

Advies in de zaak 2112, Betonmortelcentrales

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof. mr J.H. Jans (voorzitter), prof. mr J. Borgesius en prof. dr E.E.C. van Damme. De subcommissie werd bijgestaan door dr J.F. Appeldoorn (secretaris).

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 11 januari 2006 in zaaknummer 2112 (hierna: het besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat
 - Betonmortelfabriek Utrecht "Befu" B.V. (hierna: "Befu")
 - Betonmortelcentrale De Lek B.V. en Houdstermaatschappij Betonmortelcentrale De Lek B.V. (hierna: "De Lek")
 - Betonmortelcentrale Gorkum B.V. (hierna: "Gorkum")
 - Goudse Betonmortel Centrale B.V. (hierna: "Goudse")
 - Betoncentrale Papendrecht B.V., Van Nieuwpoort Betonmortel B.V. en Van Nieuwpoort Nederland B.V. (hierna: "Van Nieuwpoort")
 - Van der Velden Betonmortel Centrale B.V., Van Nieuwpoort Betonmortel B.V. en Van Nieuwpoort Nederland B.V. (hierna: "Van Nieuwpoort")
 - Mebin B.V. en ENCI Holding N.V. (hierna: "Mebin")
 - Transportbeton Diemen B.V. en NCD Betonmortelgroep B.V. (hierna: "Diemen")
 - Hanson Beton Nederland B.V. en Pioneer International B.V. (hierna: "Hanson")
 - NCD Betonmortelgroep B.V. (hierna: "NCD")een inbreuk hebben gemaakt op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw).¹
2. Op grond van de vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw heeft de Raad aan de bovengenoemde ondernemingen een boete opgelegd.
3. Tegen het besluit zijn bezwaarschriften ingediend door bovengenoemde partijen (hierna: de bezwaarden).
4. Bij brief van 17 juli 2006 werd aan de bezwaarden en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 8 september 2006 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 8 september 2006 vond deze hoorzitting plaats waarbij de bezwaarden en vertegenwoordigers van de Raad werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: prof. mr J.H. Jans (voorzitter), prof. mr J. Borgesius en prof. dr E.E.C. van Damme. De subcommissie werd bijgestaan door dr J.F. Appeldoorn (secretaris).
5. Het verslag van de hoorzitting werd op 18 oktober 2006 aan partijen rondgestuurd.

2. Besluit

6. Het besluit is als bijlage aan dit advies gehecht.

¹ Prismanummer 2112_1/456.

3. Bezwaren en beoordeling

7. Hieronder worden eerst de bezwaargronden van De Lek behandeld (onderdeel A) Vervolgens worden de bezwaargronden van de overige partijen behandeld, voorzover zij daarvan afwijken, behalve indien de afwijkingen enkel betrekking hebben op hun individuele feitelijke positie (onderdelen B-E). In onderdeel F wordt het door partijen ter hoorzitting gedane beroep op het gelijkheidsbeginsel besproken. Voor het overige wordt verwezen naar de slotoverweging in randnummer 127 van dit advies.

A – De Lek

Ontbreken rechterlijke machtiging / onbepaaldheid onderzoek

8. De Lek maakt bezwaar tegen de wijze waarop de Raad het bedrijfsbezoek gestalte heeft gegeven. Zo zou het onderzoek zonder de benodigde rechterlijke machtiging zijn geschied en zou het doel van het onderzoek onvoldoende nauwkeurig zijn medegedeeld.² Dit laatste punt acht De Lek ook van belang m.b.t. het geven van de cautie bij het afnemen van mondelinge verklaringen.³
9. De Raad stelt dat het onderzoek aan de eisen van art. 8 EVRM heeft voldaan en dat het meedelen van het doel van het onderzoek voldoende nauwkeurig is geschied.⁴

Beoordeling

10. Niet is gebleken dat De Lek zich tegen het bedrijfsbezoek heeft verzet. Derhalve moet het bedrijfsbezoek worden geacht met toestemming van De Lek te zijn geschied, waarmee volgens de advisering van de Adviescommissie in de zaak *Scheemda* en de rechtspraak moet worden geoordeeld dat reeds om die reden moet worden geoordeeld dat van een schending van art. 8 EVRM geen sprake kan zijn.⁵ Waar De Lek stelt dat het weigeren van toestemming voor het bedrijfsbezoek haar niet had kunnen baten omdat de NMa de hulp van de sterke arm kan inroepen, wijst de Adviescommissie erop dat het weigeren van toestemming geenszins behoeft te behelzen de NMa de fysieke toegang te willen beletten, maar dat het toelaten van de NMa onder protest het beroep op art. 8 EVRM in deze had gesauveerd, zonder dat De Lek in strijd zou hebben gehandeld met de medewerkingsplicht voortvloeiende uit de Mededingingswet.

11. Het bezwaar dient te worden verworpen.

Doorzoeking

12. De Lek stelt dat er een *'fishing expedition'* heeft plaatsgevonden en dat het maken van *forensic images* van digitale informatiedragers het ongeoorloofde karakter van een doorzoeking zou hebben.⁶ Ook zou De Lek niet steeds aanwezig zijn geweest bij het doorzoeken van de digitale gegevensdragers, waardoor zij niet kan controleren of de Raad inzage heeft gehad in privé-gegevens van medewerkers van De Lek. Tevens zou

² Randnummers 8-19 van de aanvullende gronden.

³ Randnummer 29 van de aanvullende gronden.

⁴ Randnummer 60-67 van het besluit.

⁵ Randnummer 39 van het Advies in de zaak 3055, *Scheemda* en het vonnis van de Rb. Rotterdam in de zaak *Mobiele Operators*, p. 15, laatste alinea.

De Lek door de handelwijze van de Raad op een informatie-achterstand worden gezet, nu De Lek niet precies kan weten welke documenten de Raad op de digitale gegevensdragers heeft ingezien, hetgeen strijdig zou zijn met het *equality of arms* beginsel. Daarbij merkt De Lek op, dat het beleid van de NMa haar ertoe brengt te vertrouwen op de subjectieve goede wil van een bestuursorgaan.

