeds geen nadere motivering van de merkbaarheid van de overeenkomst nodig, nu Miller International over een marktaandeel van meer dan 20% beschikte.

²² Gerecht 8 juli 2008, zaak T-53/3 (*BPB*), punt 252: “[...] een schending van artikel 81, lid 1, EG [...] kan voortvloeien uit [...] een reeks handelingen of een voortgezette gedraging. Deze uitlegging kan niet worden betwist met het argument, dat een of meer onderdelen van deze reeks handelingen of voortgezette gedraging op zich ook afzonderlijk een schending van die bepaling kunnen opleveren.” Hieruit vloeit rechtstreeks voort dat het irrelevant is of de handelingen die samen een één enkele inbreuk vormen al dan niet op zichzelf ook een inbreuk vormen.

²³ Bestreden besluit, rnr. 169.

²⁴ Bestreden besluit, rnr. 143.

afstemmen van inschrijfprijzen vergrootten Janssen de Jong en WBL de kans dat zij voor een supracompetitieve prijs zouden kunnen inschrijven.

52. De Raad constateert dat bij één aanbesteding geen enkele andere inschrijver resteerde die niet betrokken was bij de gedragingen van Janssen de Jong en WBL,²⁵ bij twee aanbestedingen slechts één,²⁶ en bij vijf andere slechts twee.²⁷ In die omstandigheden resulteerde *cover pricing* in een reductie van de onzekerheid van respectievelijk 100% (1 naar 0 onbekende inschrijfcijfers), 50% (2 naar 1 onbekend inschrijfcijfer) en 33% (3 naar 2 onbekende inschrijfcijfers). Bij ten minste zeven van de elf aanbestedingen versterkte *cover pricing* aldus de positie van Janssen de Jong en WBL om hun inschrijfprijs niet 'onnodig' laag vast te stellen.
53. Bij tien²⁸ gevallen van *cover pricing* ontliepen óf WBL óf Janssen de Jong de kans de opdracht te winnen (doordat zij in de *counterfactual* ingeschreven zouden hebben, voor wellicht de winnende inschrijfprijs), óf is de opdrachtgever de kans ontnomen een concurrerende inschrijver uit te nodigen (doordat in de *counterfactual* WBL of Janssen de Jong de uitnodiging tot inschrijving zouden hebben afgeslagen). Bij alle (elf) aanbestedingen is de opdrachtgever hoe dan ook misleid.
54. De Raad concludeert dan ook dat WBL en Janssen de Jong niet in een zodanig zwakke positie verkeerden dat hun één enkele inbreuk niet merkbaar de mededinging kon beperken.
55. Overigens ondersteunt de notitie van Lexonomics, waar de Adviescommissie naar verwijst, eerder de merkbaarheid van de mededingingsbeperking dan het tegenovergestelde standpunt.
56. De Raad verwerpt het bezwaar van Janssen de Jong dat *cover pricing* in de onderhavige zaak gezien de positie van partijen de mededinging niet merkbaar beperkte.

3.5 De ernstfactor

57. In het bestreden besluit heeft de Raad een ernstfactor van 1,75 vastgesteld. Tot die ernstfactor werd gekomen in de eerste plaats omdat *cover pricing* voor WBL en Janssen de Jong de onzekerheid heeft weggenomen over elkaars voorgenomen marktgedrag, en dat deze verminderde onzekerheid kan hebben geleid tot een hogere prijs voor de verleende opdracht. De praktijk van *cover pricing* druist bovendien evident in tegen de essentie van het

²⁵ Optimalisering parkeerterrein Hotel van der Valk.

²⁶ Groot Onderhoud Asfaltwegen (Kerkrade), Renovatie Huisaansluitingen en Wegreconstructie Patronaatstraat.

²⁷ Groot Onderhoud Wegen (Simpelveld), Onderhoudsbestek (Heerlen), Groot Onderhoud Wegen 2008 (Valkenburg), Roolverzwaring M.L. Kingstraat (Eijsden), Reconstructie Krokusstraat (Kerkrade).

