

# Nederlandse Mededingingsautoriteit

## BESLUIT

Ontwerp-besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 49a van de Mededingingswet.

Nummer 7156/27 /

Ontwerp-besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 49a Mededingingswet (toezeggingbesluit Coöperatief Transport Europa U.A.).

Datum:

### **De aanvraag**

De coöperatieve vereniging Coöperatief Transport Europa U.A. (hierna: CTE), statutair gevestigd in Wierden, heeft op 2 april 2012 bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad respectievelijk de NMa) een aanvraag ingediend tot bindendverklaring van (een) toezegging(en) als bedoeld in artikel 49a, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw).

### **De toezeggingen**

Voor pechhulp en tweede berging (doortransport) worden aanbestedingen uitgeschreven door alarmcentrales die werken in opdracht voor verzekeringsmaatschappijen. Voorafgaand aan deze aanbestedingen inventariseert CTE welke van de bij haar aangesloten bergingsmaatschappijen (hierna: leden) hierop willen inschrijven. CTE schrijft vervolgens namens de leden die willen meedingen in op de aanbestedingen met een door (de leden van) CTE vastgestelde uniforme prijs. Hierdoor wordt de concurrentie op één van de belangrijkste selectiecriteria in de aanbesteding, te weten de prijs, tussen CTE-leden bij een aanbesteding verminderd of weggenomen en zouden alarmcentrales als gevolg daarvan kunnen worden geconfronteerd met hogere kosten. Dit brengt risico's voor de mededinging met zich mee. Er is geen sprake van vrije concurrentie oftewel de concurrentie wordt vervalst door de handelswijze van de CTE-groep.

De in de aanvraag opgenomen toezeggingen zijn erop gericht die mededingingsrisico's te beëindigen en voor de toekomst te voorkomen:

## Ontwerp-besluit openbare versie

1. In de toekomst, bij nieuwe aanbestedingen, zullen CTE-leden zelfstandig en in concurrentie hun offertes indienen bij de opdrachtgevers. De vereniging CTE zal daarin geen rol spelen en vooraf geen kennis nemen van de inschrijvingen van individuele bergers.
2. Daarnaast zal CTE de leden erop wijzen dat zij voorafgaand aan de aanbesteding onderling geen overleg mogen hebben over de inschrijving en de te offereerde prijzen.
3. Teneinde een en ander voor de NMa controleerbaar te maken zal CTE aan de NMa een afschrift zenden van de brief waarin CTE de leden uitlegt dat zij in het vervolg zelfstandig en in concurrentie moeten offereeren en waarin de vereniging aangeeft dat zij geen rol meer zal spelen in het aanbestedingsproces. Ook aan toekomstige nieuwe leden zal deze werkwijze bekend worden gemaakt.
4. Bovendien zal CTE deze uitleg geven aan de opdrachtgevers en hun verzoeken te verklaren dat zij de offertes van de leden rechtstreeks hebben ontvangen. Een afschrift van het antwoord van de opdrachtgevers zal CTE naar de NMa sturen.

### **Het besluit**

Gelet op artikel 49a, tweede, derde respectievelijk vijfde lid, Mededingingswet besluit de Raad als volgt.

- I. De Raad verklaart de hierboven aangehaalde toezeggingen bindend voor CTE.
- II. De Raad besluit tevens de mededingingsrechtelijke onderzoeken naar mogelijke overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet en artikel 101, eerste lid, Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, niet verder voort te zetten, een en ander onverlet de ambtelijke bevoegdheden tot toezicht op de naleving van de toezeggingen.
- III. Dit besluit wordt gegeven voor een periode van drie jaar vanaf de bekendmaking ervan.