13. Ten aanzien van het maken van *forensic images* stelt de Raad dat het onderzoek conform het gepubliceerde beleidsdocument is geschied en dat dit beleidsdocument aan de eisen van art. 8 EVRM en het evenredigheidsbeginsel zoals neergelegd in 5:13 Awb voldoet, met name nu bezwaarde een lijst van de zoektermen krijgt overhandigd die de Raad heeft toegepast bij het onderzoek in de digitale gegevensdragers.⁷

Beoordeling

14. De Adviescommissie stelt vast dat de Raad beleid heeft geformuleerd ten aanzien van onderzoek in digitale gegevensdragers en dit beleid ook heeft gepubliceerd.⁸ Conform haar Advies in de zaak *Scheemda* komt de Adviescommissie dit beleid niet onredelijk voor.⁹ Ten aanzien van de door De Lek opgeworpen bezwaren overweegt zij als volgt.
15. Het begrip "*fishing expedition*" is ontwikkeld in het kader van de toepassing van de mededingingsregels van de Europese Gemeenschap. Bij de totstandkoming van de Mededingingswet is uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij deze mededingingsregels wat betreft het materiële mededingingsrecht maar niet noodzakelijkerwijs ter zake van de formele mededingingsregels.¹⁰ Zo dit begrip al van toepassing zou zijn in het kader van de toepassing van de Mededingingswet, vindt dit zijn neerslag in de vorm van het evenredigheidsbeginsel (artikel 5:13 Awb).
16. Blijkens het dossier heeft de Raad de digitale gegevensdragers aan de hand van meerdere zoektermen doorzocht, welke zoektermen aan De Lek zijn bekend gemaakt. Gesteld noch gebleken is dat de zoektermen die de Raad bij het onderzoek in deze zaak heeft gebruikt, niet verbonden waren aan het onderzoek naar de overtreding van de Mededingingswet. Van een onevenredige uitoefening van onderzoeksbevoegdheden is daarmee geen sprake. Evenmin is gesteld noch gebleken de omstandigheid dat deze zoektermen hebben gezien op het vergaren van privé-gegevens, dan wel dat het waarschijnlijk te achten is dat de Raad bij het onderzoek op bestanden is gestuit die privé-gegevens zouden bevatten, laat staan dat deze bestanden vervolgens zouden zijn ingezien.
17. Voorzover De Lek meent dat de Raad de mogelijkheid heeft om eerst geprivilegieerd materiaal te doorzoeken, daaruit feiten af te leiden en conclusies te trekken, maar deze informatie bij het opstellen van het Rapport niet te noemen, concludeert de Adviescommissie dat die mogelijkheid hier niet ter zake doet, ook al zou deze *in abstracto* aanwezig zijn. De Lek heeft immers het Rapport ontvangen alsmede het

⁶ Randnummers 20-26 van de aanvullende gronden.

⁷ Randnummers 70-87 van de aanvullende gronden.

⁸ Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden, 6 juni 2003, Stcrt. 109, p. 30.

⁹ Randnummers 41-43 van het Advies.

¹⁰ Vonnis van de Rechterbank Rotterdam van 13 november 2002 in zaaknr. 01/1913 MEDED, Gilde Investment Management e.a. tegen d-g NMa, paragraaf 2.3.

volledige bewijsdossier met daarin alle documenten waarop de Raad zich bij het opstellen van het Rapport heeft gebaseerd. Ook in het verdere verloop van de procedure heeft De Lek volledige toegang gehad tot het materiaal waarop de Raad zich bij de sanctivering heeft beroepen. Voorzover De Lek meent dat op grond van het huidige bewijsdossier de Raad conclusies trekt die, al dan niet gedeeltelijk, voortbouwen op geprivilegieerd materiaal en/of op materiaal dat niet aan het bewijsdossier van De Lek is toegevoegd, ligt het op haar weg om die omstandigheid als bezwaar naar voren te brengen. De Adviescommissie kan De Lek dan ook niet in haar betoog volgen wanneer De Lek stelt geen objectief rechtsinstrument tot haar beschikking te hebben.

18. Dat de Raad zich bij de sanctivering in de onderhavige zaak zou hebben gebaseerd op materiaal dat niet in het individuele bewijsdossier voorhanden is, dan wel op materiaal dat door schending van de privé-sfeer van (medewerkers van) De Lek is verkregen, is de Adviescommissie niet gebleken.
19. Het bezwaar dient te worden verworpen.

Vooringenomenheid

20. De Lek is van mening dat de Raad blijkt heeft gegeven van vooringenomenheid door voorafgaand aan het uitbrengen van het rapport De Lek te verzoeken omzetgegevens aan te leveren. Dat verzoek is volgens De Lek enkel gedaan om 'alvast' de boete te berekenen. Het voornemen een sanctie op te leggen zou daarmee reeds in de onderzoeksfase zijn gedaan.¹¹
21. De Raad stelt dat de hoogte van de omzet mede de ernst van de overtreding weergeeft, zodat dit verzoek in de onderzoeksfase thuishoort. Daarnaast zouden partijen in de praktijk bij het uitbrengen van het rapport geregeld informatie willen hebben over de hoogte van de eventuele boete.¹²
22. De Lek stelt dat de wijze waarop medewerkers van de NMa mondelinge verklaringen afnemen eveneens blijkt geeft van vooringenomenheid. Door vervolgens niet de volledige letterlijke weergave van verklaringen van medewerkers van bezwaarde te overhandigen, zou de Raad suggereren dat hij iets te verbergen heeft.

Beoordeling

23. Voorzover De Lek aanvoert dat de Raad door zijn handelwijze de suggestie zou wekken iets te verbergen, merkt de Adviescommissie op dat deze suggestie uitsluitend door De Lek zelf is gedaan. Ook overigens is de Adviescommissie van mening dat het bezwaar van De Lek louter berust op veronderstellingen. Geenszins heeft De Lek aannemelijk gemaakt dat de Raad in de onderhavige procedure feitelijk dan wel juridisch stappen heeft gezet die niet als uitvloeisel van een redelijke beeldvorming van een bestuursorgaan zonder vooringenomenheid kunnen worden gezien.

24. Het bezwaar dient te worden verworpen.

¹¹ Randnummers 27-29 van de aanvullende gronden.

¹² Randnummers 53-55 van de aanvullende gronden.

Schending redelijke termijn

25. De Lek stelt dat de Raad het beginsel van de redelijke termijn heeft geschonden. Het eerste bedrijfsbezoek heeft plaatsgevonden op 12 februari 2003, terwijl thans de beroepsfase nog niet is begonnen.¹³ De vertraging zou daarbij aan de Raad te wijten zijn, waarbij de vertraging vanwege de bouwzaken niet aan De Lek kan worden tegengeworpen.¹⁴
26. De Raad stelt dat tussen het uitbrengen van het Rapport, 10 februari 2004, en de datum van het besluit, 11 januari 2006, minder dan twee jaren zijn verstreken, zijnde de termijn genoemd door de Rb. Rotterdam in de zaak AUV/Aesculaap.

Beoordeling

27. Met de Raad is de Adviescommissie van mening dat genoemde termijn thans nog niet is verstreken. De Adviescommissie overweegt derhalve dat vooralsnog het beginsel van de redelijke termijn niet geschonden moet worden geacht.
28. Het bezwaar dient te worden verworpen.

Marktafbakening

29. De Lek stelt dat de Raad de markt verkeerd heeft afgebakend. De Raad zou daarbij onvoldoende hebben onderkend dat er sprake is van een transparant oligopolie.¹⁵
30. Ten aanzien van de geografische markt stelt De Lek dat de vaststelling innerlijk tegenstrijdig is. Zo zou de Raad ofwel volgens het begrip van de ketensubstitutie, ofwel alleen op grond van de leveringsactieradij de geografische markt moeten bepalen, terwijl het besluit beide methoden gebruikt.¹⁶ Verder betoogt De Lek dat een afbakening van de geografische markt ook bij oafg's vereist is gelet op twee beslissingen van het CBB.¹⁷
31. Het besluit zwijgt op dit punt. In de zienswijze stelt de Raad onder verwijzing naar een uitspraak van het GvEA dat bij een overtreding als de onderhavige de Raad niet gehouden is de markt op gedetailleerde wijze af te bakenen. De Raad wijdt evenwel vervolgens enkele passages hieraan.¹⁸

Beoordeling

32. De Adviescommissie merkt op dat de Raad en bezwaarde niet van mening verschillen aangaande de productmarkt, maar dat hun meningsverschil zich beperkt tot de geografische markt.

¹³ Randnummer 32 van de aanvullende gronden.

¹⁴ Randnummer 35 van de aanvullende gronden.

¹⁵ Randnummers 36-52 van de aanvullende gronden. In de randnummers 37-52 beschrijft De Lek de productmarkt in kwestie.

¹⁶ Randnummers 53-59 van de aanvullende gronden. In de randnummers 58-59 beschrijft De Lek de geografische markt in kwestie.

¹⁷ Zie vn. 43 van de aanvullende gronden.

¹⁸ Randnummers 30-35

33. De Adviescommissie merkt voorts op dat nu bezwaarde zowel in de schriftelijke stukken als ter hoorzitting de afbakening van de geografische markt gemotiveerd heeft betwist, de Raad gehouden is in het besluit op bezwaar de stellingen van bezwaarde hieromtrent inhoudelijk te bespreken. Derhalve behoeft de vraag in hoeverre de Raad in het onderhavige geval bij het nemen van het besluit in primo heeft kunnen volstaan met een beperkte marktafbakening, thans geen bespreking.
34. De geografische markt omvat, kort gezegd, het gebied waarbinnen homogene concurrentievoorwaarden gelden. Een marktafbakening behelst daardoor niet alleen het aanwijzen van een geografisch gebied waarbinnen de concurrentievoorwaarden homogeen kunnen worden geacht, maar tevens de vaststelling dat daarbuiten andere concurrentievoorwaarden heersen. De Adviescommissie kan bezwaarde niet volgen waar zij meent dat bij de afbakening van de geografische markt de Raad had moeten kiezen uit ofwel de methode van ketensubstitutie, ofwel de methode waarbij gebruikt wordt gemaakt van de omvang van de leveringsactieradii. Wel meent de Adviescommissie dat bezwaarde bij de Adviescommissie gereede twijfel heeft doen ontstaan over de geografische marktafbakening van de Raad, om de volgende redenen.
35. Ten eerste is niet duidelijk waarom de ketensubstitutie slechts op het gedeelte van Nederland wordt toegepast dat in het leveringsgebied van de in deze zaak beboete betonmortelcentrales ligt. Zo de methode van ketensubstitutie in deze sector al niet grensoverschrijdend zou kunnen worden toegepast, lijkt het niet aanstonds voor de hand te liggen de ketensubstitutie te beperken tot die ondernemingen tegen wie een verdenking van overtreding van de Mededingingswet bestaat. Ten tweede is onduidelijk in hoeverre gebruikmaking van de methode van ketensubstitutie de conclusie die eerst is bereikt met de methode van de leveringsactieradii, nog heeft veranderd. Zo de Raad al meent bij het afbakenen van de geografische markt meerdere methodes te moeten gebruiken, acht de Adviescommissie het aangewezen om de bereikte conclusies voor bezwaarde inzichtelijk te maken. Ten derde is onvoldoende duidelijk hoe de Raad de vaststelling dat zelfs binnen het bereik van één centrale de concurrentievoorwaarden niet steeds homogeen zijn, in haar marktafbakening heeft verdisconteerd. Ten vierde is de Adviescommissie ter hoorzitting gebleken dat de transportkosten een dermate aanzienlijk onderdeel van de totale kostprijs vormen, dat de Raad gehouden is voor bezwaarde inzichtelijk te maken op welke wijze hij deze omstandigheid in de marktafbakening gestalte heeft gegeven.
36. Ten aanzien van deze vier redenen acht de Adviescommissie het in de zienswijze gestelde niet van dien aard, om de bij haar gerezen twijfel weg te kunnen nemen.
37. Derhalve adviseert de Adviescommissie de Raad om in het besluit op bezwaar de afbakening van de geografische markt met inachtneming van het bovenstaande nader te motiveren, dan wel tot een herziene marktafbakening te komen. Voor bezwaarde dient op nauwkeurige wijze inzichtelijk te worden gemaakt hoe de toepassing van de onderscheidenlijke methodes tot een vaststelling van de markt in kwestie heeft geleid. Daarbij is de Raad niet alleen gehouden aan te geven binnen welk gebied de concurrentievoorwaarden in die mate homogeen zijn dat de geografische markt zich over dat gehele gebied uitstrekt, maar dient hij ook aan te geven dat in de aanpalende gebieden de concurrentievoorwaarden dermate anders zijn, dat de geografische markt zich tot dat laatste gebied niet uitstrekt. Mocht de Raad hierin aanleiding zien om tot

een volledig herziene marktafbakening te komen, dan dient hij tevens te onderzoeken in hoeverre het besluit op bezwaar dan nog steeds op het Rapport kan worden gegrondvest. Voor het overige dient het bezwaar te worden verworpen.

Prijsverhogingsbrieven

38. De Lek stelt dat het verkeerde begrip van de markt bij de Raad ertoe heeft geleid dat de Prijsverhogingsbrieven verkeerd worden geïnterpreteerd. Aangezien betonmortelcentrales ook bij elkaar afnemen in geval van capaciteitsproblemen etc., is het noodzakelijk dat zij elkaar tijdig op de hoogte stellen van elkaars prijzen. Deze handelwijze zou daarom niet in strijd met art. 6 Mw zijn.¹⁹ Daarnaast maakt De Lek bezwaar tegen het combineren van de prijsverhogingsbrieven en de najaarsbijeekomsten om tot een overtreding van 6 Mw te kunnen concluderen.²⁰

Beoordeling

39. Gezien de bespreking van het bezwaar aangaande de marktafbakening adviseert de Adviescommissie de Raad om dit bezwaar bij de heroverweging ten behoeve van het besluit op bezwaar opnieuw in ogenschouw te nemen. Thans is immers niet duidelijk in hoeverre de bezwaarde als afnemers dan wel als concurrenten tot elkaar staan.

40. Met betrekking tot het laatste onderdeel van het bezwaar merkt de Adviescommissie op dat de Raad in de zienswijze meer nadruk legt op de najaarsbijeekomsten dan hij dit in het besluit doet. Derhalve adviseert de Adviescommissie de Raad om in het besluit op bezwaar inzichtelijk te maken welk gewicht aan de prijsverhogingsbrieven en de najaarsbijeekomsten afzonderlijk wordt toegekend bij het vaststellen van de overtreding van art. 6 Mw.

Najaarsbijeekomsten – bewijs

41. De Lek stelt dat de Raad onvoldoende bewijs heeft vergaard om te kunnen stellen dat de ondernemingen jaarlijks bijeen zijn gekomen. De Raad zou op ongeoorloofde wijze het voorhanden zijnde bewijs hebben geëxtrapolerd naar de overige jaren. Tevens zou de bewijsvergaring gebrekkig zijn, daar de Raad suggestieve vragen zou hebben gesteld. Een vergelijking met de Houtslipzaak zou erin uitmonden, dat het bewijs voor de najaarsbijeekomsten niet is geleverd.²¹

42. De Raad reageert in het besluit op vele individuele opmerkingen van partijen aangaande hun vermeende aanwezigheid.²² Daarnaast stelt de Raad dat in de overige jaren eveneens bijeenkomsten hebben plaatsgevonden.²³

43. Ten aanzien van het bezwaar aangaande de extrapolatie zwijgt het besluit, afgezien van een opmerking in randnummer 125 waarin de Raad stelt dat via logische deductie de najaarsbijeekomsten aannemelijk zijn gemaakt.

¹⁹ Randnummers 64-87 van de aanvullende gronden.

²⁰ Randnummer 76 van de aanvullende gronden.

²¹ Randnummers 90-100 van de aanvullende gronden.

²² Randnummer 100-121 van het besluit.

²³ Randnummers 122-127 van het besluit. Deze randnummers bevatten derhalve de door De Lek als extrapolatie aangeduide redenering.

Beoordeling

44. De Adviescommissie erkent dat niet steeds voor iedere bijeenkomst de aanwezigheid van iedere bezwaarde afzonderlijk met volledige zekerheid is vast te stellen. In het licht van de omstandigheid dat ondernemingen die bijeenkomen om informatie uit te wisselen over hun prijsgedrag, aan deze bijeenkomst een besloten, zo niet verborgen, karakter zullen toekennen, kan bij het opsporen van overtredingen van de Mededingingswet van de Raad echter niet worden verlangd dat met volledige zekerheid kan worden vastgesteld dat zij aanwezig zijn geweest. De Adviescommissie is van mening dat indien de Raad over sterke aanwijzingen beschikt die de aanwezigheid aannemelijk maken (verklaringen, uitnodigingen, vermeldingen in agenda's etc.) de aanwezigheid kan worden vastgesteld, behoudens tegenbewijs. Deze omkering van de bewijslast acht de Adviescommissie te meer gerechtvaardigd nu bezwaarde in staat moeten worden geacht de aanwezigheid elders van relevante personen – d.w.z. niet op een besloten, dan wel geheime, bijeenkomst – op eenvoudige wijze aannemelijk te maken. Vervolgens dient de Raad te beoordelen of in het licht van het door bezwaarde aangedragen tegenbewijs het met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid te achten is, dat bezwaarde bij een bijeenkomst aanwezig is geweest, bij gebreke waarvan conform het beginsel *in dubio pro reo* in het voordeel van bezwaarde dient te worden beslist. De Adviescommissie acht deze bewijslastverdeling in lijn met het door bezwaarde aangehaalde vonnis van de Rb. Rotterdam in de zaak *Mobiele Operators*.
45. Toegespitst op de positie van bezwaarde in deze zaak is de Adviescommissie van mening dat waar de Raad voldoende bewijsstukken voorhanden heeft, hij met inachtneming van het bovenstaande tot de aanwezigheid van bezwaarde kan concluderen. Dit te meer nu een enkele bezwaarde met niet meer dan een enkele ontkenning van haar aanwezigheid heeft gemeend te kunnen volstaan. Ten aanzien van de gevallen waarin de Raad zonder behulp van schriftelijk bewijs uitsluitend op grond van deductie wil vaststellen dat bezwaarde op een bijeenkomst aanwezig is geweest, moet deze bewijsvoering als onvoldoende worden aangemerkt. Eveneens kan een bewijsvoering die uitsluitend op deductie berust de aanwezigheid van bezwaarde nog niet in zoverre aannemelijk maken, dat deze behoudens tegenbewijs kan worden vastgesteld.
46. De Adviescommissie adviseert de Raad in het besluit op bezwaar de bewijsvoering met inachtneming van het voorgaande opnieuw tegen het licht te houden.
47. Het bezwaar dient voor het overige te worden verworpen.
48. Terzijde wenst de Adviescommissie de Raad in overweging te geven het betoog van de Raad zoals geformuleerd in de zienswijze²⁴ in het besluit op bezwaar op te nemen, teneinde de bewijsvoering voor bezwaarde nader te specificeren en daarmee voor bezwaarde inzichtelijker te maken. Tevens merkt de Adviescommissie op dat de Raad ten aanzien van het versturen van de prijsverhogingsbrieven ter hoorzitting een ander

²⁴ Randnummers 40-89 van de zienswijze.

standpunt heeft ingenomen dan in het besluit en in de zienswijze; geadviseerd wordt dan ook dit voortschrijdende inzicht in het besluit op bezwaar op te nemen.²⁵

Najaarsbijeenkomsten – prijsafspraken

49. De Lek stelt dat op de najaarsbijeenkomsten geen prijsafspraken zijn gemaakt. De Lek weerspreekt enkele feitelijke vaststellingen van de Raad en stelt dat gezien de transparante oligopolistische markt prijsafspraken ook niet nodig zouden zijn geweest: alle informatie was immers vanwege het prijsleiderschap al bekend.²⁶ De Lek stelt voorts dat vanwege de kenmerken van de markt de prijzen van nature zouden convergeren. De simultane prijsverhogingen zouden derhalve voortvloeien uit de specifieke kenmerken van de markt en niet uit een oafg.²⁷
50. De Raad stelt dat op grond van de Polypropyleen-zaken tot overtreding van art. 6 Mw kan worden geconcludeerd. Partijen zouden niet kunnen volstaan met een alternatieve verklaring voor het parallelle gedrag.²⁸

Beoordeling

51. Gezien de bespreking van het bezwaar aangaande de marktafbakening heeft dit bezwaar thans geen aparte bespreking.

Geheime prijsconcurrentie

52. De Lek stelt dat concurrentie op de onderhavige markt uitsluitend plaatsvindt door één-op-één prijsonderhandelingen met afnemers te voeren. Nu de gedragingen van De Lek die concurrentie niet beperken, acht De Lek de Mw niet overtreden. De Lek ziet zich gesteund door een uitspraak van het Bundeskartellamt in een zaak over betonmortelcentrales in Saksen. Daarnaast stelt De Lek dat de Raad in zijn besluit aan dit verweer onvoldoende aandacht heeft besteed.²⁹
53. De Raad stelt in algemene bewoordingen dat gezien de strekking van de oafg het precieze gevolg niet hoeft te worden onderzocht. Het verminderen van de transparantie op de markt zou daarbij voldoende zijn om tot het bestaan van een overtreding van art. 6 Mw te kunnen concluderen.³⁰

²⁵ Zie p. 7, alinea 9 van het verslag.

²⁶ Randnummers 101-113 van de aanvullende gronden.

²⁷ Randnummers 114-120.

²⁸ De Raad gebruikt in randnummer 175 van het besluit een gedeelte van de standaardoverweging uit de zaak T-305/94, PVC-II. De volledige redenering zou luiden: "In een dergelijke situatie kunnen de betrokken ondernemingen niet volstaan met een alternatieve uitlegging van de vastgestelde feiten met betrekking tot het parallelle gedrag, *maar dienen partijen het bestaan van de door de Raad aan de hand van direct bewijs aangetoonde feiten te betwisten* (het cursieve gedeelte is toegevoegd, secr.)." Zie andermaal ook het vonnis van de Rb. Rotterdam in de zaak van de Mobiele Operators, p. 22, tweede alinea van onderen.

²⁹ Randnummer 128-132 van de aanvullende gronden. Dit bezwaar wordt herhaald als bezwaar tegen de bewijslast in randnummers 138-149 en andermaal met een beroep op het EVRM herhaald in de randnummers 150-163.

³⁰ Randnummers 183-191 van het besluit. Over het specifieke verweer van De Lek zwijgt het besluit.

Beoordeling

54. Gezien de bespreking van het bezwaar aangaande de marktafbakening behoeft dit bezwaar thans geen aparte bespreking.

Duur van de overtreding

55. De Lek is van mening dat de Raad de overtreding pas vanaf 1 januari 1999 heeft mogen vaststellen, daar het eerste feit van 5 november 1998 dateert.³¹
56. De Raad acht het aannemelijk dat eveneens in het najaar van 1997 een bijeenkomst heeft plaatsgevonden, zodat hij het begin van de overtreding op 1 januari 1998 mag stellen.³²

Beoordeling

57. Ten aanzien van het tijdstip waarop bezwaarde een aanvang zou hebben gemaakt met de overtreding, overweegt de Adviescommissie dat de Raad niet bevoegd is om overtredingen te sanctioneren die vóór 1 januari 1998 zijn begaan. Daarmee is de Raad niet bevoegd om deelname aan de najaarsbijeenkomst in 1997 te beboeten. Voorzover de Raad het afstemmen van prijzen wenst te beboeten in de periode vanaf 1 januari 1998 tot de daaropvolgende najaarsbijeenkomst, dient de Raad aan te tonen dat bezwaarde in die periode daadwerkelijk haar prijzen met die van anderen heeft afgestemd, waarbij de Raad niet kan volstaan met een verwijzing naar de najaarsbijeenkomst in 1997. Een andere conclusie zou in de ogen van de Adviescommissie onvoldoende recht doen aan de omstandigheid dat de Mededingingswet pas op 1 januari 1998 in werking is getreden.
58. De Adviescommissie merkt op dat de Raad ten aanzien van het versturen van de prijsverhogingsbrieven ter hoorzitting een enigszins ander standpunt heeft ingenomen dan in het besluit en in de zienswijze.³³
59. De Adviescommissie adviseert dan ook de duur van de overtreding in het licht van dit voortschrijdende inzicht opnieuw te bezien.
60. Het bezwaar dient voor het overige te worden verworpen.

Boeterichtsnoeren Betonsector

61. De Lek stelt dat de toepassing van de Boeterichtsnoeren in deze zaak enkel tot gevolg heeft gehad dat de Raad het ijkjaar 2002 heeft kunnen aanwijzen ten behoeve van de boetetoemeting. De Lek acht deze beleidskeuze onvoldoende gemotiveerd.³⁴

Beoordeling

³¹ Randnummers 167-169 van de aanvullende gronden.

³² Randnummers 194-195 van het besluit.

³³ Zie p. 7, alinea 9 van het verslag.

³⁴ Randnummer 171 van de aanvullende gronden.

62. De Lek heeft ten eerste onvoldoende aangetoond een daadwerkelijk belang te hebben bij dit bezwaar, nu niet is gebleken dat haar lager zou zijn geweest. Daarnaast wenst de Adviescommissie op te merken dat De Lek niet aannemelijk heeft gemaakt dat de Raad niet in redelijkheid tot dit beleid heeft kunnen komen, dan wel dat hij zijn beleidsruimte zou hebben overschreden.

63. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Ernst van de overtreding

64. De Lek bestrijdt de vaststelling van de oafg als een "zeer zware" overtreding, daar een ernstiger volumekartel niet "nog zwaarder" kan worden bestraft.³⁵

65. De Raad motiveert de zeer zware kwalificatie door te wijzen op het horizontale karakter waarbij onzekerheden over toekomstig marktgedrag van concurrenten is weggenomen.³⁶

Beoordeling

66. Gezien de bespreking van het bezwaar aangaande de marktafbakening adviseert de Adviescommissie de Raad om dit bezwaar bij de heroverweging ten behoeve van het besluit op bezwaar opnieuw in ogenschouw te nemen.

67. De Adviescommissie overweegt terzijde dat het door bezwaarde vertoonde gedrag ziet op het afstemmen van prijsverhogingen zonder dat dit in de markt heeft geleid tot een daadwerkelijke uniformering van de prijs. Ook hebben bezwaarden ter hoorzitting aannemelijk gemaakt dat afnemers bij het afsluiten van individuele contracten met bezwaarden over enige onderhandelingsruimte beschikken. De Adviescommissie ziet in deze omstandigheden aanleiding te suggereren dat de Raad de overtreding wellicht te zwaar heeft bestraft. Zij adviseert de Raad dan ook dit aspect van de boete bij de heroverweging ten behoeve van het besluit op bezwaar opnieuw te bezien.

68. Het bezwaar dient voor het overige te worden verworpen.

Bijzondere positie De Lek

69. De Lek stelt dat haar positie beduidend anders is, daar zij geen gevestigde partij en slechts een kleine speler op de markt is.³⁷

Beoordeling

70. Voorzover De Lek al enige verschillen met de overige bezwaarden aannemelijk heeft gemaakt, acht de Adviescommissie deze te gering om te kunnen concluderen dat de Raad gehouden zou zijn om het besluit op bezwaar ten aanzien van De Lek op aparte wijze gestalte te geven.

³⁵ Randnummers 172-175 van de aanvullende gronden.

³⁶ Randnummer 220 van de aanvullende gronden.

³⁷ Randnummers 176-179 van de aanvullende gronden.

71. Het bezwaar dient te worden verworpen.

B – Van Nieuwpoort, met uitzondering van Betonmortel Gorkum BV
Inzage dossier

72. Van Nieuwpoort maakt bezwaar tegen de in haar ogen onvolledige terinzagelegging van het dossier. In het bijzonder acht zij het niet gerechtvaardigd dat zij niet kan onderzoeken in hoeverre het gehele dossier stukken à décharge bevat.³⁸

73. De Raad stelt dat de Mw niet dwingt tot integrale terinzagelegging. Voorts zou de Raad gerechtigd zijn bepaalde stukken als vertrouwelijk te bestempelen.³⁹ Art. 6 EVRM zou daarmee niet zijn geschonden.

Beoordeling

74. Wat er ook zij van de vraag of de eisen van art. 6 EVRM van toepassing zijn op deze fase van de procedure, de Adviescommissie begrijpt de stelling van Van Nieuwpoort aldus dat er documenten zouden zijn waaruit zou kunnen blijken dat Van Nieuwpoort, anders dan de Raad aanneemt, art. 6 Mw niet zou hebben overtreden. Daarbij is van belang dat Van Nieuwpoort als geen ander in staat zou moeten zijn te kunnen concretiseren om welke stukken het zou moeten gaan en op welke wijze haar stellingen door die documenten zouden worden geschraagd. Nu Van Nieuwpoort heeft nagelaten één en ander te concretiseren, bestaan voor de Adviescommissie onvoldoende aanknopingspunten om te menen dat het dossier meer zou bevatten dan de Raad stelt. Daar komt nog bij dat, zo Van Nieuwpoort nog steeds van mening zou zijn dat zij inzage in de vertrouwelijke stukken dient te krijgen teneinde te kunnen verifiëren of deze geen stukken à décharge bevatten, moet worden opgemerkt dat de procedure bij de Rechtbank Rotterdam die mogelijkheid biedt. De NMa zal immers in beginsel alle op de zaak betrekking hebbende stukken aan de Rechtbank moeten overleggen. Voorzover de NMa in dat stadium de vertrouwelijkheid van stukken wenst te handhaven, is die beslissing aan rechterlijke toetsing onderhevig.⁴⁰ Daarmee kan naar het oordeel van de Adviescommissie worden aanvaard dat zo de wijze van terinzagelegging zoals door de Raad gehanteerd al niet zou voldoen aan de waarborgen voortvloeiende uit art. 6 EVRM, dit eventuele gebrek in een later stadium kan worden geheeld.

75. Het bezwaar van Van Nieuwpoort dient gelet op hetgeen hiervoor is overwogen derhalve te worden afgewezen.

Verjaring

76. Van Nieuwpoort stelt dat de gedragingen van vóór 2001 zijn verjaard.

Beoordeling

³⁸ Paragraaf 2.3 van de aanvullende gronden.

³⁹ Randnummers 91-95 van het besluit.

⁴⁰ Zie art. 8:29 Awb. Zie ook C.T. Dekker, *Nederlands Mededingingsprocesrecht*, Kluwer, 2002, p. 466.

77. De Raad heeft de gedragingen van bezwaardenden als één overtreding bestempeld die op 31 december 2002 is geëindigd. Van Nieuwpoort heeft niet duidelijk gemaakt dat de Raad daarbij zijn beleidsruimte zou hebben overschreden, zodat van de einddatum 31 december 2002 dient te worden uitgegaan.
78. Aangezien het besluit dateert van 11 januari 2006, waren er na beëindiging van de overtreding tot aan het besluit minder dan vijf jaren verstreken, bij gebreke waarvan de overtreding op grond van art. 64 Mw niet kan worden geacht te zijn verjaard.
79. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Toerekening – I

80. Van Nieuwpoort stelt dat dhr. De Groot, directeur van Betoncentrale Papendrecht B.V., niet ook als directeur van Van der Velden Betonmortel Centrale BV bij de nieuwjaarsbijeenkomsten aanwezig was.⁴¹
81. De Raad acht het onderscheid niet van belang.⁴²

Beoordeling

82. Met de Raad is de Adviescommissie van mening dat het door Van Nieuwpoort aangedragen onderscheid in deze geen rol speelt, daar de betreffende functionaris geacht moet worden de informatie ook als directeur van Van der Velden Betonmortel Centrale BV tot zich te hebben genomen.
83. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Toerekening – II

84. Van Nieuwpoort stelt dat de Raad de gedragingen van de dochtermaatschappijen niet aan de moedermaatschappij mag toerekenen, daar de Mw daarvoor geen ruimte zou bieden en de Europese rechtspraak bij gebreke van toepassing van art. 81 EG niet van toepassing zou zijn.⁴³
85. De Raad baseert de toerekening op de bekende arresten, o.a. *DaimlerChrysler*.⁴⁴

Beoordeling

86. De Adviescommissie kan Van Nieuwpoort in haar betoog niet volgen wanneer zij meent dat de Europese rechtspraak in deze niet van toepassing zou zijn, nu de Raad enkel art. 6 Mw en niet tevens art. 81 EG heeft toegepast. Onomstreden is immers dat de wetgever de Mededingingswet nauw heeft willen laten aansluiten bij het EG-Verdrag en dat bij de beantwoording van rechtsvragen argumenten kunnen worden ontleend aan de doctrine van het Europese mededingingsrecht.

⁴¹ Paragraaf 4.3.1. van de aanvullende gronden.

⁴² Randnummer 121 van het besluit.

⁴³ Paragraaf 4.4. van de aanvullende gronden.

⁴⁴ Zaak T-325/01, *DaimlerChrysler v Commissie*, 15 september 2005, n.n.b. Randnummers 228-239 van het besluit.

87. De Adviescommissie is daarnaast van oordeel dat de Raad de rechtsregels uit de door hem genoemde jurisprudentie op correcte wijze heeft toegepast. Aangaande de stelling als zou art. 59 lid 2 Mw zich tegen de hoofdelijke aansprakelijkheid van moeder- en dochtermaatschappij verzetten, merkt de Adviescommissie op dat zij Van Nieuwpoort niet volgt in haar betoog wanneer Van Nieuwpoort meent dat met de ondernemingen genoemd in art. 59 sub c en d Mw verschillende entiteiten lijken te zijn bedoeld.⁴⁵ In ieder geval heeft Van Nieuwpoort niet aangetoond dat het bij de toepassing van art. 59 sub c en d Mw niet om dezelfde entiteiten zou kunnen gaan.

88. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Betonmortel Gorkum BV Ijkjaar 2002

89. Gorkum stelt dat het ijkjaar 2002 voor haar niet representatief is, daar haar omzet in dat jaar beduidend hoger was dan gemiddeld.⁴⁶

Beoordeling

90. Hetgeen door Gorkum is aangevoerd in verband met de schending van het evenredigheidsbeginsel komt in wezen neer op de vraag of het ijkjaar 2002 voldoende representatief is. De Adviescommissie is van mening dat de Raad in deze zaak niet voorbij kan gaan aan haar eigen beleid ten aanzien van ijkjaarverweren zoals geformuleerd in de bouwzaken, waarmee de Adviescommissie in dit verband wijst op de bestendige advisering die dienaangaande heeft plaatsgevonden.

91. In de bouwzaken heeft de Raad gedurende de procedure een correctiemechanisme geïntroduceerd op grond waarvan het ijkjaar 2001 als niet-representatief wordt aangemerkt en wordt gecorrigeerd indien de omzet behaald in 2001 meer dan 41% hoger is dan de gemiddelde omzet over de periode 1998-2001. Het normbedrag van 41% bestaat uit een deel (11%) dat overeenkomt met de gemiddelde branchebrede toename van de algehele omzet in – bijvoorbeeld – de B&U sector zoals die kan worden afgeleid uit gegevens van het Centraal Bureau voor de Statistiek.

92. Volgens de bestendige advisering van de Adviescommissie beschikt de Raad over een ruime discretionaire bevoegdheid bij het vaststellen van de hoogte van de boete voor een overtreding van de Mededingingswet. Deze discretionaire bevoegdheid omvat dus ook de door de Raad gekozen boetegrondslag. De Raad kon in redelijkheid deze discretionaire bevoegdheid invullen zoals hij dat gedaan heeft. Hetzelfde geldt naar het oordeel van de Adviescommissie voor de correctie voor niet-representatieve ijkjaren zoals hij deze heeft doorgevoerd. In dit verband wenst de Adviescommissie het volgende op te merken. De Raad gaat bij de bepaling van het normbedrag uit van een gemiddelde jaarlijkse branchebrede omzetstijging van 11% en neemt deze ook op in het normbedrag. Aangenomen wordt voorts dat de aanbestedingsomzet 2001 in ieder geval gemiddeld 11% hoger zal zijn dan in het voorgaande jaar. Dat houdt in dat een eventuele toename van de aanbestedingsomzet in 2001 ten opzichte van het

⁴⁵ Zie par. 4.4.5. van de aanvullende gronden.

⁴⁶ Pagina 27, laatste alinea van de aanvullende gronden.

gemiddelde over de periode 1998-2001, om te leiden tot een niet-representatieve aanbestedingsomzet, bovenop de reeds veronderstelde branchebrede toename van 11% nog eens 11% en 30% moet bedragen. Derhalve heeft de Adviescommissie in de bouwzaken geadviseerd de onderbouwing van het normbedrag op dit punt te verbeteren en van een dragende motivering te voorzien.

93. In deze zaak adviseert de Adviescommissie de Raad om in het besluit op bezwaar deze bezwaargrond te heroverwegen in het licht van de advisering van de Adviescommissie in de bouwzaken, zoals hiervoor in randnummer 92 weergegeven.

94. Het bezwaar dient voor het overige te worden verworpen.

Boetegrondslag

95. Gorkum stelt dat de boetegrondslag van 6% te hoog is in vergelijking met de boetegrondslagen in de bouwzaken, die zeer zware overtredingen beliepsden.⁴⁷

96. De Raad acht 6% aangewezen.⁴⁸

Beoordeling

97. Gezien de bespreking van het bezwaar aangaande het "zeer zware" karakter van de overtreding behoeft dit bezwaar geen verdere bespreking. De Adviescommissie adviseert de Raad om het in randnummer 67 van dit advies overwogenene te betrekken bij zijn heroverweging ten aanzien van dit bezwaar.

C - Basal Hanson Utrecht v.o.f.

Beperkte deelname

98. Hanson maakt bezwaar tegen de hoogte van de boete wegens haar beperkte deelname aan de overtreding. Zo zou de Raad de rekenfactor 5 moeten toepassen.⁴⁹

Beoordeling

99. Gezien de toezegging van de Raad in de zienswijze om in het besluit op bezwaar de rekenfactor 5 toe te passen behoeft dit bezwaar geen verdere bespreking.⁵⁰

100. Aangaande de overige bezwaargronden van Basal Hanson v.o.f., Hanson Beton Nederland B.V. en Pioneer International B.V. wordt verwezen naar de slotoverweging in randnummer 127 van dit advies.

NCD Betonmortelgroep B.V. (als vennoot in Basal Hanson Utrecht v.o.f.)

Toerekening

⁴⁷ Pagina 28, 6^e alinea van de aanvullende gronden.

⁴⁸ Randnummers 220-224 van de aanvullende gronden.

⁴⁹ Randnummer 29 van de mondelinge toelichting.

⁵⁰ Randnummer 163 van de zienswijze.

101. NCD stelt dat zij pas vanaf 7 mei 2002 feitelijk vennoot in de v.o.f. is geworden, reden waarom de Raad de beweerdelijke overtreding pas vanaf die datum aan haar mag toerekenen.⁵¹
102. De Raad stelt dat NCD via meerdere juridische fusies de rechtsopvolger is van de vennoot Basal Utrecht BV. Deze BV was gedurende de gehele overtreding een vennoot in de v.o.f.⁵²

Beoordeling

103. De Adviescommissie is van mening dat aan de stelling van NCD als ware zij vanaf enig moment vennoot in Basal Hanson Utrecht v.o.f., maar pas vanaf een later tijdstip "feitelijk vennoot", geen juridische waarde dient te worden gehecht. Daarmee behoeft het bezwaar geen verdere bespreking en dient het te worden verworpen.

D – Transportbeton Diemen BV **Verwarring van vennootschappen**

104. Diemen stelt dat uit de verklaringen blijkt dat met "Transportbeton" niet zij, maar Transportbeton Pioneer Utrecht v.o.f. dan wel Transportbeton Utrecht B.V. zou zijn bedoeld.⁵³

Beoordeling

105. De Adviescommissie acht het bezwaar van Diemen op zich onvoldoende geadstrueerd.
106. Gezien de bespreking van het bezwaar aangaande de marktafbakening wordt de Raad echter geadviseerd bij de heroverweging ten behoeve van het besluit op bezwaar het betoog van Diemen opnieuw in ogenschouw te nemen, mede gezien het ter hoorzitting gestelde.⁵⁴
107. Het bezwaar dient voor het overige te worden verworpen.

NCD Betonmortelgroep B.V. (als grootmoeder van Transportbeton Diemen B.V.) **Toerekening**

108. NCD stelt dat zij slechts tot 26 maart 2002 aandeelhouder is geweest van Diemen. De toerekening van de gedraging van Diemen zich zou enkel tot die datum dienen uit te strekken.⁵⁵ NCD stelt tevens geen zeggenschap te hebben uitgeoefend.⁵⁷
109. De Raad stelt daarentegen dat NCD het commerciële beleid van Diemen voor het gehele jaar 2002 heeft kunnen bepalen, daar NCD 100% aandeelhouder was ten

⁵¹ Paragraaf 3.8-3.9 van de aanvullende gronden.

⁵² Randnummer 235 van het besluit.

⁵³ Randnummers 32-37 van de aanvullende gronden.

⁵⁴ Zie pagina 2, alinea 6, van het verslag.

⁵⁵ In paragraaf 13 van de aanvullende gronden stelt NCD dat dit 26 mei 2002 is.

⁵⁶ Paragraaf 3.5. van de aanvullende gronden.

⁵⁷ Paragraaf 13 van de aanvullende gronden.

tijde van de najaarsbijeenkomst in 2001 waarin de prijsverhogingen voor 2002 zijn afgesproken.⁵⁸

Beoordeling

110. Ten aanzien van de stelling van NCD dat gedurende de periode van het aandeelhouderschap geen zeggenschap is uitgeoefend, merkt de Adviescommissie op dat deze stelling niet is onderbouwd.

111. Ten aanzien van de periode waarin NCD geen aandeelhouder meer was in Diemen, overweegt de Adviescommissie dat de Raad niet bevoegd is om overtredingen te sanctioneren. Voorzover de Raad het afstemmen van prijzen wenst te beboeten in de periode waarin NCD geen aandeelhouder meer was, dient de Raad aan te tonen dat bezwaarden in die periode daadwerkelijk hun prijzen hebben afgestemd, waarbij de Raad niet kan volstaan met een verwijzing naar de najaarsbijeenkomst in 2001. Een andere conclusie zou in de ogen van de Adviescommissie onvoldoende recht doen aan de omstandigheid dat NCD na 26 maart 2002 niet kan worden geacht een beslissende invloed te hebben gehad op het beleid van Diemen.

112. Het bezwaar dient voor het overige te worden verworpen.

E – Befu

113. Aangaande de bezwaarschriften van Basal Hanson v.o.f., Hanson Beton Nederland B.V. en Pioneer International B.V. wordt verwezen naar de slotoverweging in randnummer 127 van dit advies.

F – Gelijkheidsbeginsel

114. Door Van Nieuwpoort is ter hoorzitting gesteld dat de Raad een algemeen onderzoek in de betonmortel heeft gestaakt, terwijl in dat onderzoek op veel duidelijker wijze sprake zou zijn van overtredingen van de Mededingingswet. Van Nieuwpoort acht het daarom onbegrijpelijk dat de Raad niet ook dit onderzoek heeft gestaakt.⁵⁹

115. De Adviescommissie heeft daarop de Raad verzocht een document dienaangaande op te stellen en aan de Adviescommissie te zenden.⁶⁰

116. Op 17 oktober 2006 heeft de Adviescommissie Bezwaarschriften Mededingingswet een document van de Raad ontvangen dat, zakelijk weergegeven, informatie bevat over de stand van zaken in een aantal andere 'betonmortel'-zaken.⁶¹

117. Naar het oordeel van de Adviescommissie gaat het hier om nieuw bekend geworden feiten of omstandigheden in de zin van art. 7:9 Awb. Op grond van art. 7:9

⁵⁸ Randnummer 238 van het besluit.

⁵⁹ Randnummers 5-6 van de pleitnota van Van Nieuwpoort.

⁶⁰ Pagina 7, alinea 4 van het verslag.

⁶¹ Prisma-nummer 2112/574.

Awb behoort deze informatie aan belanghebbenden te worden meegedeeld, en dienen zij in de gelegenheid te worden gesteld hierover te worden gehoord.

118. Bij brief van 14 november 2006 heeft de Raad de Adviescommissie laten weten dat de informatie op grond van art. 10 lid 2 sub d Wet openbaarheid van bestuur (Wob) niet voor openbaarmaking in aanmerking komt.⁶²
119. Bij beslissing van 8 januari 2007 heeft de Adviescommissie besloten dat de informatie in het document van de Raad van 17 oktober 2006 niet op grond van art. 7:4 lid 6 Awb van openbaarmaking kan worden uitgesloten en de Raad verzocht het bedoelde document aan partijen te verstrekken.⁶³
120. Bij brief van 23 januari 2007 heeft de Adviescommissie het bedoelde document ontvangen, waarbij door de Raad enkele woorden zijn weggelakt.⁶⁴
121. Bij brief van 7 februari 2007 werd aan bezwaarden en de Raad medegedeeld dat op 7 maart 2007 een tweede hoorzitting zou plaatsvinden.⁶⁵
122. Partijen hebben per e-mail afgezien van het recht opnieuw te worden gehoord. De Adviescommissie heeft te dezen aanzien een nadere zienswijze van de Raad ontvangen⁶⁶ alsmede een reactie van Gorkum.⁶⁷ In dit document adstrueert Gorkum haar bezwaar tevens met een beroep op het evenredigheidsbeginsel.

Beoordeling

123. De Adviescommissie stelt vast dat de Raad door in het bedoelde document enkele woorden weggelakt te hebben, formeel niet aan de beslissing van de Adviescommissie heeft voldaan.
124. Gezien art. 8:31 Awb overweegt de Adviescommissie als volgt. Zij beschikt over twee versies van het naar aanleiding van haar beslissing toegezonden document, één gelijk de versie die aan bezwaarden is gezonden en één waarin geen woorden zijn weggelakt. Zij overweegt dat de weggelakte woorden enerzijds – conform de brief van de Raad aan Gorkum d.d. 15 februari 2007⁶⁸ – aanduidingen bevatten van niet in deze zaak betrokken partijen en anderzijds enkele getallen. De Adviescommissie is echter van mening dat bezwaarden door het weglakken van deze gegevens niet in hun rechten van verdediging worden geschaad, waarmee de Adviescommissie dit punt als afgedaan beschouwt.
125. De Adviescommissie is van oordeel dat door partijen een geadstrueerd beroep op het gelijkheidsbeginsel onder verwijzing naar een vergelijkbaar geval is gedaan. Het door de Raad in de nadere zienswijze overwogene kan echter een afdoende verklaring vormen voor de verschillen in behandeling die de Raad tussen de zaken

⁶² Prismanummer 2112/588.

⁶³ Prismanummer 2112/599.

⁶⁴ Prismanummer 2112/638.

⁶⁵ Prismanummer 2112/644.

⁶⁶ Prismanummer 2112/640.

⁶⁷ Prismanummer 2112/671.

⁶⁸ Prismanummer 2112/670.

4154 en 2112 heeft gemeend te moeten betrachten. Die overwegingen kunnen volgens de Adviescommissie tevens verklaren dat het handelen jegens bezwaarden in deze zaak niet als onevenredig moet worden beschouwd. Daar de Adviescommissie uit het thans beschikbare materiaal over de zaak 4154 echter onvoldoende kan distilleren op grond van welke feitelijke omstandigheden de Raad tot de keuze is gekomen om in die zaak – in tegenstelling tot de onderhavige – geen boete op te leggen, adviseert zij de Raad om in het besluit op bezwaar in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel nader te motiveren waarom het stopzetten van het onderzoek in de zaak 4154 gerechtvaardigd was, maar die omstandigheid de Raad niet noopte tot het beëindigen van de onderhavige zaak.

126. Het bezwaar dient voor het overige te worden verworpen.

Slotoverweging

127. Voor zover naast de hiervoor besproken bezwaren nog andere bezwaren zouden kunnen worden gelezen, ontberen deze bezwaren voldoende zelfstandige betekenis om in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen zelfstandig te worden besproken, dan wel acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

4. Slotsom en Advies

128. De Adviescommissie adviseert de Raad het besluit op bezwaar vorm te geven onder toewijzing en verwerping van de bezwaren in voege als voormeld.

Prof. mr J.H. Jans
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 2112
Voorzitter



dr J.F. Appeldoorn
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 2112
Secretaris