²⁸ Optimalisering parkeerterrein Hotel van der Valk is een meer klassieke *bid rig*.

aanbestedingsproces: concurrentie tussen onafhankelijk opererende aannemers. In het onderhavige geval ten slotte had de afstemming een herhalend karakter.²⁹

58. De Adviescommissie zet geen bedenkingen bij deze uitgangspunten, maar plaatst de kanttekening dat *cover pricing* geen horizontale afstemming tussen (bijna) alle uitgenodigde inschrijvers betreft, zoals bij een klassieke *bid rig*, maar bilaterale afstemming tussen twee inschrijvers. Deze afwijking dient de Raad bij de beoordeling van de ernst van de overtreding mee te wegen.
59. De Raad wijst erop dat het verschil tussen *cover pricing* en de meer klassieke *bid rig* reeds verdisconteerd is in de ernstfactor. In zaken waarin de Raad een klassieke *bid rig* heeft vastgesteld, is immers stelselmatig een hogere ernstfactor vastgesteld dan in de onderhavige zaak.³⁰ Nu de praktijk van *cover pricing* concreet geschikt is om opdrachtgevers te benadelen, acht de Raad een lagere ernstfactor dan 1,75 niet passend voor de onderhavige overtreding.

3.6 De verhoging van de boete van Janssen de Jong wegens recidive

60. In het bestreden besluit heeft de Raad vastgesteld dat Janssen de Jong reeds eerder onherroepelijk is veroordeeld voor een soortgelijke mededingingsrechtelijke overtreding.³¹ Naar het oordeel van de Raad is daarmee sprake van recidive in de zin van randnummer 48 van de Boetecode 2007, en daarmee van een boeteverhogende omstandigheid.
61. De Adviescommissie overweegt hieromtrent dat de Raad onvoldoende heeft aangetoond waarom de onderhavige gevallen van *cover pricing* of andersoortige *bilaterale* afstemming een soortgelijke overtreding opleveren als de eerdere betrokkenheid van Janssen de Jong bij een inbreuk op artikel 6 Mw.
62. De Raad wijst erop dat reeds sprake is van recidive wanneer een onderneming een nieuwe overtreding pleegt nadat zij voor soortgelijke overtredingen is gestraft.³² Van een soortgelijke inbreuk is naar het oordeel van de Raad reeds sprake wanneer een onderneming opnieuw

²⁹ Bestreden besluit, rnr. 285-292.

³⁰ Zie bijv. 3055/*Scheemda* (rnr. 204), zaak 3064/*Asfaltzware wegenprojecten Noord-Nederland* (rnr. 250), zaak 3272/*Aambeeldstraat en Mokerstraat* (rnr. 55), zaak 3689/*Aanbesteding dakrenovatie AMC* (rnr. 141 besluit in primo, gehandhaafd in beslissing op bezwaar, zie rnr. 10-13 en in stand gelaten door rechtbank en CBb, resp. 24 juli 2007 en 8 april 2010), zaak 3690/*Aanbesteding dakrenovatie Gouda* (punt 121 besluit in primo, gehandhaafd in beslissing op bezwaar, zie punt 8-11 en in stand gelaten door rechtbank en CBb, resp. 24 juli 2007 en 8 april 2010), zaak 3691/*Dakrenovaties Emmtec* (rnr. 173 besluit in primo, gehandhaafd in beslissing op bezwaar, zie rnr. 9-12 en in stand gelaten door rechtbank en CBb, resp. 24 juli 2007 en 8 april 2010), zaak 4014/*Openbaar groen Maastricht* (punt 166, gehandhaafd in besluit op bezwaar, rnr. 38-40) en zaak 5211/*Boomkwekerijen* (rnr. 355). In elk van deze zaken is een ernstfactor 2 gehanteerd.

³¹ Bestreden besluit, rnr. 299 e.v.

³² Zie ook Gerecht 25 oktober 2005, zaak T-38/02 (*Danone*), punt 362 en de daar geciteerde rechtspraak.

dezelfde rechtsnorm overtreedt.³³ Janssen de Jong is eerder bestraft voor het overtreden van artikel 6 Mw. Reeds om die reden is sprake van recidive.

63. Overigens is ook de wijze waarop Janssen de Jong opnieuw het kartelverbod heeft overtreden soortgelijk. Zo wijst de Raad erop dat de vorige overtreding door Janssen de Jong bestond uit het stelselmatig afstemmen van inschrijfprijzen voorafgaand aan aanbestedingen. In het onderhavige geval van *cover pricing* heeft Janssen de Jong zich eveneens schuldig gemaakt aan het stelselmatig afstemmen van inschrijfprijzen voorafgaand aan aanbestedingen. Dat in het geval van *cover pricing* vaak – maar niet altijd – sprake zal zijn van slechts twee partijen, terwijl bij klassieke *bid rigs* vaak – maar niet altijd – meer dan twee partijen betrokken zijn, maakt dit niet anders.
64. De Raad verwerpt dan ook het bezwaar dat het onderhavige geval van *cover pricing* geen soortgelijke overtreding zou zijn als de overtreding waarvoor Janssen de Jong in 2005 beboet is.