Datum:

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

## Ontwerp-besluit openbare versie

Henk Don

Lid van de Raad van Bestuur

*Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. De termijn voor het indienen van een beroepschrift is zes weken; de termijn vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit overeenkomstig artikel 3:44, eerste lid, onderdeel a, Algemene wet bestuursrecht ter inzage is gelegd.*

## Ontwerp-besluit openbare versie

### **Toelichting bij het toezeggingsbesluit CTE**

1. In deze toelichting wordt eerst het wettelijk kader voor het bindend verklaren van een toezegging uiteengezet (paragraaf 1). Vervolgens worden de gedragingen van CTE kort beschreven met inbegrip van de mededingingsrisico's die de gedragingen met zich brengen (paragraaf 2). Paragraaf 3 gaat kort in op de door CTE aangeboden toezeggingen, waarna de Raad in paragraaf 4 de toezeggingen beoordeelt in het licht van zijn discretionaire bevoegdheid en toetst aan de wettelijke voorwaarden voor een toezeggingsbesluit. Paragraaf 5 beschrijft de bij de totstandkoming van het besluit gevolgde openbare voorbereidingsprocedure. In paragraaf 6 bespreekt de Raad de eventuele zienswijzen die belanghebbenden tijdens die procedure over het ontwerpbesluit naar voren hebben gebracht. In het verlengde daarvan geeft de Raad zijn eendoordeel over de aanvraag.

1. Wettelijk kader

2. Het toezeggingsbesluit is geregeld in hoofdstuk 5A Mw (de artikelen 49a-49d). Op basis van artikel 49a, eerste lid, kan een ondernemersvereniging vóór het opmaken van een rapport of, indien een rapport is vastgesteld, tot het moment waarop een beslissing als bedoeld in artikel 62 is genomen, bij de Raad een aanvraag doen tot het nemen van een besluit waarmee de Raad een in die aanvraag opgenomen toezegging voor de ondernemersvereniging bindend verklaart. De bindendverklaring strekt ertoe te voorkomen dat gehandeld wordt in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw of artikel 24, eerste lid, Mw of dat het handelen in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw of artikel 24, eerste lid, Mw wordt gestaakt.

3. Op grond van artikel 49a, tweede lid, Mw kan de Raad een toezegging bindend verklaren, indien naar het oordeel van de Raad:

- a) verzekerd is dat de ondernemersvereniging als gevolg van het besluit zal handelen in overeenstemming met artikel 6, eerste lid, Mw of 24, eerste lid Mw;
- b) de ondernemersvereniging aannemelijk maakt dat zij het besluit op controleerbare wijze zal naleven; en
- c) in een concreet geval het nemen van het besluit uit oogpunt van handhaving van de wet doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom.

4. Bij een besluit tot bindendverklaring besluit de Raad ingevolge artikel 49a, derde lid, Mw tevens af te zien van onderzoek, van een rapport, of van een boete of last onder dwangsom. Het besluit bevat geen oordeel over de verenigbaarheid van het gedrag met de mededingingsvoorschriften.

5. Nadat de Raad een besluit tot bindendverklaring heeft genomen, dient de ondernemersvereniging zich overeenkomstig het besluit te gedragen (artikel 49a, vierde lid Mw).

## Ontwerp-besluit openbare versie

Het besluit wordt voor een bepaalde periode gegeven en kan door de Raad worden verlengd (artikel 49a, vijfde lid Mw).

6. Op de voorbereiding van het toezeggingsbesluit is op grond van artikel 49b Mw de openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) van toepassing. Teneinde belanghebbenden de gelegenheid te bieden hun zienswijze naar voren te brengen, wordt het ontwerpbesluit met bijbehorende stukken voor hen ter inzage gelegd.

### 2. Achtergronden en mededingingsrisico's

#### Inleiding

7. Ondernemersverenigingen komen op voor de belangen van hun leden. Zo lang activiteiten van een ondernemersvereniging betrekking hebben op onderwerpen waarop de leden van de ondernemersvereniging niet met elkaar in concurrentie staan, kan de ondernemersvereniging zonder enig mededingingsrisico haar activiteiten ontplooiën en de belangen van haar leden behartigen.