3.7 De verhoging van de basisboete van Janssen de Jong tot EUR 3 miljoen

65. In het bestreden besluit heeft de Raad vastgesteld dat een reguliere verhoging van de basisboete wegens recidive zou resulteren in een basisboete van EUR 541.162. Vervolgens heeft de Raad geoordeeld dat van een dergelijk (lage) boete voor Janssen de Jong kennelijk geen preventieve werking uitgaat. Immers, eerder is Janssen de Jong voor een soortgelijke overtreding beboet voor EUR 1,5 miljoen, zonder dat dit heeft geresulteerd in preventie dat Janssen de Jong overtreding van artikel 6 Mw zou nalaten.³⁴ De Raad heeft daarom de basisboete vastgesteld op een bedrag van EUR 3 miljoen.
66. De Adviescommissie heeft deze uitgangspunten niet aan de orde gesteld. Wel heeft zij overwogen dat de Raad de verhoging van de basisboete tot EUR 3.000.000 onvoldoende heeft onderbouwd in het licht van de evenredigheid ervan, mede gezien de mogelijkheid dat de diverse vormen van bilaterale informatie-uitwisseling mogelijk een gering effect sorteerden.
67. De Raad stelt voorop dat het evenredigheidsbeginsel, zoals gecodificeerd in artikel 3:4, tweede lid Awb, met zich brengt dat de gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. De doelen die worden gediend met een sanctiebesluit als hier aan de orde zijn de speciale als generale preventie;³⁵ het gevolg van dat besluit is de opgelegde boete.

³³ Vgl. *Danone*, voorgaande voetnoot, punten 363 en 364.

³⁴ Bestreden besluit, rnr. 301 e.v.

³⁵ Boetecode 2007, rnr. 9.

68. Om de evenredigheid van de boete in verhouding tot de beoogde speciale en generale preventie te waarborgen, heeft de Raad boetebeleidsregels in de zin van artikel 4:81 Awb vastgesteld. Het evenredigheidsbeginsel is uitdrukkelijk een uitgangspunt van die beleidsregels.³⁶
69. In het onderhavige geval heeft de Raad de Boetecode gevolgd en op basis van de betrokken omzet en de ernst van de overtreding een basisboete vastgesteld. De Raad heeft vervolgens geconstateerd dat een sanctiebesluit met de aldus berekende basisboete zeer waarschijnlijk niet leidt tot speciale preventie, zoals de Boetecode vereist. Die basisboete zou immers aanzienlijk lager zijn dan boetes van EUR 1,5 miljoen die de Raad in 2005 had opgelegd aan Janssen de Jong voor het overtreden van het kartelverbod,³⁷ die boete heeft Janssen de Jong niet ervan weerhouden nogmaals het kartelverbod te overtreden. Bovendien zou de huidige boete in het niet vallen bij de omzet van Janssen de Jong (EUR 458 miljoen in 2009).
70. In het licht van deze omstandigheden heeft de Raad toepassing gegeven aan randnummer 35 van de Boetecode 2007. Dat randnummer bepaalt dat: “[u]it het oogpunt van de gewenste preventieve werking de basisboete [kan] worden aangepast in verband met het gewicht van de overtreder, uitgedrukt in de totale jaaromzet van deze overtreder in Nederland in het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking.” De Raad is van oordeel dat in ieder geval een hogere boete opgelegd diende te worden dan de kennelijk onvoldoende afschrikkende boetes opgelegd in 2005. In het licht van de in 2005 opgelegd boetes ad EUR 1,5 miljoen, is de verwachting dat een boete van EUR 3 miljoen wel voldoende afschrikwekkende werking heeft. Een dergelijke verhoging van de basisboete past binnen de systematiek van de Boetecode 2007. Het eerder genoemde randnummer 35 stelt namelijk dat de aanpassing van de basisboete “[...] kan leiden tot een verveelvoudiging van de basisboete.”
71. De uiteindelijke boete voor Janssen de Jong is 0,7% van de omzet van Janssen de Jong in 2009.³⁸ In die omstandigheden concludeert de Raad dat de boete, gelet op de doelen die het sanctiebesluit dient, niet onevenredig is aan de overtreding van de onderneming Janssen de Jong noch aan de omvang van de onderneming. Dat de onderhavige overtreding wellicht beperkte concrete gevolgen heeft gehad, is irrelevant voor de speciale preventie die de Raad heeft beoogd met de verhoging van de basisboete.

³⁶ Boetecode 2007, rnr. 10.

³⁷ Zie de besluiten van d-g NMa van 29 april 2005 en 28 december 2005, zaken 4353, 4324 en 4395, *GWW*. Voorts zij verwezen naar het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 16 mei 2006, zaak 5263/5264, *Betonnen straatstenen*. Tot slot zij verwezen naar de besluiten van de Raad van Bestuur van de NMa van 22 augustus 2006, zaken 3938-619, 3938-568, 3938-606, *B&U*. De boetes bedroegen in totaal ruim EUR 1,8 miljoen. Venmoetschappen behorende tot de Janssen de Jong-groep zijn aansprakelijk gehouden voor een bedrag van ruim EUR 1,5 miljoen.

³⁸ Vgl. de boetes die de NMa oplegde in 2005 betroffen 0,3% van de omzet en 7,8% van de winst.

3.8 De correspondentie van Janssen de Jong die de Adviescommissie aan de Raad heeft gestuurd

72. Janssen de Jong heeft na de hoorzitting nog een drietal brieven aan de Adviescommissie gericht. Het betreft een brief van 12 september 2011 en twee brieven van 19 september 2011, waarin Janssen de Jong wijst op recente arresten die haars inziens van belang zijn voor het advies van de Adviescommissie. De Adviescommissie heeft het aan de Raad gelaten het noodzakelijke te doen met deze correspondentie. In het navolgende geeft de Raad zijn oordeel over de toepasselijkheid van de toegezonden arresten.
73. In haar brief van 12 september 2011³⁹ wijst Janssen de Jong op een arrest van het EHRM van 18 mei 2010 in de zaak *Kennedy v. UK*.⁴⁰ Hierin constateerde het EHRM onder andere dat onder het recht van het Verenigd Koninkrijk (hierna: VK) materiaal uit telefoontaps dat niet noodzakelijk is voor geautoriseerde doeleinden vernietigd moet worden. Het EHRM concludeerde dat de wetgeving van het VK op het gebied van telefoontaps de noodzakelijke waarborgen bood. Janssen de Jong leidt uit dit arrest *a contrario* af dat wetgeving zonder een dergelijke bepaling onvoldoende waarborgen biedt.
74. De Raad roept in herinnering dat in *Kennedy*, het EHRM in de eerste plaats en uitgebreid overweegt dat in de eerdere zaak *Liberty and Others* de autoriteiten van het VK een beperkte discretie hebben in het onderscheppen van en luisteren naar privé-communicatie. Het is dan *'moreover'* dat het EHRM meldt dat niet-geautoriseerd materiaal onder Engels recht vernietigd moet worden.
75. Het EHRM stelt niet dat de vernietiging van niet-geautoriseerd materiaal een noodzakelijke voorwaarde is. Integendeel, de formulering van het EHRM – *'moreover'* – impliceert dat een dergelijke vernietiging een niet-noodzakelijke (extra) waarborg is.
76. Overigens wijst de Raad erop dat de Wet strafvorderlijke en justitiële gegevens het Openbaar Ministerie toestaat 'bijvangst' te verstrekken aan bijvoorbeeld de NMa.
77. In haar eerste brief van 19 september 2011⁴¹ wijst Janssen de Jong op de uitspraak van het CBb van 30 augustus 2011 in de zaak *ETB Vos*.⁴² Volgens Janssen de Jong heeft het CBb in die uitspraak welbewust het 'zozeer indruist' criterium⁴³ niet toegepast in een sanctiezaak, en zou dat betekenen dat ook in de onderhavige sanctiezaak dat criterium niet zou gelden.

³⁹ Dossierstuknr. 7094/38.

⁴⁰ Zaaknr. 26839/05 (*Kennedy v. VK*).

⁴¹ Dossierstuknr. 7094/40.

⁴² CBb 30 augustus 2011, LJN: BR6737 (*ETB Vos*).

⁴³ Zoals geformuleerd in onder andere HR 1 juli 1992, LJN: ZC5028; ABRvS 12 april 2006, LJN: AW1281 en CRvB 11 april 2007, LJN: BA2410.