8. Wanneer een ondernemersvereniging zich op een directere manier mengt in de markt(en) waarop haar leden actief zijn en onderling concurreren, dan dient zij rekening te houden met de mogelijkheid dat van haar optreden een coördinerend effect op haar leden kan uitgaan. Zo kunnen richtinggevend uitingen van een ondernemersvereniging, in welke verschijningsvorm dan ook, door leden worden ervaren als een richtpunt voor hun eigen optreden op de markt. Hiermee kunnen dergelijke uitingen schade berokkenen aan de mededinging op de betrokken markt.

#### CTE

9. CTE is een ondernemersvereniging die ondersteunende diensten biedt aan haar leden die alle actief zijn op het gebied van bergingswerkzaamheden en pechhulp. In 2012 heeft CTE 35 leden.

10. Volgens artikel 2 van de oprichtingsstatuten heeft de vereniging CTE ten doel de belangen van haar leden als vervoerders over de weg binnen Europa te behartigen door het coördineren en combineren van transportopdrachten op een zodanige wijze dat daardoor efficiency- en schaalvoordelen optreden die ten goede van zowel de aangesloten leden als de opdrachtgevers komen. De vereniging sluit daartoe met haar leden overeenkomsten ter zake van zodanig vervoer in het bedrijf dat zij te dien einde ten behoeve van haar leden uitoefent of doet uitoefenen.

11. De werkzaamheden van de CTE-leden kunnen onder meer worden onderscheiden naar: pechhulp, eerste berging (het wegslepen naar een veilige plek direct na een ongeval) en tweede berging (doortransport naar een garage of sloopbedrijf). De bergingen die de CTE-leden uitvoeren vinden doorgaans plaats in opdracht van alarmcentrales van verzekeringsmaatschappijen. Deze

## Ontwerp-besluit openbare versie

verzekeringsmaatschappijen schrijven (gecombineerde) aanbestedingen uit voor eerste berging, tweede berging en pechhulp. Nederland is verdeeld in circa 220 rayons, gelijk aan de politieregio's. Voor elk rayon vindt voor alle drie segmenten een aanbesteding plaats.

12. Voor de eerste berging selecteert de Stichting Incident Management in het kader van de regeling Incident Management voor de gezamenlijke alarmcentrales namens de hoofdverzekeraar altijd één berger per rayon voor het hoofdwegennet. Voor het onderliggend wegennet selecteren de alarmcentrales na aanbesteding een berger voor de eerste berging. Van tweede berging is sprake als het aflever-/eindadres verder is gelegen dan circa 25 km van de plaats van de eerste berging. Hierna zal alleen nog worden ingegaan op aanbestedingen voor tweede berging (doortransport) omdat CTE niet actief is op het gebied van eerste berging op het onderliggend wegennet.

13. Aanbestedingen voor tweede berging en pechhulp worden doorgaans gecombineerd door alarmcentrales. De belangrijkste criteria bij aanbestedingen voor tweede berging en pechhulp zijn prijs, kwaliteit en 'vertrouwen' in de zin van 'goede ervaringen opgedaan in het verleden' de belangrijkste gunningcriteria. Kwaliteitscriteria die de alarmcentrales hanteren, zijn onder andere eisen aan voertuigen en kleding van de chauffeurs, chauffeursopleiding, aanrijdtijden en afhandeling van klachten. Het criterium prijs wordt bepaald door een tarief per kilometer vanaf de start van het transport voor de volledige heen- en terugrit.

14. Nadat een CTE-lid een aanbesteding gegund heeft gekregen, wordt in de meeste gevallen<sup>1</sup> een contract gesloten tussen de alarmcentrale, CTE en het betreffende lid. De contracten voor tweede berging worden aangegaan voor een periode van 5 jaar. Het contract met de alarmcentrale betreft altijd een bepaald aantal te bergen auto's per rayon. CTE-leden brengen het aantal te bergen auto's in het ritplanningssysteem van CTE in. De ritten over meer dan 50 km enkele reis worden gecombineerd met opdrachten van andere CTE-leden in andere rayons en/of voor andere alarmcentrales. Dit houdt in dat bergers voor elkaar auto's ophalen die op de route liggen. Als een berger een auto heeft doorgetransporteerd voor een ander CTE-lid wordt dit later gecompenseerd door dit andere lid voor een bepaalde rit in te plannen. Doel van het ritplanningssysteem is dat iedere bergingsmaatschappij aan het einde van het contract het aantal auto's heeft geborgen waarvoor hij een contract heeft gesloten en die hij heeft 'ingebracht' in het systeem.

15. Hieruit volgt dat een CTE-lid dat in een bepaalde periode geen aanbesteding voor tweede berging gegund heeft gekregen en als gevolg daarvan geen contract voor doortransport heeft met een verzekeringsmaatschappij ook niet deelneemt aan het ritplanningssysteem.

---

<sup>1</sup> Bij Eurocross verloopt de inschrijving op de aanbestedingen niet via CTE. Bij deze alarmcentrale schrijven de geïnteresseerde CTE-leden zelfstandig in.

## Ontwerp-besluit openbare versie

Het vaststellen van uniforme prijzen bij aanbestedingen voor tweede bergingen

16. Op 11 maart 2011 heeft een hoorzitting plaatsgevonden in de bezwaarzaken van een aantal bergingsmaatschappijen met zaaknummers 4028/4118 en andere. Tijdens deze hoorzitting heeft de heer A.P.J. Kijk in de Vegte, voorzitter van het bestuur van CTE, verklaard dat CTE voorafgaand aan aanbestedingen voor pechhulp en tweede berging een bespreking houdt met haar leden waarin wordt bepaald binnen welke bandbreedte het CTE-bestuur namens haar leden prijzen mag offereën bij deze aanbestedingen. Het bestuur van CTE stelt vervolgens een uniforme prijs vast waarmee CTE namens de leden die hebben aangegeven te willen meedingen, inschrijft op de aanbestedingen voor doortransport en pechhulp.

17. CTE-leden die willen meedingen op een aanbesteding in een rayon doen alleen via CTE mee aan aanbestedingen van alarmcentrales. Voorafgaand aan aanbestedingen inventariseert het bestuur van CTE bij de leden wat volgens hen een redelijke inschrijfprijs zou zijn. De leden geven in een schriftelijke ronde of tijdens een ledenvergadering van CTE aan binnen welke bandbreedte het bestuur een tarief mag vaststellen. Het bestuur beslist uiteindelijk wat de uniforme inschrijfprijs wordt. Deze prijs wordt gehanteerd bij alle inschrijvingen van CTE-leden.

18. De aanbestedende alarmcentrale kiest uit de inschrijvingen zelf de bergingsmaatschappij waaraan zij het contract wil gunnen. Dit kan een CTE-lid zijn of een andere onderneming. De selectie gebeurt op basis van bovengenoemde criteria waarbij punten worden gegeven voor zowel prijs als kwaliteitsaspecten.

19. Indien meerdere CTE-leden hebben aangegeven dezelfde gebieden te willen bedienen, worden de andere, niet-verkrijgende CTE-leden niet gecompenseerd door het CTE-lid dat het contract gegund heeft gekregen.

Mededingingsrisico's

20. Tijdens haar onderzoek naar het vaststellen van uniforme inschrijfprijzen bij aanbestedingen door CTE is de NMa op mededingingsrisico's gestuit.

21. Kenmerkend voor een aanbesteding is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. De beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders komt tot uitdrukking in de verschillende aanbiedingen waartoe de inschrijvende ondernemingen elk zelfstandig zijn gekomen. Dit kunnen verschillen zijn in prijs en/of kwaliteit. Dit 'model' veronderstelt derhalve dat de aanbieders in de fase vóór de indiening van de offerte niet door de branchevereniging waarbij zij zijn aangesloten in een bepaalde richting zijn gestuurd.

## Ontwerp-besluit openbare versie

22. Door het vaststellen van een gezamenlijke prijs die wordt gehanteerd bij een aanbesteding wordt bij de desbetreffende CTE-leden de onzekerheid over één van de selectiecriteria in de aanbesteding weggenomen. Als gevolg daarvan kan niet worden gezegd dat zij zelfstandig en in onderlinge concurrentie inschrijven op aanbestedingen.

3. De voorgelegde toezeggingen

23. Op 29 augustus 2011 heeft de NMa de heer Kijk in de Vegte het vermoeden van overtreding voorgelegd. Op diezelfde dag heeft de heer Kijk in de Vegte een verklaring afgelegd over de vermoedelijke overtreding. Tijdens dit verhoor heeft de heer Kijk in de Vegte namens de CTE-groep aangegeven een aanvraag voor een toezeggingbesluit in te willen dienen.

24. CTE is zich ervan bewust dat haar gedragingen risico's voor de mededinging inhouden. CTE heeft aangegeven deze gedragingen stop te zetten en in de toekomst te zullen voorkomen.

25. Op 14 maart 2012 heeft de heer Kijk in de Vegte namens de CTE-groep een aanvullende verklaring afgelegd.

26. Op 27 maart 2012 heeft CTE een aanvraag ingediend tot het bindend verklaren van de daarin opgenomen toezeggingen.

27. Met de voorgelegde toezeggingen neemt CTE de mededingingsrisico's weg door haar gedragingen blijvend te beëindigen. CTE zegt toe dat zij in de toekomst geen inschrijfprijzen meer zal vaststellen voor haar leden. Daarnaast zal CTE erop toezien dat haar leden zelfstandig en in onderlinge concurrentie in zullen schrijven bij komende aanbestedingen voor tweede berging.

4. De beoordeling van de toezeggingen

28. De Raad stelt voorop dat hij een ruime discretionaire bevoegdheid heeft waar het gaat om zijn bereidheid al dan niet in te stemmen met het toezeggingstraject. Het enkele feit dat wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 49a, tweede lid, Mededingingswet, geeft geen aanspraak op een positieve beslissing van de Raad. Met name dient de Raad er voor te waken dat het nemen van een toezeggingbesluit afbreuk doet aan de preventieve werking die uitgaat van de bevoegdheid in geval van overtreding een boete op te leggen. Bij zeer ernstige overtredingen is het toezeggingstraject daarom in beginsel niet begaanbaar.

29. In de hierboven geschetste achtergronden en ontwikkelingen in dit onderzoek liggen belangrijke aanleidingen voor de Raad om in dit specifieke geval positief te reageren op een aanvraag om een toezeggingbesluit. Daarnaast acht de Raad een toezeggingbesluit in dit onderzoek doelmatig.

## Ontwerp-besluit openbare versie

30. De Raad kan een toezeggingsbesluit nemen indien naar het oordeel van de Raad is verzekerd dat CTE als gevolg van het besluit in overeenstemming met artikel 6, eerste lid, Mw zal handelen (artikel 49a, tweede lid, Mw). In dit geval betekent dit in de eerste plaats dat CTE als gevolg van het toezeggingbesluit niet langer de prijzen vaststelt waarmee haar leden inschrijven op aanbestedingen voor tweede berging.

31. Omdat CTE (i) heeft toegezegd niet langer een uniform tarief voor aanbestedingen voor haar leden vast te stellen, (ii) heeft toegezegd zich in de toekomst van de genoemde gedragingen te onthouden, (iii) heeft toegezegd dat zij haar leden er (schriftelijk) op zal wijzen dat zij zelfstandig en in onderlinge concurrentie hun offertes moeten indienen bij opdrachtgevers en (iv) deze werkwijze ook voorlegt aan de opdrachtgevers en de opdrachtgevers verzoekt de naleving van deze werkwijze door (de leden van) CTE schriftelijk aan de NMa te bevestigen, acht de Raad het voldoende aannemelijk dat aan deze voorwaarde wordt voldaan.

32. De Raad kan een besluit als bedoeld in artikel 49a, eerste lid, Mw nemen indien naar het oordeel van de Raad de toezegging uit het oogpunt van handhaving van de wet doelmatiger is dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. De Raad acht het nemen van een toezeggingsbesluit in dit specifieke geval doelmatiger dan het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Een mogelijk uitstralingseffect naar ondernemingen en ondernemersverenigingen actief op het gebied van bergingswerkzaamheden, maar ook naar ondernemersverenigingen die actief zijn in andere sectoren, kan namelijk sneller worden bereikt dan indien zou worden gekozen voor een rapport en sanctiebesluit-traject. Voorts wordt efficiëntie gegenereerd aangezien, in het stadium waarin de procedure zich thans bevindt, met het nemen van een toezeggingsbesluit nader onderzoek, het opstellen van één of meerdere rapporten, alsmede het traject tot aan het sanctiebesluit wordt vermeden. Het voorgaande overziend is de Raad uit oogpunt van doelmatigheid bereid positief te beslissen op de aanvraag.

33. De laatste voorwaarde die in artikel 49a, tweede lid, Mw gesteld wordt, is dat de gedane toezeggingen op een door de NMa controleerbare wijze door partijen dienen te worden nageleefd. In deze zaak heeft CTE toegezegd een kopie aan de NMa te sturen van de brief waarin CTE de leden uitlegt dat zij in het vervolg zelfstandig en in concurrentie moeten offeren en waarin de vereniging aangeeft dat zij geen rol meer zal spelen in het aanbestedingsproces. Daarnaast zal CTE de opdrachtgevers verzoeken de naleving van deze werkwijze door (de leden van) CTE schriftelijk aan de NMa te bevestigen. Daarmee is het naar het oordeel van de Raad aannemelijk dat CTE het besluit op controleerbare wijze zal naleven.

34. Gelet op bovenstaande overwegingen concludeert de Raad dat er voldoende aanleiding is toewijzend op de aanvraag te beslissen.

## Ontwerp-besluit openbare versie

### 5. De gevolgde voorbereidingsprocedure

35. Alvorens op de aanvraag te beslissen, heeft de Raad overeenkomstig afdeling 3.4 Awb van 5 april tot en met 16 mei 2012 een toewijzend ontwerpbesluit met de bijbehorende stukken ter inzage gelegd. De terinzagelegging is voorafgaand aangekondigd in de Staatscourant en 'De Volkskrant' van 5 april 2012. Daarbij is gewezen op de mogelijkheid van belanghebbenden om uiterlijk 16 mei 2012 hun zienswijze schriftelijk naar voren te brengen. Voorts is aan belanghebbenden gelegenheid geboden om desgewenst mondeling een zienswijze in te brengen. **De Raad heeft vastgesteld dat van geen van beide mogelijkheden gebruik is gemaakt.**

### 6. Eindbeoordeling door de Raad

36. Op grond van het voorgaande besluit de Raad toewijzend en overeenkomstig het ter inzage gelegde ontwerp op de aanvraag van CTE. Onverminderd het bepaalde in artikel 49c Mw brengt dit besluit mee dat de Raad, in geval conform de toezeggingen wordt gehandeld, geen boete of last onder dwangsom oplegt voor de in dit besluit omschreven gedragingen van CTE en geen nieuw mededingingsrechtelijk onderzoek start naar deze gedragingen.

37. De Raad verklaart de toezegging voor een periode van drie jaar vanaf de bekendmaking van het toezeggingsbesluit bindend. Hierbij zij opgemerkt dat de Raad ingevolge artikel 49a, vijfde lid, Mw kan besluiten om het toezeggingsbesluit voor een bepaalde periode te verlengen.

38. Het besluit zal, overeenkomstig artikel 3:44, eerste lid, onderdeel a, Awb, vanaf @@ ter inzage worden gelegd. Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, een gemotiveerd beroep schriftelijk indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. De termijn voor het indienen van een beroep schriftelijk is zes weken; de termijn vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit overeenkomstig artikel 3:44, eerste lid, onderdeel a, Algemene wet bestuursrecht ter inzage is gelegd.