78. De Raad stelt voorop dat het ‘zozeer indruist’ criterium relevant wordt als vastgesteld is dat bewijsmateriaal onrechtmatig is verkregen. De Raad heeft echter, het advies van de Adviescommissie volgend,⁴⁴ geoordeeld dat hij rechtmatig het van het OM ontvangen bewijsmateriaal mocht gebruiken.⁴⁵ De uitspraak in *ETB Vos* mist dan ook toepassing voor de onderhavige zaak.
79. Ten overvloede merkt de Raad op dat, anders dan Janssen de Jong meent, het CBB in *ETB Vos* eerst heeft geoordeeld dat artikel 54a Mw van fundamentele betekenis was.⁴⁶ Ook het CBB onderscheidt kennelijk gebreken op fundamentele punten van gebreken op niet-fundamentele punten. Of de ontvangst van door anderen beweerdelijk onrechtmatig verstrekt bewijs een inbreuk van fundamentele aard is, valt niet uit deze uitspraak op te maken.
80. In haar tweede brief van 19 september 2011 wijst Janssen de Jong op het arrest van de Hoge Raad van 16 september 2011 in de zaak *Batavus*.⁴⁷ In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat de merkbaarheid van een mededingingsbeperkende gedraging niet reeds gegeven is met de kwalificatie van die gedraging als een doelbeperking.
81. De Raad heeft de merkbaarheid in het bestreden besluit nu juist anders gemotiveerd dan het Gerechtshof Leeuwarden dat in de zaak *Batavus* had gedaan. Ter onderbouwing van de merkbaarheid heeft de Raad niet slechts naar de strekking van *cover pricing* verwezen, maar de positie van partijen binnen de getroffen aanbestedingen in zijn beoordeling betrokken. Het arrest van de Hoge Raad in *Batavus* heeft dan ook geen implicaties voor de onderhavige zaak.
82. De Raad concludeert dat de rechtspraak waar Janssen de Jong op wijst, niet leidt tot een ander oordeel.

3.9 De nieuwe bagatelbepaling

83. In haar bezwaarschrift heeft Janssen de Jong een nadrukkelijk beroep gedaan op een – op dat moment: voorgenomen – wetswijziging, houdende dat artikel 7, tweede lid, Mw een vrijstelling biedt voor ‘hard core’ kartels als de betrokken ondernemingen gezamenlijk een marktaandeel van minder dan 10% hebben. De Adviescommissie heeft overwogen dat de

⁴⁴ Advies, rnr. 22.

⁴⁵ Zie hiervoor, randnummer 8, waarin de Raad heeft geconcludeerd dat hij conform het Advies oordeelt.

⁴⁶ *ETB Vos*, hiervoor voetnoot 42, r.ov. 5.8.

⁴⁷ HR 16 september 2011, LJN: BQ2213 (*Batavus*).

Raad geen rekening hoeft te houden met toekomstige wetgeving. Nadat de Adviescommissie het Advies had uitgebracht, is de wetwijziging doorgevoerd.⁴⁸

84. De Raad merkt op dat hij op de voet van artikel 5:46, vierde lid Awb jo. artikel 1, tweede lid Sr bij zijn beoordeling in bezwaar de latere voor de verdachte gunstiger bepaling dient toe te passen, ook wanneer de wet is gewijzigd nadat de inbreuk is gepleegd.
85. De inbreuk waarbij Janssen de Jong en WBL betrokken zijn, voldoet niet aan de voorwaarden voor toepassing van het aangepaste artikel 7, tweede lid, Mw. Eén van de voorwaarden is immers dat het marktaandeel van de betrokken ondernemingen op een relevante markt minder dan 10% moet zijn.
86. De Raad heeft vervolgens vastgesteld dat Janssen de Jong en WBL gezamenlijk een kwart tot tweederde van de inschrijvers in de getroffen aanbestedingen uitmaakten.⁴⁹ Van een marktaandeel op een relevante markt van minder dan 10% is dan ook geen sprake.

⁴⁸ Wet van 24 november 2011, houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken (versterking positie leveranciers uit het MKB). Staatsblad 2011, nr. 569. De wet is op 3 december 2011 in werking getreden.

⁴⁹ Rechtbank Rotterdam 1 juli 2010, *LJN* BM9911 (*Boomkwekers*), onder verwijzing ook naar CBb 12 maart 2004, *LJN* AO6479 (*Bredase notarissen*), r.o. 6.2.

BESLUIT

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- verklaart de bezwaren van Janssen de Jong Infra B.V., Janssen de Jong Groep B.V. en Janssen de Jong Infrastructuur Nederland B.V. ongegrond;
- handhaaft, onder aanvulling van de motivering ,zijn besluit van 29 oktober 2010.

Den Haag: 8 maart 2012

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,

w.g.

Henk Don
Lid Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Een natuurlijk persoon kan ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht.aspx>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden.