

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

Nummer: 2112-505.BT283

Betreft zaak: 2112 - Betonmortelcentrales

1	INLEIDING	3
1.1	PROCEDUREVERLOOP	3
1.2	HET RAPPORT	6
1.3	PARTIJEN	7
2	VASTSTAANDE FEITEN	7
2.1	PRODUCT- EN MARKTBESCHRIJVING	7
2.2	NAJAARSBIJEENKOMSTEN	8
2.3	PRIJSVERHOGINGSBRIEVEN	13
3	BEOORDELING	16
3.1	PROCEDUREEL	17
3.1.1	<i>Vooringenomenheid</i>	17
3.1.2	<i>Onderzoek</i>	18
3.1.3	<i>Dossier</i>	26
3.2	FEITELIJK	30
3.2.1	<i>Aanwezigheid op de najaarsbijeenkomsten</i>	30
3.2.2	<i>De op de najaarsbijeenkomsten besproken onderwerpen</i>	38
3.2.3	<i>Prijsverhogingsbrieven</i>	42
3.3	JURIDISCH	44
3.3.1	<i>Afbakening relevante markt</i>	44
3.3.2	<i>Onderling afgestemde feitelijke gedraging</i>	45
3.3.3	<i>Mededingingsbeperkend doel, effect en merkbaarheid</i>	52
3.3.4	<i>Duur van de overtreding</i>	55
3.3.5	<i>Schadelijkheid</i>	57
3.3.6	<i>Verwijtbaarheid</i>	59
3.3.7	<i>Conclusie</i>	60
4	SANCTIE	60

4.1	BEOORDELINGSKADER.....	60
4.2	BOETEGRONDSLAG	61
4.3	ERNST VAN DE OVERTREDING	62
4.4	TOEREKENING	63
4.5	VASTSTELLING VAN DE HOOGTE VAN DE BOETE VOOR:.....	68
5	BESLUIT.....	73

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

1 Inleiding

1.1 *Procedureverloop*

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna ook: d-g NMa) heeft in 2003 ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een vermoedelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) door ondernemingen die betonmortel produceren en verkopen in de provincies Zuid-Holland en Utrecht (zie randnummer 14).
2. Het onderzoek heeft zich geconcentreerd op afstemming tussen de hierna te noemen 11 ondernemingen over voorgenomen prijsverhogingen van betonmortel in de jaren 1998 tot en met 2002. Het betreft:
 - Betonmortelfabriek Utrecht “Befu” B.V.; (hierna: Befu)
 - Betonmortelcentrale De Lek B.V.; (hierna: De Lek)
 - Betonmortelcentrale Gorkum B.V.; (hierna: Gorkum)
 - Betoncentrale “Papendrecht” B.V.; (hierna: Papendrecht)
 - Goudse Betonmortel Centrale B.V.; (hierna: GBC)
 - Van der Velden Betonmortel Centrale B.V.; (hierna: Van der Velden)
 - Van Nieuwpoort Betonmortel B.V.; (hierna: Van Nieuwpoort Betonmortel)
 - Hanson Beton Nederland B.V.; (hierna: Hanson)¹
 - Mebin B.V.; (hierna: Mebin)
 - Transportbeton Diemen B.V.; (hierna: Transportbeton Diemen)
 - Basal Hanson Utrecht v.o.f.; (hierna: BHU vof)
 - (hierna tezamen ook: betrokken partijen).
3. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna ook: NMa) heeft op 12 februari 2003 bedrijfsbezoeken gehouden bij de volgende ondernemingen: Van der Velden, Mebin (vestiging Rotterdam), GBC, Hanson (vestigingen Zwijndrecht en Maarssen) en De Lek. Op 14 maart 2003 en 15 april 2003 is De Lek bezocht door ambtenaren van de NMa en

¹ Hanson Beton Nederland B.V. was voor de naamswijziging per september 2000 Pioneer Beton Netherlands B.V. geheten.

zijn verklaringen afgenomen van de directeuren van De Lek.² Op 23 april 2003 heeft de NMa aanvullende informatie ingewonnen bij Befu, De Lek, Gorkum, Papendrecht, GBC, Van der Velden, Van Nieuwpoort Betonmortel, Hanson, Mebin en Transportbeton Diemen. Op respectievelijk 10, 11 en 13 juni 2003 zijn bedrijfsbezoeken gehouden bij Befu, Transportbeton Diemen en Gorkum.

4. Ten kantore van de NMa zijn onderzoekssessies gehouden met betrekking tot het door de NMa tijdens de bedrijfsbezoeken gekopieerde digitale materiaal.³ Hierbij zijn Van der Velden, Mebin, GBC, Hanson en De Lek vooraf in de gelegenheid gesteld zich aan te melden om de onderzoekssessies bij te wonen. Bij de eerste sessie zijn de ondernemingen in de gelegenheid gesteld aan te geven welke gegevens in het door de NMa tijdens de bedrijfsbezoeken gekopieerde digitaal materiaal naar hun mening vertrouwelijk zijn. Hanson, Mebin en Van der Velden (samen met GBC) hebben op respectievelijk 16, 17 en 18 september 2003 gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. De Lek heeft van de mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Voor de tweede sessie zijn de bovengenoemde ondernemingen in de gelegenheid gesteld aanwezig te zijn bij het digitale onderzoek van de NMa. De Lek is op 3 september 2003 aanwezig geweest bij de tweede sessie. Mebin, Van der Velden, GBC en Hanson hebben kenbaar gemaakt de tweede sessie niet bij te wonen.
5. Aan de directeuren van Hanson, van GBC/ Papendrecht/ Van der Velden (hierna: bedrijfsdirecteur van GBC), van Van Nieuwpoort Betonmortel en van Mebin Rotterdam zijn op respectievelijk 2 oktober 2003, 20 oktober 2003, 20 oktober 2003 en 23 oktober 2003 vragen gesteld.⁴ De directeur van Mebin heeft zich ten aanzien van de toen gestelde vragen op het zwijgrecht beroepen. Voorts is gesproken met de voormalig directeur van Transportbeton Diemen op 2 december 2003.⁵
6. Uitkomst van het onderzoek is geweest dat een redelijk vermoeden bestaat dat artikel 6 Mw door betrokken partijen is overtreden en dat deze overtreding aan hen⁶ kan worden toegerekend. Met het oog op een daarvoor op te leggen boete en/of last onder dwangsom heeft de d-g NMa een rapport in de zin van artikel 59 Mw doen opmaken

² Zie 2112/67, blz. 1. Het betreft hier de twee algemeen directeuren van de Lek.

³ Deze onderzoekssessies zijn gehouden conform de "Werkwijze NMa met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden", Stcrt. 11 juni 2003, nr. 109.

⁴ De bedrijfsdirecteur van GBC is tevens directeur van Papendrecht en van Van der Velden.

⁵ Vanaf medio 2002 bekleedt hij deze functie niet meer, zie 2112/241, blz. 1.

⁶ In het geval van BHU vof betreft dit de beide vennoten (Hanson* en NCD Betonmortelgroep B.V., als rechtsopvolgster van Basal Utrecht B.V. en Basal Midden B.V.). Hanson is ook één van de betrokken partijen, duidelijkheidshalve wordt Hanson als venoot van BHU vof aangeduid met Hanson*.

(hierna: het rapport). Dit rapport is vastgesteld op 10 februari 2004 en op die datum toegezonden aan de betrokken partijen en aan de hierna nader aan te duiden overige partijen (zie randnummer 11 en 12).⁷

7. Op 24 maart 2004 heeft de NMa partijen met het oog op toepassing van artikel 60, lid 2, Mw alle op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden. Conform artikel 60, lid 1, Mw heeft de NMa partijen hierbij opgeroepen schriftelijk en/of mondeling hun zienswijzen omtrent het rapport naar voren te brengen. Partijen hebben de door hen ingediende schriftelijke zienswijzen op 8 juni 2004 mondeling toegelicht op een ten kantore van de NMa gehouden hoorzitting. Conform artikel 61, lid 2, Mw is een verslag opgemaakt van de hoorzitting. Dit verslag is op 27 juli 2004 aan partijen toegezonden, waarbij zij in gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken. Enkele partijen hebben van die gelegenheid gebruik gemaakt. Partijen hebben, in de loop van de maanden juni tot en met december 2004, een aantal aan hen ter hoorzitting door de NMa gestelde vragen per brief beantwoord.
8. In de daarop volgende maanden hebben zich een aantal ontwikkelingen voorgedaan, waaronder de ontvangst van honderden clementieverzoeken, als gevolg waarvan de NMa een groot aantal onderzoeken in de bouwsector heeft opgezet. Bij brief van 8 april 2005 heeft een van de partijen de NMa verzocht de besluitvorming in de onderhavige zaak uit te stellen in verband met een aantal andere lopende onderzoeken in de betonmortelsector. De d-g NMa heeft in reactie hierop per brief gereageerd met de mededeling dat er geen grond was voor het uitstellen van de besluitvorming. Bij brief van 17 juni 2005 heeft de d-g NMa vervolgens aan partijen medegedeeld dat gezien de lopende onderzoeken in de betonsector en ook in de betonmortelsector is besloten dat het besluit in zaak 2112 zal worden aangehouden. Op 25 november 2005 zijn vervolgens door de NMa een drietal rapporten in de Betonsector afgerond en is de Bekendmaking boetetoemeting ten behoeve van bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de betonsector⁸ (hierna: Bekendmaking boetetoemeting betonsector) openbaar gemaakt alsook een aantal bijbehorende Van Toepassingsverklaringen. Voor de afdoening van de onderhavige zaak zoekt de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad), die als opvolger van de d-g NMa⁹ met de

⁷ Betrokken partijen en overige partijen worden hierna gezamenlijk ook wel aangeduid als partijen.

⁸ Bekendmaking boetetoemeting ten behoeve van bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de betonsector van de Raad van Bestuur van de NMa van 25 november 2005, Staatscourant 2005, nr. 230, p. 16.

⁹ Als rechtsopvolger van de d-g NMa, Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, Stcrt. 2005, 172.

behandeling van deze zaak is belast, aansluiting bij voornoemde Bekendmaking en de daarop aansluitende VanToepassingsverklaring¹⁰ (zie randnummers 215 – 219).

1.2 *Het rapport*

9. Volgens het rapport hebben de betrokken partijen nagenoeg dezelfde prijsstijgingen gehanteerd in de periode 1998 tot en met 2002. Dit blijkt uit de prijsinformatie die de NMa op haar verzoek van partijen heeft ontvangen. Op basis van verklaringen, op basis van tijdens bedrijfsbezoeken aangetroffen documenten en op basis van toegestuurde documenten, is geconcludeerd dat de betrokken partijen elkaar tijdens bijeenkomsten en/of per brief op de hoogte brachten van ieders voorgenomen prijswijzigingen voor het volgende jaar. Ook is geconcludeerd dat de betrokken partijen op basis daarvan hun prijs voor betonmortel voor het komende jaar vaststelden. Tevens is geconstateerd dat de bijeenkomsten en de uitwisseling van prijsverhogingen per brief ten doel hadden om over en weer elkaars prijsgedrag te beïnvloeden.
10. Door de hiervoor genoemde informatie-uitwisseling omtrent de prijswijzigingen, zoals die heeft plaatsgevonden per brief en tijdens bijeenkomsten, hebben de betrokken partijen hun gedrag onderling afgestemd, leidende tot wederzijdse onthulling van hun voorgenomen marktgedrag en tot beïnvloeding van elkaars marktgedrag. Aangezien de in dit rapport beschreven gedragingen van de betrokken partijen er op gericht waren de concurrenten op de hoogte te stellen van voorgenomen commercieel gedrag, hebben de betrokken partijen welbewust feitelijke samenwerking in de plaats gesteld van concurrentie.
11. In het rapport is derhalve geconcludeerd dat tussen de betrokken partijen sprake is van onderling afgestemd feitelijk gedrag, dat ertoe strekt de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen, beperken of vervalsen hetgeen een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw vormt. Voor Befu, De Lek, Gorkum, Papendrecht, GBC, Van Nieuwpoort Betonmortel, Mebin, Transportbeton Diemen en BHU vof¹¹ heeft de afstemming van prijsverhogingen voor betonmortel plaatsgevonden in de periode vanaf 1 januari 1998 tot en met 31 december 2002. Voor Van der Velden en Hanson heeft de

¹⁰ Toepassingsverklaring van de Bekendmaking boetetoemeting ten behoeve van bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de betonsector: Betonmortelcentrales, Staatscourant 2006, nr. 5, p. 19.

¹¹ BHU vof had in de periode dat de overtreding plaatsvond twee vennoten; Hanson Nederland B.V. en Basal Utrecht B.V. (vóór 1 juni 2002 Transportbeton Utrecht B.V. genaamd). Basal Utrecht B.V. is op 31 mei 2003 gefuseerd met Basal Midden B.V. als de verkrijgende rechtspersoon. Basal Midden B.V. is op haar beurt op 31 mei 2003 gefuseerd met NCD Betonmortelgroep B.V. met NCD Betonmortelgroep B.V. als de verkrijgende rechtspersoon.

afstemming van prijsverhogingen voor betonmortel in de periode vanaf 1 januari 2001 tot en met 31 december 2002 plaatsgevonden.

12. Deze overtreding wordt in het rapport mede toegerekend aan Houdstermaatschappij Betonmortelcentrale De Lek B.V., Van Nieuwpoort Nederland B.V. (voorheen: Van Nieuwpoort Beheer B.V.), Pioneer International B.V., ENCI Holding N.V., NCD Betonmortelgroep B.V., Ballast Nedam Industrie en Toelevering B.V., Betonmortelbedrijven Cementbouw B.V. en Hanson (hierna tezamen: overige partijen).

1.3 Partijen

13. De betrokken partijen zijn met name door middel van de exploitatie van betonmortelcentrales actief op het gebied van betonmortel (verkoop en productie).¹²
14. De betonmortelcentrales zijn onder meer gevestigd in Utrecht, Groot-Ammers, Gorinchem, Papendrecht, Gouda, Rotterdam, Zwijndrecht, Nieuwegein en Diemen. De betonmortelcentrales zijn op één na¹³ gevestigd in de provincies Zuid-Holland en Utrecht.
15. De vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen de betrokken partijen en de overige partijen, zoals in het rapport aangegeven, zijn in bijlage 1 weergegeven.

2 Vaststaande feiten

16. In de onderhavige zaak gaat de Raad uit van de onderstaande feiten die afkomstig zijn uit het rapport en de daarin aangehaalde documenten.

2.1 Product- en marktbeschrijving

17. Betonmortel is een onverhard mengsel dat met name bestaat uit cement, water, zand en grind. Vanwege de kenmerken van het product betonmortel dient betonmortel binnen

¹² Van Nieuwpoort Betonmortel, die beheeractiviteiten verricht, is slechts indirect actief op het gebied van de productie en verkoop van betonmortel, namelijk via haar 100% dochtermaatschappijen Papendrecht en Van der Velden en tevens via GBC, waarvan zij 50% aandeelhouder is. Zij exploiteert zelf geen betonmortelcentrale.

¹³ Diemen, waar de centrale van Transportbeton Diemen is gevestigd, ligt in de provincie Noord-Holland.

een relatief korte tijd na productie te worden verwerkt. Betonmortel wordt in vrijwel alle gevallen geleverd en verwerkt binnen een leveringsgebied met een straal van 30 à 40 kilometer vanaf de locatie van de desbetreffende betonmortelcentrale.¹⁴

18. Partijen zijn concurrenten van elkaar.
19. In Nederland worden ongeveer 180 betonmortelcentrales geëxploiteerd die verspreid liggen over het Nederlandse grondgebied. Driekwart van alle in Nederland gevestigde betonmortelcentrales is eigendom van de vier grootste concerns actief op het gebied van de productie van betonmortel. Deze concerns zijn: i) de Van Nieuwpoort Groep, ii) de NCD Betonmortel Groep B.V. (NCD), iii) Eerste Nederlandse Cement Industrie N.V. (ENCI) en iv) Cementbouw Handel & Industrie Holdings B.V.. Uit het schema opgenomen in bijlage 1 blijkt dat de betrokken partijen, behoudens De Lek, onderdeel uitmaken van deze concerns.

2.2 Najaarsbijeenkomsten

20. Zowel (ruim) vóór de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998 als ook nadien hebben zogeheten najaarsbijeenkomsten plaatsgevonden tussen ondernemingen die betonmortel produceren en verkopen in de provincies Zuid-Holland en Utrecht¹⁵, meer in het bijzonder in de regio rondom de betonmortelcentrale van De Lek, gelegen te Groot-Ammers (kortaf: Regio De Lek). Dit blijkt uit de navolgende gedeelten uit afgelegde verklaringen.¹⁶
21. De verklaring van [vertr], directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel, luidt onder meer: *“De Lek is met deze bijeenkomsten gestart in het verleden. Het overleg “Regio De Lek vergadering” bestaat van oudsher. Ik denk al vanaf 1980. Eén keer per jaar, aan het eind van het jaar komen we bij elkaar. We zitten natuurlijk hier met mekaar in de regio en hebben dan wat dingen te bespreken.”*¹⁷
22. De verklaring van [vertr], bedrijfsdirecteur van GBC, luidt onder meer: *“De “Regio De Lek”-bijeenkomst is mij bekend.” [...] “Van medewerkers van de Betonmortelcentrale Papendrecht had ik begrepen dat men van oudsher één keer per*

¹⁴ Zie o.a. het besluit van de d-g NMa van 20 juli 2001 in zaak 2427/NCD – Fernhout, randnummer 35.

¹⁵ De productie van betonmortel door Transportbeton Diemen vindt plaats in Noord-Holland (zie voetnoot 12).

¹⁶ De d-g NMa gaat uit van de juistheid van deze verklaringen, zie randnummers 101 t/m 104.

¹⁷ Zie 2112/223, bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, blz. 1. Zie ook de woordelijke weergave van de verklaring, blz. 2 t/m 6.

jaar binnen zo'n regio bij elkaar kwam om wat dingen uit te wisselen op het gebied van milieu en vroeger sprak men ook wel over markten want dat was normaal toen."¹⁸

23. De verklaring van [vertr], directeur van De Lek, luidt onder meer:
*"Dit overleg wordt Regio De Lek genoemd omdat die naam van oudsher is blijven hangen. Deze overleggen hebben plaats, volgens ons, in ieder geval sinds 1990. De naam van het overleg stamt uit die tijd toen er veel overleg was tussen de betoncentrales. Wij gebruiken deze naam niet. Wij, de betoncentrales, kwamen bij elkaar om eens van gedachten te wisselen over het heden en de toekomst."*¹⁹
24. De verklaring van [vertr], directeur van Gorkum, luidt onder meer:
*"Van oudsher is dat een groepje dat bij elkaar komt. Daarin zitten De Lek, Goudse, Mebin Rotterdam, Papendrecht, Transportbeton, Befu en Gorkum." [...] "Waarom het altijd deze partijen zijn? Dat komt omdat deze van oudsher bij elkaar komen, zij hebben daardoor een relatie met elkaar. Deze etentjes zijn altijd één keer per jaar, altijd met dezelfde mensen."*²⁰
25. De verklaring van [vertr], voormalig directeur van Transportbeton Diemen, luidt onder meer:
*"De Regio De Lek bijeenkomsten vonden jaarlijks plaats. Dit was altijd aan het einde van het jaar. [...] Op deze bijeenkomsten was ik altijd precies op tijd. Ik zag dan dat de andere genodigden reeds aanwezig waren."*²¹
26. Ook uit het verhandelde ter hoorzitting is gebleken dat de betrokken partijen regelmatig bijeenkwamen. Zo is [vertr], directeur van Mebin, voor 1998 een aantal keren bij dergelijke najaarsbijeenkomsten aanwezig geweest.²²
27. Uit de agenda's van 1998, 1999, 2000 en 2001 van directeur [vertr] van De Lek blijkt dat de najaarsbijeenkomsten in ieder geval ook hebben plaatsgevonden in het najaar van 1998, 1999, 2000 en 2001²³, en wel op: 5 november 1998, 15 november 1999, 7 november 2000 en 30 oktober 2001.²⁴

¹⁸ Zie 2112/219, bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, blz. 1.

¹⁹ Zie 2112/222, bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, blz. 1.

²⁰ Zie 2112/127, bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, blz. 2.

²¹ Zie 2112/241, bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, blz. 1.

²² Zie 2112/381, bijlage 5, blz. 1.

²³ Zie 2112/55 (02112553510316, -0944, -0433 en -0489).

²⁴ Zie 2112/222: verklaring van de directeur van De Lek., blz. 2 en 3.

28. Voor de najaarsbijeenkomst van 15 november 1999 zijn de navolgende partijen per fax uitgenodigd: De Lek, Gorkum, Papendrecht, GBC, Befu, Transportbeton Diemen en Mebin. De uitnodiging is afkomstig van Van Nieuwpoort Betonmortel.²⁵
29. Overigens blijkt uit de verklaring van directeur [vertr] van De Lek dat de betrokken partijen doorgaans telefonisch werden uitgenodigd en niet per fax.²⁶
30. Voor de najaarsbijeenkomst van 30 oktober 2001 zijn de navolgende partijen per fax uitgenodigd: De Lek, Gorkum, GBC, Befu, Van Nieuwpoort Betonmortel, Hanson en Mebin. De uitnodiging is afkomstig van Papendrecht en van Van der Velden.²⁷
31. Uit de hierboven in randnummer 28 aangeduide uitnodiging per fax, uit de hieronder volgende verklaringen van diverse directeuren en uit het feit dat onderstaande partijen hun aanwezigheid op deze najaarsbijeenkomst niet betwisten, volgt dat de hieronder in randnummer 32 t/m 36 genoemde partijen op de bijeenkomst van 15 november 1999 zijn geweest. In een enkel geval kan alleen de aanwezigheid van een bepaalde persoon en niet van een daaraan verbonden partij worden vastgesteld, aangezien de desbetreffende partij de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de betrokken persoon heeft betwist. Wat betreft de beoordeling van bedoeld verweer van partijen wordt verwezen naar paragraaf 3.2.1 van dit besluit.
32. Op basis van de verklaring van de directeuren van De Lek, de verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel en op basis van de verklaring van directeur van Transportbeton Diemen kan worden vastgesteld dat Befu de bijeenkomst van 15 november 1999 heeft bijgewoond.²⁸
33. Op basis van de verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel zelf en op basis van het feit dat Van Nieuwpoort Betonmortel de uitnodiging van 28 oktober 1999 heeft verstuurd kan worden vastgesteld dat Van Nieuwpoort Betonmortel de bijeenkomst van 15 november 1999 heeft bijgewoond.²⁹

²⁵ Zie 2112/55 (02112553510249).

²⁶ Zie 2112/222, blz. 1: *“De uitnodigingen voor deze bijeenkomsten gingen niet altijd per fax, ik denk dat het voornamelijk telefonisch gebeurde. In de vorm van een telefoonronde met de vraag wanneer we weer eens bij elkaar kunnen komen.”*

²⁷ Zie 2112/55 (02112553510066). De uitnodiging is ondertekend door [vertr], bedrijfsdirecteur van Papendrecht, Van der Velden en GBC, getypt op briefpapier van Papendrecht en gefaxt vanaf Van der Velden.

²⁸ Zie 2112/67: verklaring van de directeuren van De Lek, blz. 3 en 2112/223: verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort, Betonmortel, blz. 1 en 2112/241: verklaring van een voormalig directeur van Transportbeton Diemen, blz. 1.

²⁹ Zie 2112/223: verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel, blz. 1.

34. Op basis van de verklaring van de directeur van Gorkum zelf en op basis van de verklaring van de directeurs van De Lek, de verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel kan worden vastgesteld dat Gorkum de bijeenkomst van 15 november 1999 heeft bijgewoond.³⁰
35. Op basis van de door de directeurs van De Lek zelf afgegeven verklaring en op basis van een verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel kan worden vastgesteld dat De Lek de bijeenkomst van 15 november 1999 heeft bijgewoond.³¹
36. Op basis van de verklaring van [vertr], voormalig directeur van Transportbeton Diemen en tevens de vertegenwoordiger van een van de vennoten van BHU vof, namelijk Transportbeton Utrecht, en op basis van de verklaring van de directeurs van De Lek kan worden vastgesteld dat [vertr] de bijeenkomst van 15 november 1999 heeft bijgewoond.³² Dit blijkt tevens uit de schriftelijke zienswijze van BHU vof³³ en die van Ballast Nedam Industrie en Toelevering B.V. (hierna: Ballast Nedam), waarin de aanwezigheid van [vertr] op de najaarsbijeenkomst van 15 november 1999 eveneens wordt erkend.
37. Op basis van de in randnummer 30 aangeduide uitnodiging per fax, de hieronder volgende verklaringen van diverse directeurs van partijen en op basis van het feit dat onderstaande partijen hun aanwezigheid op deze najaarsbijeenkomst niet betwisten, kan worden vastgesteld dat de hieronder genoemde partijen op de bijeenkomst van 30 oktober 2001 aanwezig zijn geweest.
38. Ook hier geldt dat sommige partijen niet de aanwezigheid van een bepaalde persoon betwisten, maar weerspreken dat deze persoon een of meerdere betrokken partijen zou kunnen vertegenwoordigen. Voor die gevallen kan hier de aanwezigheid van de betreffende persoon als vaststaand feit aangemerkt.
39. Op basis van de verklaring van de directeur van Befu zelf alsmede op basis van de verklaring van de directeur van GBC kan worden vastgesteld dat Befu de bijeenkomst van 30 oktober 2001 heeft bijgewoond.³⁴

³⁰ Zie 2112/67: verklaring van de directeurs van De Lek, blz. 3 en 2112/127: verklaring van de directeur van Gorkum, blz. 2 en 2112/223: verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel, blz. 1.

³¹ Zie 2112/67: verklaring van de directeurs van De Lek, blz. 3 en 2112/223: verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel, blz. 1.

³² Zie 2112/67: verklaring van de directeurs van De Lek, blz. 3 en 2112/241: verklaring van een voormalig directeur van Transportbeton Diemen, blz. 1.

³³ Zie 2112/359: schriftelijke zienswijze BHU vof, blz. 3.

³⁴ Zie 2112/126: verklaring van de directeur van Befu, blz. 1 en 2112/219: verklaring van de directeur van GBC, blz. 1.

40. Op basis van de verklaring van de directeur van Papendrecht zelf alsmede op basis van het feit dat de directeur van Papendrecht de uitnodiging van 11 oktober 2001 heeft verstuurd kan worden vastgesteld dat Papendrecht de bijeenkomst van 30 oktober 2001 heeft bijgewoond.³⁵ Dit blijkt tevens uit haar schriftelijke zienswijze.³⁶
41. Op basis van de verklaring van [vertr]³⁷, bedrijfsdirecteur van GBC, Van der Velden en Papendrecht, op basis van de schriftelijke zienswijze van GBC³⁸, op basis van de schriftelijke zienswijze van Papendrecht³⁹ kan worden vastgesteld dat [vertr] en GBC de bijeenkomst van 30 oktober 2001 hebben bijgewoond.
42. Op basis van de verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel zelf en de verklaring van de directeur van GBC kan worden vastgesteld dat Van Nieuwpoort Betonmortel de bijeenkomst van 30 oktober 2001 heeft bijgewoond.⁴⁰
43. Op basis van de verklaring van de directeur van Hanson zelf, de verklaring van de directeur van GBC en op basis van de verklaring van de voormalig directeur van Transportbeton Diemen kan worden vastgesteld dat Hanson de bijeenkomst van 30 oktober 2001 heeft bijgewoond.⁴¹ Dit blijkt tevens uit de schriftelijke zienswijze van Hanson.⁴²
44. Op basis van de door de directeurs van De Lek zelf afgegeven verklaring en op basis van de verklaring van de directeur van GBC kan worden vastgesteld dat De Lek de bijeenkomst van 30 oktober 2001 heeft bijgewoond.⁴³
45. Op basis van de verklaring van meergenoemde voormalig directeur ([vertr]) van Transportbeton Diemen kan worden vastgesteld dat [vertr], directeur van Hanson, de andere venoot van BHU vof, de bijeenkomst van 30 oktober 2001 heeft bijgewoond.⁴⁴

³⁵ Zie 2112/219: verklaring van de directeur van Papendrecht, blz. 1.

³⁶ Zie 2112/364: schriftelijke zienswijze Papendrecht, blz. 8.

³⁷ Zie 2112/219: verklaring van de directeur van GBC, blz. 1.

³⁸ Zie 2112/367: schriftelijke zienswijze GBC, blz. 12.

³⁹ Zie 2112/364: schriftelijke zienswijze Papendrecht, blz. 8.

⁴⁰ Zie 2112/223: verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel, blz. 2.

⁴¹ Zie 2112/219: verklaring van de directeur van GBC, blz. 2 en 2112/221: verklaring van de directeur van Hanson, blz. 1 en 2112/241: de verklaring van de directeur van Transportbeton Diemen, blz. 1.

⁴² Zie 2112/360: schriftelijke zienswijze van Hanson, blz. 3.

⁴³ Zie 2112/67: verklaring van de directeurs van De Lek, blz. 1 en 2112/219: verklaring van de directeur van GBC, blz. 1.

⁴⁴ Zie 2112/241: verklaring van een voormalig directeur van Transportbeton Diemen, blz. 1.

Diens aanwezigheid blijkt tevens uit de verklaring van de directeur van Hanson zelf en uit de schriftelijke zienswijze van BHU vof.⁴⁵

46. Vast staat voorts dat de najaarsbijeenkomsten voor de betrokken partijen een informeel en informatief karakter dragen. Uit verklaringen van enkele aanwezige directeuren blijkt dat er een gedachtewisseling plaatsvindt over wat er speelt op de markt en over marktontwikkelingen. Notulen hiervan worden niet gemaakt.⁴⁶
47. Vast staat tenslotte ook dat tijdens de bijeenkomsten in het najaar van 1999 en 2001 de directeur van De Lek de voorgenomen prijsstijgingen van Mebin, Befu en Betonmortelbedrijven Cementbouw B.V. (hierna: Cementbouw B.V.) heeft genoteerd.⁴⁷ Tijdens de regiobijeenkomst van 15 november 1999 heeft deze directeur de aantekening gemaakt dat Cementbouw B.V. van plan is haar betonmortelprijs met NLG 6 te verhogen, dat Mebin van plan is haar betonmortelprijs in de regio Amsterdam met NLG 6 te verhogen, in de regio Noord-Holland-Hilversum met NLG 6,25, in de regio Noord-Holland met NLG 5,75, in de regio Rotterdam met NLG 12 en in de regio Brabant met NLG 8 à 9 en dat Befu van plan is haar betonmortelprijs in de regio Utrecht met NLG 6 te verhogen. Tijdens de regiovergadering van 30 oktober 2001 heeft deze directeur aantekeningen gemaakt betreffende het bedrag (EUR 6,15) waarmee de aanwezige betonmortelcentrales van plan waren hun prijzen voor betonmortel te gaan verhogen.

2.3 Prijsverhogingsbrieven

48. De betrokken partijen stuurden niet alleen hun klanten maar ook hun concurrenten brieven over de jaarlijkse voorgenomen prijsverhogingen van betonmortel (hierna: de prijsverhogingsbrieven). Uit het hieronder in randnummer 49 weergegeven schema blijkt dat de daarin genoemde partijen jaarlijks in november of december deze prijsverhogingsbrieven aan elkaar verstuurd en van elkaar ontvingen en dusdoende schriftelijk met elkaar communiceerden over voorgenomen prijsstijgingen van

⁴⁵ Zie 2112/221: verklaring van de directeur van Hanson, blz. 1 en 2112/359: schriftelijke zienswijze BHU vof, blz. 6.

⁴⁶ Zie 2112/219: verklaring van de bedrijfsdirecteur van GBC, blz. 1 en 2112/67: verklaring van de directeuren van De Lek, blz. 2 en 2112/222: verklaring van de directeur van De Lek, blz. 1-2 en 2112/223: verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel, blz. 1-2 en 2112/354: zienswijze Gorkum onder rn. 22 en 26 en 2112/362: zienswijze De Lek onder rn. 46 en 2112/222: zienswijze ter hoorzitting De Lek onder rn. 21.

⁴⁷ Zie 2112/55 (02112553510250 en -0066) en 2212/67: verklaring van de directeuren van De Lek, blz. 1 en 3 en 2112/381 bijlage 7: zienswijze ter hoorzitting van De Lek onder rn. 24. Zie ook 2112/356, zienswijze Mebin onder rn. 45.

betonmortel.⁴⁸ In de jaren 1998, 1999, 2000 en 2001 zijn de prijsverhogingsbrieven overwegend verzonden nadat de najaarsbijeenkomsten hadden plaatsgevonden.⁴⁹

49. Van de prijsverhogingsbrieven die betrokken partijen onderling uitwisselden zijn 34 exemplaren aangetroffen tijdens de bedrijfsbezoeken. Op basis van deze exemplaren is onderstaand schema opgesteld. Hieruit blijkt welke van de betrokken partijen in welk jaar een prijsverhogingsbrief heeft verzonden aan c.q. heeft ontvangen van één van de andere betrokken partijen.

⁴⁸ De prijsverhogingsbrieven van Mebin uit het jaar 1999 zijn in oktober verstuurd. Zie 2112/51 en 2112/127. Van Transportbeton Diemen is hierover geen informatie voorhanden.

⁴⁹ De prijsverhogingsbrieven van Mebin uit 1999 zijn daarentegen voorafgaand aan de najaarsbijeenkomst van 15 november 1999 verzonden. Ook Befu heeft blijkens haar zienswijze (2112/355, randnummer 34) voorafgaand aan de najaarsbijeenkomst op 7 november 2000 (voor) aankondigingen van de verwachte prijsverhoging verstuurd.

		Ontvangen									
Betonmortel-centrales	Gorkum	P.dr echt	Befu	De Lek	GBC	Hanson	Mebin	VdV	TB	Bhu vof	
V e r z o n d e n	Gorkum	+++++									
	Papendrecht	'98, '99	++++ ++++		'99, '00, '00, '01						
	Befu	'98, '99		++++ ++++	'99, '00, '01			'02	'00		
	De Lek	'98, '99			+++++++						
	GBC				'99, '00, '01	++++ ++++					
	Hanson						++++				
	Mebin	('99)*			on, '01		'99, '00	+++++ +++++	'99		
	Van der Velden	'98, '01			'00, '00, '01			'98, '01, '02	++++ ++++		
	Transportbeton	'98								++++	
	BHU vof	'98									++++

* = brief geadresseerd aan Van der Velden on = ongedateerde brief

Van Nieuwpoort Betonmortel komt niet in dit overzicht voor.⁵⁰

⁵⁰ Van Nieuwpoort Betonmortel produceert zelf geen betonmortel.

50. Uit door betrokken partijen opgestuurde informatie blijkt dat zij van 1998 t/m 2002 de volgende prijswijzigingen hebben gehanteerd.

Betonmortel-centrale	Prijsverhoging 1998 (NLG)	Prijsverhoging 1999	Prijsverhoging 2000	Prijsverhoging 2001	Prijsverhoging 2002 (EUR)
Gorkum	2,00 resp. 4,50 ⁵¹	2,00 resp. 4,50	6,00	11,25	6,15
Papendrecht	4,50	4,50	6,00	11,55	6,15
Befu	Nihil	4,50	6,00	9,00	6,13
De Lek	4,50	4,50	6,00	11,00	5,90 ⁵²
GBC	4,50	4,50	6,00	11,25	6,15
Hanson	4,60	4,50	3,75 ⁵³	11,25	6,10
Mebin	4,95	4,50	12,00	11,25	6,15
Van der Velden	4,95	4,50	⁵⁴	11,25	6,15
BHU vof ⁵⁵	4,60	4,50	3,75 ⁵⁶	11,25	6,10

Niet in dit overzicht komen voor: Van Nieuwpoort Betonmortel en Transportbeton Diemen.⁵⁷

3 Beoordeling

51. In het kader van de procedure zoals in paragraaf 1.1 is uiteengezet, hebben partijen hun zienswijze gegeven. Hieronder zullen de verschillende zienswijzen –kort en zakelijk samengevat– worden weergegeven. Waar de zienswijzen onderling grote overeenstemming vertonen worden deze per onderwerp uiteengezet. Voor zover de zienswijze van een onderneming een sterk individueel karakter heeft, bijvoorbeeld waar

⁵¹ De grote klanten betaalden over het algemeen de lagere prijsverhoging (NLG 2,00) en de kleine klanten de hogere prijsverhoging (NLG 4,50).

⁵² Deze prijsverhoging is in de aankondigingsbrieven nog in guldens aangegeven (NLG 13,00).

⁵³ Met betrekking tot de prijswijziging van NLG 3,75 is in dit jaar geen brief verstuurd.

⁵⁴ In 2000 heeft Van der Velden zijn prijzen met klanten op individuele basis aangepast, zie 2112/262, bijlage 1.

⁵⁵ De directeur van Hanson heeft aangegeven dat de algemene prijswijzigingen voor alle Hansonvestigingen, inclusief de vestiging van Transportbeton Pioneer Utrecht, gelijk zijn geweest. De bekendmaking aan de afnemers van Transportbeton Pioneer Utrecht zou slechts enige dagen (kunnen) verschillen met de bekendmaking daarvan door de andere Hansonvestigingen, zie 2112/287.

⁵⁶ Met betrekking tot de prijswijziging van NLG 3,75 is in dit jaar geen brief verstuurd.

⁵⁷ Van Nieuwpoort Betonmortel produceert zelf geen betonmortel. Transportbeton Diemen beschikte niet meer over de benodigde informatie.

het gaat om feiten of belangen die enkel de onderneming raken, wordt de zienswijze in beginsel besproken onder vermelding van de naam van de onderneming.

3.1 Procedureel

3.1.1 Vooringenomenheid

Zienswijze

52. De Lek heeft aangevoerd dat de d-g NMa het in artikel 2:4 Awb opgenomen verbod van vooringenomenheid heeft geschonden door het opvragen van omzetgegevens voorafgaand aan het uitbrengen van het rapport. Daaruit blijkt het concrete voornemen een sanctie op te leggen alvorens De Lek kon reageren op het rapport.

Beoordeling

53. De handhavende taak van de NMa is tweeledig: enerzijds toezicht en onderzoek in verband met mogelijke overtredingen van de Mededingingswet; anderzijds vaststelling en sanctionering van daadwerkelijke overtredingen. Het onderzoek naar een mogelijke overtreding heeft mede betrekking op de ernst van de overtreding, zoals bijvoorbeeld ook de duur van de overtreding voorwerp is van dergelijk onderzoek. De omzet waarmee de overtreding verband houdt, vormt in de regel een belangrijke aanwijzing voor de ernst, zodat tijdens het onderzoek ook daarover vragen kunnen worden gesteld. Dat de ernst van de overtreding blijkens artikel 57, tweede lid, Mw tevens van belang is voor het bepalen van de hoogte van de boete, brengt dus nog niet mee dat het vragen van omzetcijfers van partijen blijk geeft van een concreet boetevoornemen.
54. De onderzoeks- en sanctioneringstaak worden voorts binnen de NMa gescheiden uitgevoerd. Indien de Raad na afloop van het onderzoek het redelijk vermoeden heeft dat een overtreding is begaan en dat daarvoor een boete of last moet worden opgelegd, laat hij een rapport opmaken (artikel 59, eerste lid, Mw). Nadat het rapport aan de betrokken ondernemingen is toegezonden, nemen de in artikel 60-62 Mw bedoelde werkzaamheden ter voorbereiding van een besluit omtrent sanctionering een aanvang. Inhoudelijk hebben die werkzaamheden betrekking op de vraag of de Mededingingswet daadwerkelijk is overtreden en, indien sprake is van een overtreding, op de vraag welke sanctie daarvoor moet worden opgelegd. Procedureel voorzien de werkzaamheden erin dat de betrokken ondernemingen in staat worden gesteld hun zienswijzen in te brengen. De NMa-ambtenaren die werkzaamheden als bedoeld in artikel 60-62 Mw uitvoeren, zijn overeenkomstig artikel 3, tweede lid, Mw niet betrokken geweest bij de opstelling van het rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek. Deze functiescheiding vormt een waarborg tegen vooringenomenheid bij de besluitvorming over sancties.

55. Ook los van bovenstaande is geen sprake van strijd met artikel 2:4 Awb. Gegeven dat de reeds overeenkomstig artikel 59, eerste lid, Mw als zijn redelijk vermoeden heeft uitgesproken dat een boete dient te worden opgelegd en opdracht heeft gegeven een rapport op te stellen, kan het doelmatig zijn in het rapport gegevens op te nemen die van belang zijn voor de hoogte van een eventuele boete. Daarmee kan de zienswijzenprocedure, welke volgt op de toezending van het rapport aan de betrokken ondernemingen, gericht en sneller verlopen. In de praktijk is ook gebleken dat juist de betrokken ondernemingen het op prijs stellen dat in de zienswijzenprocedure informatie beschikbaar is die van belang is voor de hoogte van een eventuele boete; zij kunnen dan de boeterelevante informatie betrekken in hun reactie op het rapport. Het getuigt derhalve niet van vooringenomenheid wanneer uit doelmatigheidsoverwegingen ten behoeve van het rapport omzetgegevens worden opgevraagd.

Eindconclusie

56. Uit hetgeen partijen naar voren hebben gebracht blijkt niet de door hen gestelde vooringenomenheid.

3.1.2 Onderzoek

Artikel 8 EVRM, zienswijze

57. Partijen stellen dat ook ondernemingen aanspraak kunnen maken op de in artikel 8 EVRM geboden bescherming van de privé sfeer. Dat geldt in ieder geval indien bij een bedrijfsbezoek een grote hoeveelheid informatie wordt verkregen, zoals het geval is bij het maken van forensic images (kopieën van servers en harde schijven). In casu is op zodanige wijze een grote hoeveelheid informatie in beslag genomen.
58. Partijen voeren voorts aan dat voor de bedrijfsbezoeken ten onrechte geen rechterlijke machtiging was verstrekt. In dit kader doen zij een beroep op het arrest van het EHRM in de zaak *Colas Est*⁵⁸, waarin volgens partijen is bepaald dat een onderzoek in bedrijfsruimten van een rechtspersoon zonder voorafgaande rechterlijke goedkeuring een inbreuk vormt op artikel 8 EVRM.
59. Daarnaast achten partijen het NMa-onderzoek niet noodzakelijk in een democratische samenleving, zoals bedoeld in artikel 8, tweede lid, EVRM, aangezien het onderzoek (doorzoeking) onevenredig zou zijn en plaats zou hebben gevonden zonder rechterlijke

⁵⁸ EHRM, 16 april 2002, nr. 37971/97.

toetsing of andere onafhankelijke waarborg vooraf.

Beoordeling

60. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat ook een rechtspersoon onder omstandigheden aanspraak kan maken op de in artikel 8 EVRM gegeven bescherming van de privé sfeer. In het geval *Colas Est* was er sprake van verregaande zelfstandige ambtelijke bevoegdheden onder de destijds geldende oude Franse wetgeving in combinatie met een zeer intensief en op grote schaal uitgevoerd onderzoek (inbeslagname van een grote hoeveelheid documenten bij een groot aantal bedrijfsvestigingen).
61. De inmenging op het in artikel 8 EVRM, eerste lid, genoemde recht is in het onderhavige geval gerechtvaardigd, omdat is voldaan aan de in artikel 8, tweede lid, EVRM gestelde voorwaarden. Zo is de inmenging bij wet voorzien: krachtens artikel 5:17, eerste lid, Awb is een toezichthouder bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden⁵⁹. Ook was de inmenging “in een democratische samenleving noodzakelijk” voor een effectieve handhaving van de Mededingingswet. Het belang van die handhaving past binnen de belangen die blijkens artikel 8, tweede lid, EVRM een inmenging rechtvaardigen. De Raad tekent hierbij aan dat het in casu ging om onderzoek naar een heimelijk kartel en dat er serieuze aanwijzingen bestonden dat partijen daarbij waren betrokken. Dat onderzoek kan uiteraard niet zinvol worden uitgevoerd als de NMa voor de toegang tot mogelijk bewijsmateriaal afhankelijk zou zijn van vrijwillige medewerking van partijen.
62. Voorts zijn, anders dan de ambtenaren die het onderzoek bij *Colas Est* deden, de onderzoeksambtenaren van de NMa niet bevoegd tot inbeslagname en kunnen zij niet tegen de wil van de betrokkenen inzage van documenten afdwingen. Zij behoeven voor dat laatste de bijstand van de politie. Steeds geldt bovendien dat de NMa-ambtenaren gebonden aan het evenredigheidsbeginsel dat in artikel 5:13 Awb specifiek op alle toezichthandelingen van toepassing is verklaard. De bedrijfsbezoeken bij de betrokken partijen waren zeer gericht; het beperkte zich tot enkele personen en enkele ruimtes, terwijl ook het onderzoek naar documenten selectief was (zie ook hierna onder het opschrift *Beoordeling onderzoek* en artikel 5:15 en 5:17 jo 5:13 Awb). Nu het arrest van het EHRM in *Colas Est* zozeer is verbonden met de context van de toenmalige, verouderde bevoegdheidswetgeving in Frankrijk en met de buitengewone omvang van het onderzoek bij *Colas Est*, en blijkt dat de bedrijfsbezoeken van de NMa bij betrokken partijen zowel

⁵⁹ De term gegevens in artikel 5:17 Awb omvat ook gegevens die langs elektronische weg zijn vastgelegd; Kamerstukken II, 23700, nr.3, p. 144.

- juridisch als feitelijk duidelijk minder ver strekten dan het Franse onderzoek bij Colas Est, moet worden gesteld dat de inmenging in de privé-sfeer gerechtvaardigd was.
63. De NMa heeft, zoals door partijen opgemerkt, de bedrijfsbezoeken zonder voorafgaande rechterlijke machtiging uitgevoerd. Dit kan de NMa niet worden verweten en maakt de bedrijfsbezoeken ook niet onrechtmatig. De voor het NMa-onderzoek relevante Nederlandse wetgeving voorziet niet in de mogelijkheid, laat staan de verplichting, een dergelijke machtiging aan de rechter te vragen. Anders dan partijen uit het arrest van het EHRM inzake Colas Est afleiden, verplicht ook artikel 8 EVRM niet tot die machtiging⁶⁰. Veeleer gaat het blijkens de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 8 EVRM om het geheel van waarborgen; een voorafgaande rechterlijke machtiging is een van de mogelijke waarborgen. Voor zover het de handhaving van de Mededingingswet betreft liggen waarborgen die ten aanzien van een bedrijfsbezoek gelden, met name in de eis van evenredigheid in artikel 5:13 Awb, in de voorafgaande interne NMa-procedure, in het feit dat de NMa-ambtenaren zelf niet bevoegd zijn dwang uit te oefenen, en in de mogelijkheid van rechterlijke toetsing/controlé van NMa-besluiten.

Kenbaar maken doel en voorwerp onderzoek, zienswijze

64. Partijen stellen dat de d-g NMa bij de bedrijfsbezoeken tevoren het exacte doel en voorwerp daarvan kenbaar had moeten maken aan de betrokken (vestigingen van) de ondernemingen teneinde hen in staat te stellen een oordeel te vormen over de rechtmatigheid van de vordering tot medewerking (en over het recht om te zwijgen). Partijen beroepen zich voor die stelling onder meer op rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, waaruit als een fundamenteel vereiste blijkt dat bij aanvang van een onderzoek het voorwerp en doel ervan worden vermeld.⁶¹ Pas dan zou kunnen worden gecontroleerd of het NMa-onderzoek proportioneel is en niet een zogeheten “fishing expedition”.

Beoordeling

65. De Raad stelt voorop dat noch de Algemene wet bestuursrecht, noch de Mededingingswet, noch het EVRM met zoveel woorden de verplichting bevatten om bij een bedrijfsbezoek het doel (en voorwerp) van het onderzoek mede te delen, laat staan het precieze doel. Wel kan artikel 5:13 Awb, waarin onder meer het zorgvuldigheidsbeginsel is neergelegd⁶², meebrengen dat bij aanvang van het onderzoek een aanduiding van het onderzoeksdoel moet worden gegeven. Dat is ook in overeenstemming met het door partijen aangehaalde fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht, waarnaar onder meer wordt verwezen in het Hoehst arrest van het

⁶⁰ Vergelijk HR, 25 september 2001, NJ 2002, 97.

⁶¹ Gevoegde zaken C-46/87 en 227/88, Hoehst, *Jur.* 1989, p. 2859.

⁶² Vergelijk Kamerstukken II, 23700, nr.3, p. 1141-142.

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, te weten dat het doel van het onderzoek wordt aangegeven.⁶³ Voor zover die beginselen nopen tot aanduiding van het onderzoeksdoel, kan daaruit nog niet worden afgeleid dat die aanduiding specifiek dient te zijn dan wat in de voorliggende gevallen door de onderzoeksambtenaren aan de ondernemingen is meegedeeld. Zeker waar het gaat om een vermoed heimelijk kartel, zoals in casu, zou een meer specifieke aanduiding van het onderzoeksdoel het risico meebrengen dat een betrokken onderneming documenten die mogelijk bewijs bevatten, verwijdert of andere betrokken ondernemingen waarschuwt. De in artikel 5:13 Awb bedoelde proportionele begrenzing van de onderzoeksbevoegdheden kan niet zover gaan dat de vermoedelijk bij het kartel betrokken ondernemingen juridisch en feitelijk gelegenheid krijgen de uitoefening van die bevoegdheden te frustreren.⁶⁴

66. Voorts is de interne NMa-procedure van belang, waarbij vooraf het doel en het voorwerp van het onderzoek wordt bepaald. Zo is ook in het onderhavig geval gebeurd. Op deze wijze is door middel van interne procedures en controles verzekerd dat er sprake was van proportioneel onderzoek.

67. De Raad ziet een bevestiging van zijn standpunt in de ook door partijen aangehaalde uitspraken van de Rechtbank te Rotterdam van 18 juni 2003 en van de Voorzieningenrechter te Den Haag van 9 april 2003.⁶⁵

Artikel 5:15 en -5:17 jo 5:13 Awb, zienswijze

68. Partijen wijzen erop dat het handelen van ondernemingen steeds verder digitaliseert en dat minder informatie in hard copy aanwezig is. Een forensic image maakt het mogelijk alle en zelfs verwijderde bestanden in te zien. Het maken van een forensic image moet gelijkgesteld worden met het kopiëren en doorzoeken van alle digitale gegevensdragers. In analoge termen kan het volgens partijen gelijkgesteld worden met het doorzoeken van kasten, laden, bergruimten, e.d.. Verwijderde bestanden zijn te vergelijken met hard copy documenten die in de prullenbak zijn gekomen. Artikel 5:17 Awb bevat niet de

⁶³ Zoals het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in overweging 27 van het arrest Hoechst/Commissie van 21 september 1989, zaken 46/87 en 227/88, heeft geoordeeld ten aanzien van de bevoegdheid van de Europese Commissie ingevolge artikel 14 van Verordening 17/62: "[Het] recht van toegang zou zinloos zijn indien de personeelsleden van de Commissie zich ertoe zouden moeten beperken, de overlegging te vorderen van documenten of dossiers die zij vooraf nauwkeurig hebben kunnen identificeren. Het recht van toegang impliceert juist de mogelijkheid, allerhande informatie op te sporen die nog niet bekend of geheel geïdentificeerd is. Zonder deze mogelijkheid zou de Commissie niet in staat zijn, de voor haar verificatie noodzakelijke inlichtingen in te winnen, wanneer de betrokken ondernemingen hun medewerking weigeren of zich aldus gedragen dat verificatie belemmerd wordt."

⁶⁴ Zie de verwijzing in de vorige voetnoot.

⁶⁵ Vonnis van 9 april 2003 in de zaak Van Hattum-Blankevoort, KG 03/342, M&M 2003 / 5.

bevoegdheid inzage te vorderen van een grote hoeveelheid ongedefinieerde informatie. Blijkens de memorie van toelichting bij de ontwerp-Mededingingswet verzet het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel zich ertegen dat andere zaken worden onderzocht dan die welke verband houden met de wettelijke voorschriften waarop het toezicht betrekking heeft. Het vorderen van toegang tot alle digitale informatie zou daarmee de vorm aannemen van een doorzoeking, waartoe noch de Awb (artikel 5:15 en 5:17) noch de Mededingingswet de bevoegdheid geeft. Los daarvan heeft de d-g NMa met de doorzoeking volgens partijen de in artikel 5:13 Awb neergelegde proportionaliteitseis geschonden, inhoudende dat een toezichthouder slechts van zijn bevoegdheden gebruik mag maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

69. Partijen menen verder dat bij het maken van een forensic image de in artikel 5:17 Awb bedoelde zakelijke gegevens en bescheiden niet zijn gescheiden van andere gegevens, waaronder privé gegevens en krachtens artikel 51 Mw geprivilegieerde gegevens. De NMa heeft volgens partijen in strijd met 51 Mw geprivilegieerde documenten gekopieerd.

Beoordeling

70. De Raad onderkent de voortschrijdende digitalisering van het handelen van ondernemingen. De NMa heeft daarop ingespeeld door de hiervoor reeds aangehaalde Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden (hierna ook: de Werkwijze)⁶⁶ te ontwikkelen met waarborgen die gelijkwaardig zijn aan de rechten van de verdediging zoals die vorm hebben gekregen bij het traditioneel onderzoek. Met de publicatie van die Werkwijze is beoogd publiekelijk inzicht te geven in de wijze waarop de NMa het digitaal onderzoek verricht en de daarbij door de NMa in acht te nemen procedures en beperkingen. Die laatste zijn er in het bijzonder op gericht de evenredigheid van het onderzoek op een controleerbare wijze te waarborgen en aldus te verhinderen dat het onderzoek het karakter van een doorzoeking zou kunnen krijgen.
71. Forensic images, zoals door de NMa in het kader van onderzoek gemaakt, bieden niet alleen toegang tot digitale gegevens op een computer die voor de normale gebruiker ervan toegankelijk zijn, maar ook toegang kan bieden tot gegevens waartoe deze gebruiker geen toegang (meer) heeft, zoals door de gebruiker verwijderde bestanden, de historie van bestanden en de digitale omgeving van bestanden. Anders dan partijen ziet de Raad niet waarom de in artikel 5:17 Awb gegeven inzage- en kopieerbevoegdheid niet mede betrekking heeft op bedoelde bestanden, mits de inzagebevoegdheid gericht wordt

⁶⁶ “Werkwijze Nederlandse Mededingingsautoriteit met betrekking tot het inzien en kopiëren van digitale gegevens en bescheiden” van 6 juni 2003, Strcrt. 109, pag. 30.

uitgeoefend, d.w.z. door middel van voor de zaak specifieke zoektermen. Juist waar het gaat om onderzoek naar heimelijke gedragingen kan het essentieel zijn bestanden in te zien die door de gebruiker zijn gewist, maar nog aanwezig zijn op de gegevensdrager.

72. De Raad bestrijdt niet dat bij het maken van een forensic image noodzakelijkerwijs meer bestanden worden gekopieerd dan relevant voor het onderzoek en dat ook bestanden kunnen worden gekopieerd die privé gegevens bevatten of gegevens die onder artikel 51 Mw vallen. Het kopiëren van de bestanden betekent echter niet dat die bestanden bij het onderzoeken van het forensic image ook alle worden geopend, waardoor NMa-ambtenaren daadwerkelijk kennis zouden kunnen nemen van de inhoud daarvan. Zo is de Werkwijze erop gericht dat alleen via specifieke zoektermen geselecteerde bestanden worden geopend en dat voordien reeds de bestanden worden verwijderd die privé gegevens bevatten of gegevens die onder artikel 51 Mw vallen. Meer in het algemeen beoogt de Werkwijze dezelfde waarborgen te bieden als bij onderzoek naar hard copy documenten (zie verder hierna onder Beoordeling onderzoek forensic images).

Onderzoek forensic images ten kantore van NMa, zienswijze

73. Partijen voeren aan dat de NMa ook in het kantoor van partijen met zoekwoorden in de computers had kunnen zoeken, zodat het niet nodig was een forensic image te maken en voor onderzoek mee te nemen naar het kantoor van de NMa. Daarmee wordt voorkomen dat vertrouwelijke correspondentie door de NMa wordt ingezien. Ook had de NMa ter bescherming van vertrouwelijke gegevens de forensic image kunnen bewaren in een verzegelde envelop, zoals de praktijk van de Europese Commissie laat zien. De bescherming van vertrouwelijke gegevens is een gemeenschapsrechtelijk beginsel dat zowel in het Nederlands recht als in de Europese Verordening 1/2003 vastgelegd is. De weerlegging van de d-g NMa in het besluit GTI Utiliteit Noord BV,⁶⁷ inhoudende dat het nationale recht op deze bevoegdheidsoefening van de NMa van toepassing is, overtuigt partijen niet.
74. Partijen hebben daarnaast bedenkingen tegen de wijze waarop de forensic images ten kantore van de NMa zijn onderzocht. De NMa kon documenten raadplegen zonder de betrokken ondernemingen in staat te stellen aan te geven of deze geprivilegieerd zijn. Ook kregen de ondernemingen tijdens het onderzoek aan de forensic image geen inzage in de onderzoeksresultaten. De NMa week daarmee af van het uitgangspunt van de voorzieningenrechter te Den Haag, die bepaalde dat partijen in de gelegenheid gesteld moeten worden het onderzoek bij te wonen,⁶⁸ aldus partijen. Het bijwonen werd aldus zodanig gereduceerd dat van controle geen sprake kon zijn. Voorts kregen de

⁶⁷ Besluit van de d-g NMa van 12 december 2003, zaak 3376; www.nmanet.nl.

⁶⁸ Vonnis van 9 april 2003 in de zaak Van Hattum-Blankevoort, KG 03/342, M&M 2003 / 5.

ondernemingen pas in een later stadium, en alleen voorzover het onderzoek tot een rapport leidde en de NMa de resultaten relevant achtte, inzage in de resultaten. Dan is het eventuele kwaad al geschied. Daarmee handelde de NMa volgens partijen in strijd met het beginsel van equality of arms; de NMa dient al het materiaal voor of tegen de beschuldigde open te leggen voor de verdediging.

Beoordeling

75. Ten aanzien van onderzoek ten kantore van de NMa met betrekking tot een forensic image merkt de Raad het volgende op. Het toegankelijk maken van de computerbestanden geschiedt door middel van een grotendeels geautomatiseerd proces bij de NMa. Dit proces is technisch van aard en kan in voorkomende gevallen weken in beslag nemen. Als het totale technische proces bij de onderneming zelf zou plaatsvinden, zou daarmee meer tijd gemoeid zijn, omdat de bij de NMa aanwezige benodigde apparatuur naar de bedrijfslocatie moet worden verplaatst met alle mogelijke technische complicaties van dien. Bovendien zou de bedrijfsvoering van de onderneming worden ontregeld, terwijl de onderneming weinig tot geen belang heeft bij onderzoek ter plaatse, aangezien het een grotendeels geautomatiseerd proces betreft. Een onderzoek ter plaatse is dan ook een veel verstrekkender middel dan de door de NMa gehanteerde werkwijze.
76. Zoals gezegd stuit verplaatsing van het onderzoeksproces naar de bedrijfslocatie uit een oogpunt van effectieve uitoefening van het onderzoek op problemen, alleen al omdat de mogelijkheden om te voorkomen dat het technische proces wordt verstoord – bijvoorbeeld door stroomuitval – niet in voldoende mate beschikbaar zijn. Storingsvrij onderzoek is van belang omdat een forensic image een exacte weergave moet zijn van de inhoud van een digitale gegevensdrager, waarmee in een later stadium zo nodig bewezen kan worden dat bestanden die voor het bewijs worden gebruikt, authentiek zijn, d.w.z. dezelfde zijn als de bestanden die ter plaatse zijn aangetroffen. Bedacht moet worden dat zelfs de geringste handeling op de computer, zoals het openen van een document, al een digitale verandering meebrengt. Indien onderzoek wordt verricht zonder dat eerst een forensic image wordt gemaakt, kan later niet worden bewezen dat geen veranderingen zijn aangebracht.
77. Aangezien de fysieke omgeving (het gebouw en diens infrastructuur) van de onderneming niet door de NMa beheerd wordt, zal de ruimte waarin het onderzoek plaatsvindt moeten worden voorzien van voldoende beveiliging om het onderzoek en de (forensische) gegevens te zekeren. Dit betekent dat gedurende het onderzoek de toegang tot de ruimte, de stroomvoorziening en de fysieke toestand van de omgeving 24 uur per dag moet worden beveiligd en gecontroleerd. Het verzegelen van de kamer is niet voldoende.

78. De Raad handhaaft zijn uiteenzetting zoals neergelegd in het aangehaalde besluit inzake GTI dat de inzage- en kopieerbevoegdheid wordt beheerst door het Nederlands recht en niet is gebonden aan de wijze waarop de Europese Commissie onderzoek uitvoert. De bescherming van vertrouwelijke gegevens is er niet minder om, zoals uit het volgende moge blijken.
79. Waar het gaat om de wijze waarop de forensic images ten kantore van de NMa zijn onderzocht, merkt de Raad allereerst op dat, anders dan partijen stellen, niet hoeft te worden gevreesd dat de NMa-ambtenaren in afwezigheid van de ondernemingen geprivilegieerde documenten inzien. De Werkwijze (punt 5) voorziet erin dat de bestanden op een forensic image eerst toegankelijk worden gemaakt en geïndexeerd, waardoor de bestanden geschikt worden voor gericht onderzoek. Tijdens deze technische voorbereidende werkzaamheden worden bepaalde bestanden verwijderd, zoals niet (meer) leesbare bestanden; er wordt in geen geval inhoudelijk onderzoek verricht en er worden geen documenten geopend.
80. Vervolgens wordt – overeenkomstig punt 5 van de Werkwijze - aan de onderneming een (digitaal) overzicht verstrekt met alle bestandsnamen, indien de onderneming heeft aangegeven bij de eerste zoeksessie aanwezig te willen zijn. Aan de hand hiervan kan de onderneming aangeven welke bestanden geprivilegieerde gegevens of privé gegevens bevatten. De onderneming kan daartoe ook een lijst met concrete zoektermen bij de NMa aanleveren. De onderneming wordt uitgenodigd aanwezig te zijn bij het verwijderen van de geprivilegieerde gegevens of privé gegevens (de “eerste onderzoekssessie”). Na het verwijderen worden de onderzoeksdata opnieuw geïndexeerd, zodat is gegarandeerd dat de verwijderde data geen deel meer uitmaken van de onderzoeksdata.
81. Na deze eerste onderzoekssessie volgt een tweede waarbij in de resterende bestanden wordt gezocht door middel van een lijst met zoektermen. Ook daarbij kan - blijkens punt 5 van de Werkwijze - de onderneming aanwezig zijn, zodat de onderneming kan zien welke zoektermen worden ingevoerd en krijgt de onderneming een afschrift van de lijst met zoektermen. De onderneming krijgt evenwel geen inzage in de zoekresultaten. De Raad meent dat dat laatste, gelet op de rechten van de verdediging, ook niet nodig is; voldoende is dat de onderneming in dat stadium van het onderzoek kan controleren welke zoektermen worden ingevoerd en aldus kan beoordelen of het onderzoek gericht verloopt en niet verder gaat dan het medegedeelde doel en voorwerp van het onderzoek rechtvaardigt. Met het uitbrengen van een rapport ontvangt de onderneming een inventarislijst met de stukken die deel uitmaken van het dossier. Dat zijn in ieder geval de stukken die van belang zijn voor de bewezenverklaring, waaronder in het algemeen

ook stukken die door middel van de zoektermen zijn gevonden (zie voor de toegang tot het dossier hierna onder Beoordeling volledigheid dossier). Overigens is de onderneming in staat zelf de onderzoeksresultaten te reproduceren. Aan de onderneming is immers een digitaal overzicht verstrekt met alle bestandsnamen, indien de onderneming zelf heeft aangegeven bij de zoeksessie te zullen zijn, terwijl aan de ondernemingen tevens is medegedeeld met behulp van welke software de NMa het onderzoek van de forensic image uitvoert. Ook kan de onderneming beschikken over een lijst met zoektermen. Met een en ander voldoet de NMa volledig aan de voorwaarden die de voorzieningenrechter te Den Haag heeft geformuleerd in het door partijen aangehaalde vonnis.⁶⁹

Eindconclusie

82. De Raad is van oordeel dat de zienswijze van partijen in verband met het onderzoek ongegrond zijn. In ieder geval doen ze geen afbreuk aan de mogelijkheid een overtreding vast te stellen en een boete op te leggen.

3.1.3 Dossier

Volledigheid dossier, zienswijze

83. Partijen stellen dat de NMa slechts, of met name, belastende documenten opneemt in het inzagedossier; het dossier is een eigen selectie van de NMa. De d-g NMa zou echter ook stukken ter inzage moeten leggen die hij wellicht niet relevant acht, zodat partijen kunnen bepalen of de desbetreffende stukken voor de verdediging van belang zijn. Door het verzoek daartoe van partijen niet te honoreren heeft de d-g NMa in strijd gehandeld met artikel 6 EVRM en het daarin vastgelegde beginsel van “equality of arms”.

Beoordeling

84. Blijkens artikel 60, tweede lid Mw, dient het dossier de op de zaak betrekking hebbende stukken te omvatten. Welke stukken dat zijn, is het resultaat van een proces waarbij tegelijk met het onderzoek van een zaak het dossier wordt opgebouwd. Vanaf het moment dat een concrete zaak op basis van aanwijzingen en prioritering wordt geselecteerd, wordt een afzonderlijk dossier met een (nieuw) intern archiefnummer gevormd.⁷⁰

⁶⁹ Vonnis van 9 april 2003 in de zaak Van Hattum-Blankevoort, KG 03/342, M&M 2003 / 5.

⁷⁰ Het feit dat een document een nummer heeft, wil niet zeggen dat dat nummer een zaak in de hier bedoelde zin representeert. Ieder gearchiveerd stuk heeft binnen de NMa een nummer (het zo genoemde Prisma-nummer) en de nummering is primair een administratieve aangelegenheid, geen beleidskeuze.

85. Indien bijvoorbeeld een bedrijfsbezoek voor het bewijs in een zaak relevant materiaal oplevert, wordt van dat bezoek een verslag van ambtshandelingen gemaakt en aan het dossier van die zaak toegevoegd. Het kan dan later deel uitmaken van de ter inzage gelegde stukken, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de herkomst van het materiaal. Zo ook wordt het onderzoek aan de forensic images gedocumenteerd en worden de bij het onderzoek geopende, voor het bewijs gebruikte bestanden toegevoegd aan het dossier. Meer in het algemeen wordt ieder bewijsmiddel in het dossier opgenomen alsmede ieder document waaruit de wijze van verkrijging blijkt.
86. Daarnaast ligt het, waar het gaat om eventueel ontlastend materiaal, voor de hand dat dergelijk materiaal veeleer kan worden gevonden bij partijen zelf dan in NMa-dossiers. Meer in het algemeen hebben de partijen als comparatief voordeel dat zij inzage hebben in al hun eigen stukken, terwijl de NMa slechts beschikt over bij een bedrijfsbezoek verkregen uitsneden daaruit. De partijen zijn daarom bij uitstek zelf in staat ontlastend materiaal te ontdekken en zij hebben het volle recht dat materiaal in de procedure in te brengen. Evenzo zijn partijen bekend met personen die als getuige uitsluitel kunnen geven over de vermoede betrokkenheid van de onderneming bij de in het geding zijnde gedragingen.
87. Aldus hebben de betrokken partijen inzicht in de totstandkoming van “de zaak” en van het dossier met alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Voorts hebben zij afzonderlijk of tezamen overzicht over respectievelijk kennis van meer potentieel bewijsmateriaal dan het door de NMa verworven materiaal. Er is in ieder geval geen sprake van het onttrekken van relevant materiaal aan het dossier. Daarbij geldt bovendien dat de NMa steeds kopieën maakt van de gegevens/documenten die zij bij een onderneming aantreft. Ondernemingen blijven steeds zelf over de betrokken originelen beschikken.

Inzage, zienswijze

88. Partijen voeren aan dat ingevolge artikel 60, tweede lid Mw alle op de zaak betrekking hebbende stukken volledig ter inzage dienen te worden gelegd. Zij hebben niet de mogelijkheid gehad om al die stukken (volledig) in te zien, omdat de d-g NMa een groot aantal stukken van het inzagedossier als vertrouwelijk heeft aangemerkt. Een punitieve sanctie als voorzien in de Mededingingswet mag volgens partijen uitsluitend gebaseerd worden op stukken die belanghebbenden hebben kunnen inzien, terwijl belanghebbenden ook alle anderszins voor (de toetsing van) het besluit relevante stukken moet kunnen inzien. Partijen zijn door de onvolledige inzage beperkt in het oordeel of het dossier stukken décharge bevat. Er is ook geen lijst overgelegd van de stukken die bij het bedrijfsbezoek zijn meegenomen. Weliswaar beschikt een onderneming over een overzicht van haar zelf afkomstige documenten maar de NMa

heeft een groot aantal documenten die afkomstig zijn van andere ondernemingen of uit andere bronnen waarover de onderneming niet beschikt.

Deze asymmetrie van informatievoorziening is naar de mening van partijen in strijd met het al vermelde beginsel van “equality of arms” vastgelegd in artikel 6 EVRM en de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake NEA.⁷¹ Ook verwijzen partijen naar artikel 30 Wetboek van Strafvordering waarin is geregeld dat een verdachte op diens verzoek kennis kan nemen van alle processtukken. Partijen zien niet dat voor een onderzoek op grond van de Mededingingswet een ander regime zou moeten gelden dan op basis van het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv).

89. Voorts stellen partijen dat een groot aantal documenten die wel op de inventarislijst staan vermeld, in het inzagedossier ontbreken zonder dat daarvoor een vertrouwelijkheidsmotivering is gegeven.
90. Tevens menen partijen dat zij onvoldoende inzage hebben verkregen, zodat er sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs en de d-g NMa geen punitieve sanctie zou kunnen opleggen.

Beoordeling

91. Blijkens de memorie van toelichting inzake artikel 60 Mw dienen alle voor de zaak relevante stukken ter inzage te worden gelegd. In onderhavige zaak maken alle op de zaak betrekking hebbende stukken, zoals boven beschreven onder Beoordeling volledigheid dossier, deel uit van het inzagedossier. Artikel 60 Mw dwingt echter niet tot het integraal ter inzage leggen van ieder dossierstuk. Uit artikel 60 Mw juncto artikel 3:11, tweede lid, Awb en het daarin van overeenkomstige toepassing verklaarde artikel 10 Wob, kan of moet de Raad voor bepaalde stukken of gedeelten van stukken het vertrouwelijke karakter laten prevaleren. Ten aanzien van alle als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken is door de NMa de in genoemd artikel vereiste belangenafweging gemaakt. Ook artikel 30 Sv schrijft niet voor dat alle stukken in zijn geheel aan een verdachte worden overgelegd, nog daargelaten dat het Wetboek van Strafvordering in deze niet van toepassing is.
92. De als vertrouwelijk aangemerkte (gedeelten van) stukken kunnen ten aanzien van de partijen die de inhoud van deze informatie niet kennen, niet dienen ter staving van de conclusie dat sprake is van een inbreuk op de Mededingingswet. Dat is in dit besluit ook niet gebeurd. Er is geen sprake van strijd met artikel 6 EVRM en het daarin neergelegde beginsel van equality of arms.⁷²

⁷¹ Rechtbank Rotterdam 26 november 2002, MEDED 00/1002-SIMO.

⁷² Vgl. zaak EHRM 6 april 1995, nr. 23231/94 (Mulders).

93. De verwijzing door partijen naar de aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam inzake NEA treft geen doel. Partijen hebben inzage gehad in alle op de zaak betrekking hebbende stukken op basis waarvan de Raad heeft geconcludeerd omtrent de feiten en omstandigheden (de bewezenverklaring). Overigens heeft de door de rechtbank in de aangehaalde uitspraak bedoelde toegang tot het dossier primair betrekking op de rechterlijke fase van beroep. Voorts hebben partijen de gelegenheid gehad om (ontlastende) stukken aan het dossier toe te voegen.

Vertrouwelijkheid, zienswijze

94. Mebin en BEFU stellen dat de d-g NMa in strijd met een eerdere schriftelijke toezegging vertrouwelijke gegevens openbaar heeft gemaakt. De gegevens betreffen de de IT-infrastructuur van Mebin alsmede de omzet van Mebin en BEFU in 2001 en eerdere jaren als mede. Als reden noemde de NMa het ontbreken van actualiteitswaarde.
95. BEFU klaagt erover dat de NMa haar geen termijn van 7 dagen heeft gegund om bezwaar te maken tegen de openbaarmaking.

Beoordeling

96. In het kader van eerder vermelde functiescheiding draagt de Juridische Dienst van de NMa zorg voor de inzageprocedure. Tot die zorg behoort het beslissen over de vertrouwelijkheid (van gegevens) in het kader van de wettelijk geregelde terinzagelegging voor belanghebbenden; verzoeken om vertrouwelijke behandeling worden daarbij getoetst aan artikel 10 Wob.⁷³ Dat neemt niet weg dat eerder al, in het kader van het opstellen van het rapport, door onderzoeksambtenaren vragen worden gesteld over het vertrouwelijk karakter van gegevens. Reeds het toezenden van het rapport aan meerdere partijen kan immers meebrengen dat eventuele vertrouwelijke gegevens in het rapport bekend worden aan partijen waarvan die gegevens niet afkomstig zijn. Deze onderzoeksambtenaren kunnen evenwel geen bindende beslissingen nemen over de vertrouwelijkheid in het kader van de latere terinzagelegging. Daarvoor geldt het toepasselijke wettelijk kader. In die beperkte zin moeten de door partijen bedoelde toezeggingen worden begrepen.
97. In gevallen, waarin aannemelijk is dat met de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens een groot en actueel belang gemoeid is en de NMa besloten heeft de gevraagde vertrouwelijke behandeling te weigeren, wordt de betrokken partij vooraf geïnformeerd

⁷³ Artikel 10 Wob is, zoals al eerder opgemerkt, via artikel 60 Mw en artikel 3:11, tweede lid, Awb van overeenkomstige toepassing.

over de terinzagelegging. Die partij kan zich dan zo nodig tot de voorzieningenrechter wenden. In casu bleek niet van een zodanig groot belang.

98. Aan vertrouwelijke behandeling van omzetgegevens komt naar het oordeel van de Raad in het algemeen geen of nauwelijks belang toe, indien het gaat om omzet die één jaar of langer geleden is gemaakt. Mebin en Befu hebben ook niet specifiek beargumenteerd waarom in dit geval daaraan wel een doorslaggevend belang toekomt. Bovendien ging het in casu om omzet die rond drie jaar eerder was gerealiseerd. De Raad concludeert daarom dat het belang bij vertrouwelijke behandeling van de in het geding zijnde omzetcijfers in ieder geval minder zwaar weegt dan het belang van transparante en controleerbare besluitvorming door een orgaan van openbaar bestuur.

Eindconclusie

99. De Raad concludeert dat de zienswijzen van partijen in verband met het dossier ongegrond zijn. In ieder geval gaven ze geen aanleiding de procedure te onderbreken of beëindigen dan wel af te zien van beboeting.

3.2 Feitelijk

3.2.1 Aanwezigheid op de najaarsbijeenkomsten

Geloofwaardigheid en juistheid bewijs, zienswijze

100. Mebin, De Lek, Papendrecht en GBC trekken ten principale de geloofwaardigheid en de juiste weergave c.q. nauwkeurigheid van, in het bijzonder de door de (voormalig) (bedrijfs-) directeuren van De Lek, Van Nieuwpoort Betonmortel en Gorkum, afgelegde verklaringen in twijfel. Zij menen ten eerste dat de verklaringen zijn 'gestuurd' door de verhorende NMA-ambtenaren en voorts dat de afgelegde verklaringen niet nauwkeurig zijn weergegeven. Mebin stelt dat ten aanzien van de verklaring van [vertr] een vergelijking van de zakelijke verklaring met de woordelijk uitgetypte verklaring aantoont dat de zakelijke verklaring onzorgvuldig en onjuist is weergegeven. Uit de woordelijke verklaring zou namelijk, in tegenstelling tot de zakelijke verklaring, duidelijk blijken dat [vertr] niet uit zichzelf de namen van de aanwezigen op de najaarsbijeenkomsten heeft genoemd.

Beoordeling

101. Dat aan de directeuren van De Lek, Van Nieuwpoort Betonmortel en Gorkum, behalve open vragen ook gesloten vragen zijn gesteld of dat het stellen van vragen is geschied aan de hand van documenten, zoals de faxen met genodigden voor de najaarsbijeenkomsten van 1999 en 2001, wordt naar het oordeel van de Raad door

genoemde betrokken partijen ten onrechte aangeduid als het 'sturen' van verklaringen. De verklaringen zijn in vrijheid afgelegd, terwijl de directeurs van Van Nieuwpoort Betonmortel en Gorkum bovendien van de mogelijkheid gebruik hebben gemaakt zich bij het afleggen van hun verklaringen te laten bijstaan door hun raadslieden. Noch in deze gevallen, noch in zijn algemeenheid valt in te zien dat het stellen van de vraag of een bepaald persoon op een najaarsbijeenkomst is geweest, al dan niet aan de hand van een lijst met genodigden met betrekking tot een bepaalde najaarsbijeenkomst, de gehoorde zou bewegen al dan niet met opzet in strijd met de waarheid te verklaren en/of te bevestigen dat de genoemde personen bij de najaarsbijeenkomst aanwezig zijn geweest.

102. Bovendien zijn de afgelegde verklaringen in zakelijk weergegeven verslagen opgenomen en ter lezing en controle voorgelegd aan degene die de desbetreffende verklaringen heeft afgelegd. Hierbij bestaat de mogelijkheid om in het geval van onduidelijkheden om aanpassing van het verslag te vragen. Na in de op schrift gestelde verklaringen te hebben volhard hebben betrokkenen de verklaringen ondertekend. Met deze procedure is de zorgvuldigheid waarmee de NMa-ambtenaren verklaringen afnemen en deze verklaringen weergeven gewaarborgd.
103. Gelet hierop ziet de Raad niet in dat de verklaringen zijn gestuurd, dat de aan de hand daarvan opgemaakte verslagen van ambtshandelingen een onjuiste weergave en/of een onnauwkeurige weergave van het horen zouden vormen dan wel anderszins onjuist zouden zijn. De zakelijk weergegeven verklaringen zijn op een zorgvuldige en juiste wijze totstandgekomen en weergegeven. Gelet op al het voorgaande kan de Raad deze verklaringen als uitgangspunt nemen.⁷⁴
104. Ten aanzien van de verklaring van [vertr] merkt de Raad daarnaast het volgende op. [vertr] heeft geweigerd om de zakelijke weergave van zijn verklaring, zoals door de NMa opgesteld, te tekenen. Derhalve is in dit specifieke geval de door hem afgelegde verklaring woordelijk uitgetypt. De zakelijke en de woordelijk weergegeven verklaringen van [vertr] vormen een volledige weergave van de afgelegde verklaring. [vertr] heeft in zijn verklaring bevestigd dat bepaalde personen bij de najaarsbijeenkomsten aanwezig zijn geweest. Dat [vertr] de namen van deze personen niet met zoveel woorden heeft genoemd, betekent niet dat aan de verklaring van [vertr] geen enkele waarde meer kan worden toegekend. Omstandigheden die daarop zouden kunnen wijzen zijn gesteld noch gebleken.

⁷⁴ Zie de uitspraak van de RvST van 31 oktober 2001 inzake nr. 200004449/1, AB 2003/44 en die van de CRvB van 16 mei 2001 inzake nrs 99/2681, WW 99/2682 en WW 99/2684, RSV 2001/196.

Aanwezigheid van BHU vof, Transportbeton Diemen, Mebin, Gorkum, De Lek, Papendrecht, GBC en Van der Velden op een of meerdere najaarsbijeenkomsten

105. BHU vof en Ballast Nedam betwisten de aanwezigheid van BHU vof op de najaarsbijeenkomsten van 1998 en 2000. Beide geven aan dat onvoldoende bewijs voorhanden is om aan te tonen dat [vertr] op die najaarsbijeenkomsten was. Onder verwijzing naar diens verklaring voert BHU vof aan dat [vertr] zich slechts kan herinneren een keer of drie bij de najaarsbijeenkomsten te zijn geweest en niet meer precies te weten of hij er tijdens de bijeenkomsten in 1998 en 2000 was. Voor wat betreft de najaarsbijeenkomsten van 1998, 1999 en 2000 merkt BHU vof bovendien op dat [vertr] als directeur van Transportbeton Diemen, één van de twee vennoten van BHU vof, niet bevoegd is om haar te vertegenwoordigen tijdens de najaarsbijeenkomsten. Voor wat betreft de najaarsbijeenkomst van 2001 betwist BHU vof dat de directeur van Hanson in de plaats van [vertr] naar de najaarsbijeenkomst van 2001 is gegaan als vertegenwoordiger van BHU vof. Zijn aanwezigheid was louter vanwege het onderhouden van sociale contacten met branchegenoten en zonder voorafgaand overleg met [vertr].
106. Transportbeton Diemen ontkent, uitgaande van de schriftelijke verklaring van [vertr] aanwezig te zijn geweest in 1998, 1999, 2000 en 2001. Transportbeton Diemen stelt dat zij op de najaarsbijeenkomst in 2001 niet werd vertegenwoordigd door de directeur van Hanson, zoals voormalig directeur [vertr] heeft verklaard. Voorts brengt Transportbeton Diemen naar voren dat de voormalig directeur [vertr] tijdens de bijeenkomsten waar hij wel aanwezig was BHU vof vertegenwoordigde en niet Transportbeton Diemen.
107. Mebin ontkent op de vier najaarsbijeenkomsten aanwezig te zijn geweest niettegenstaande het feit dat zij zowel voor die in 1999 als 2001 per fax is uitgenodigd. Mebin stelt dat die uitnodigingen niet aantonen dat zij daar geweest is. Evenmin tonen, volgens Mebin, de tijdens de regiobijeenkomsten van 1999 en 2001 door De Lek aangetekende prijsverhogingen van Mebin aan dat Mebin toen aanwezig is geweest.
108. Gorkum betwist, met betrekking tot de regiobijeenkomst uit 2001, dat haar directeur aanwezig is geweest. Hiertoe voert Gorkum met name aan dat haar directeur, [vertr], heeft verklaard zich niet te kunnen herinneren toen aanwezig te zijn geweest en dat de bedrijfsdirecteur van GBC heeft verklaard dat [vertr] niet aanwezig was.
109. Volgens De Lek en Gorkum⁷⁵ bewijst de vermelding van betrokken partijen op de uitnodigingen voor de najaarsbijeenkomsten van 1999 en 2001 niet dat deze ook daadwerkelijk de najaarsbijeenkomsten van 1998 en 2000 hebben bijgewoond. De Lek en Gorkum voeren aan dat de aanwezigheid op een of meer van deze bijeenkomsten niet

⁷⁵ Gorkum erkent bij de najaarsbijeenkomst van 15 november 1999 te zijn geweest. Zie 2112/354 onder rn. 13.

aantoon dat ook aan de andere bijeenkomsten is deelgenomen. In dat verband voert Gorkum nog aan dat met de algemene verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel dat betonmortelcentrales uit de regio aan het eind van ieder jaar bijeenkwamen, niet het bewijs geleverd is voor haar aanwezigheid in 1998 en 2000.

110. In zijn algemeenheid voert De Lek in dit verband aan dat de mondelinge verklaringen waarop de NMa zich zou beroepen enkel betrekking hebben op de najaarsbijeenkomsten van 1999 en 2001 en dat er onvoldoende bewijs is voor de aanwezigheid van ieder der betrokken partijen tijdens alle vier de najaarsbijeenkomsten. De Lek vindt bovendien dat de twee faxen met genodigden, de verwijzingen naar de najaarsbijeenkomsten in de agenda's van de directeur van De Lek en enkele algemene verklaringen dat er jaarlijks bijeenkomsten waren, geen of onvoldoende bewijs vormen voor de aanwezigheid van ieder der betrokken partijen bij elk van de najaarsbijeenkomsten. Volgens De Lek maakt de NMa aan de hand van de 2 faxen met genodigden een ongeoorloofde extrapolatie vanuit het voorhanden bewijs en is er derhalve geen sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging van 1998 tot en met 2002.
111. Papendrecht en GBC betwisten hun aanwezigheid op de najaarsbijeenkomsten in 1998, 1999 en 2000 en stellen dat daarvoor onvoldoende bewijs is. Zij voeren aan dat de afgelegde verklaringen, in het bijzonder die van de directeurs van De Lek en Van Nieuwpoort Betonmortel, dit bewijs niet leveren.
112. Van der Velden geeft aan dat haar bedrijfsdirecteur in 2001 weliswaar aanwezig was, maar dat hij op de bijeenkomst aanwezig was uit hoofde van zijn functie als bedrijfsdirecteur van Papendrecht.

Beoordeling

113. Zoals hiervoor reeds in randnummers 20 tot en met 26 uiteen is gezet vinden van oudsher najaarsbijeenkomsten plaats waar betrokken partijen jaarlijks bijeenkomen. Voor zover hier van belang hebben deze bijeenkomsten op 5 november 1998, 15 november 1999, 7 november 2000 en 30 oktober 2001 plaatsgevonden.
114. Zoals reeds in randnummers 31 tot en met 45 is vastgesteld hebben Befu, Van Nieuwpoort Betonmortel, Gorkum, De Lek en [vertr] de najaarsbijeenkomst in 1999 bijgewoond en Befu, Van Nieuwpoort Betonmortel, Hanson, De Lek, GBC, Papendrecht, [vertr] en [vertr] de najaarsbijeenkomst in 2001.
115. Papendrecht, GBC en Mebin betwisten hun aanwezigheid op de najaarsbijeenkomst in 1999. Evenwel heeft de directeur van De Lek verklaard aan de hand van door hem gemaakte aantekeningen op de uitnodiging voor die najaarsbijeenkomst dat naast Befu,

De Lek en Gorkum aanwezig waren: Mebin, Papendrecht en GBC.⁷⁶ Ook de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel heeft verklaard dat deze betrokken partijen toen aanwezig waren.⁷⁷ Gelet hierop acht de Raad de aanwezigheid van Mebin, Papendrecht en GBC op de najaarsbijeenkomst in 1999 een gegeven.

116. Verder overweegt de Raad dat vaststaat dat [vertr] in 1999 directeur was van Transportbeton Diemen. Het is niet aannemelijk dat [vertr] Transportbeton Diemen op de najaarsbijeenkomst niet zou vertegenwoordigen maar slechts als vertegenwoordiger van BHU vof zou optreden. Ten aanzien van het feit dat [vertr] als directeur van één van de twee vennoten van BHU vof, niet bevoegd zou zijn BHU vof te vertegenwoordigen tijdens de najaarsbijeenkomsten overweegt de Raad dat dit vermeende bevoegdheidsgebrek niets afdoet aan zijn aanwezigheid. Voor deelname aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen is het voldoende als de bijdrage van een vertegenwoordiger van een onderneming louter bestaat uit het ontvangen van inlichtingen. Het is niet waarschijnlijk dat de directeur voor Transportbeton Diemen prijsinformatie heeft ontvangen, maar deze informatie niet voor BHU vof heeft ontvangen dan wel tevens ten behoeve van BHU vof heeft benut. Ditzelfde geldt voor van [vertr], die op de najaarsbijeenkomst van 2001 aanwezig was. Aangenomen mag worden dat hij gezien het feit dat hij directeur was van een van de vennoten van BHU vof, ook rekening hield met de op de bijeenkomst ontvangen informatie bij daaropvolgend optreden voor BHU vof. Verder acht de Raad het op basis van de verklaring van [vertr] aannemelijk dat [vertr] Transportbeton Diemen op de najaarsbijeenkomst in 2001 heeft vertegenwoordigd. [vertr] verklaart: “ Op 30 oktober 2001, 16.00 uur, ben ik in ieder geval niet geweest. [vertr]⁷⁸ heeft het toen van mij overgenomen.”⁷⁹ Het is bij het verwezenlijken van afstemming goed mogelijk dat een partij optreedt voor andere partijen. Zeker gezien het feit dat beide in 2001 directeur zijn van een van de vennoten van BHU vof is het denkbaar dat de een voor de ander waarnam bij eventuele afwezigheid op een najaarsbijeenkomst. Gelet op het voorgaande acht de Raad de aanwezigheid van Transportbeton Diemen en BHU vof op de najaarsbijeenkomsten in 1999 en 2001 een gegeven.

117. Mebin, Gorkum, Van der Velden betwisten hun aanwezigheid op de najaarsbijeenkomst van 2001. De Raad kan partijen hierin niet volgen.

⁷⁶ Zie 2112/67, verklaring van de directeurs van De Lek, blz. 3.

⁷⁷ Zie 2112/223, verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel, blz. 1. Zie ook de mondelinge weergave van de afgelegde verklaring, blz. 3 en 4.

⁷⁸ [vertr] is directeur van Hanson.

⁷⁹ Zie 2112/241, verklaring van de directeur van Transportbeton Diemen, blz. 1.

118. Uit de aantekeningen van de directeur van De Lek op de aan hem gerichte fax van 11 oktober 2001 ter uitnodiging voor de najaarsbijeenkomst blijkt dat Gorkum aanwezig was.⁸⁰ Weliswaar verklaart [vertr], bedrijfsdirecteur van GBC, Papendrecht en Van der Velden in eerste instantie dat Gorkum niet op de najaarsbijeenkomst van 2001 aanwezig was, maar later stelt hij uitdrukkelijk dat alle genodigden, behalve [vertr] van Mebin, wel aanwezig waren.⁸¹ Dat de directeur van Gorkum zich niet kan herinneren aanwezig te zijn geweest doet hieraan niet af. De Raad ziet dan ook, in aanmerking genomen dat de Raad niet is gebleken dat deze verklaring geen juiste weergave van de daarin vermelde feiten vormt, geen reden om aan te nemen dat de directeur van Gorkum tijdens de najaarsbijeenkomst van 2001 niet aanwezig is geweest. Gelet hierop acht de Raad de aanwezigheid van Gorkum op de najaarsbijeenkomst van 2001 een gegeven.
119. Wat betreft het jaar 2001 blijkt dat de directeur van De Lek in zijn aantekeningen heeft aangegeven dat [vertr] van Mebin niet aanwezig is geweest.⁸² Ook de bedrijfsdirecteur van GBC verklaart dat alle op de fax vermelde genodigden aanwezig waren behalve [vertr] van Mebin.⁸³ Evenwel kan hieruit naar het oordeel van de Raad niet worden afgeleid dat Mebin zich op deze najaarsbijeenkomst niet heeft laten vertegenwoordigen, reeds omdat de directeur van De Lek, zoals hiervoor is gebleken, de prijsstijging van Mebin heeft genoteerd. Gelet hierop acht de Raad voldoende aannemelijk dat Mebin zich heeft laten vertegenwoordigen op de najaarsbijeenkomst van 2001. Indien Mebin niet op deze bijeenkomst vertegenwoordigd is geweest, hetgeen de Raad gelet op de aantekeningen juist op de uitnodiging voor die bijeenkomst niet aannemelijk acht, dan duiden deze aantekeningen toch op onderling contact tussen in ieder geval De Lek en Mebin.
120. Bij zijn vaststelling dat Mebin op de najaarsbijeenkomst in 1999 en 2001 was vertegenwoordigd, heeft de Raad voorts meegewogen dat Mebin haar ontkenning ook niet heeft onderbouwd met enige aanwijzingen of bewijzen die de bewering van Mebin kunnen ondersteunen, bijvoorbeeld berichten van verhindering of mededelingen dat Mebin niet aanwezig wilde zijn of uitnodigingen niet op prijs stelde. Gelet op het voorgaande is de Raad van oordeel dat hij de na aanvang van deze procedure in een notariële verklaring vastgelegde blote ontkenning van haar aanwezigheid kan passeren.
121. Wat betreft het feit dat de bedrijfsdirecteur, [vertr], van Van der Velden (en GBC en Papendrecht) op de najaarsbijeenkomst van 2001 namens Van der Velden niet aanwezig

⁸⁰ Zie 2112/55 en 2112/67, verklaring van de directeurs van De Lek, blz. 3.

⁸¹ Zie 2112219, verklaring van de bedrijfsdirecteur van GBC, Papendrecht en Van der Velden, p. 1-2.

⁸² Zie 2112/67, verklaring van de directeurs van De Lek, blz. 1.

⁸³ Zie 2112/219, verklaring van de directeur van GBC, blz. 1.

zou zijn geweest, wordt het volgende opgemerkt. Het is niet aannemelijk dat een bedrijfsdirecteur, zoals [vertr], een dergelijke functie ook bij andere betrokken partijen vervult, maar op de najaarsbijeenkomst slechts twee van de betrokken partijen vertegenwoordigt. Wat daar verder ook van zij, voor deelname aan onderling afgestemde feitelijke gedraging is, zoals gezegd, voldoende als de bijdrage van een vertegenwoordiger van een onderneming louter bestaat uit het ontvangen van inlichtingen. Het is niet waarschijnlijk dat de directeur voor een van zijn ondernemingen prijsinformatie heeft ontvangen, maar deze informatie niet voor de andere ondernemingen zou hebben ontvangen. Het is niet aannemelijk dat de directeur de ontvangen prijsinformatie plotseling is “vergeten”, wanneer hij beslissingen moet nemen voor de ondernemingen die hij niet zou hebben vertegenwoordigd op de bijeenkomst. Gelet hierop acht de Raad de aanwezigheid van betonmortelcentrale Van der Velden op de najaarsbijeenkomst van 2001 een gegeven.

122. Tevens acht de Raad op basis van het dossier en het verhandelde ter hoorzitting voldoende aannemelijk dat betrokken partijen ook de najaarsbijeenkomsten van 1998 en 2000 hebben bijgewoond.⁸⁴ Hierbij heeft de Raad het volgende in aanmerking genomen.
123. De afgelegde verklaringen die in het rapport worden genoemd om vast te stellen dat betrokken partijen in de periode 1998 tot en met 2001 deelnamen aan de najaarsbijeenkomsten, zijn die van de (voormalig) (bedrijfs-)directeuren van Van Nieuwpoort Betonmortel, GBC, De Lek, Gorkum en Transportbeton Diemen.⁸⁵ In randnummers 20 t/m 26 worden deze verklaringen eveneens geciteerd en aangehaald. Duidelijk is dat de citaten uit de verklaringen betrekking hebben op het jaarlijks (van oudsher) bijeenkomen van betrokken partijen tijdens de Regio De Lek vergaderingen/overleggen en niet uitsluitend de najaarsbijeenkomsten van 1999 en 2001 betreffen.
124. De gegeven verklaringen van de directeuren houden (onder meer) in dat de ‘Regio De Lek vergadering’ van oudsher bestaat en dat, aan het eind van ieder jaar, de betonmortelcentrales uit de regio bij elkaar komen. Gelet hierop kan niet worden gesteld, zoals Gorkum, Papendrecht en GBC doen, dat hun aanwezigheid op de najaarsbijeenkomsten in 1998 en 2000 slechts wordt gestoeld op de verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel.
125. Gegeven het feit dat er jaarlijks bijeenkomsten plaatsvonden tussen betrokken partijen is voldoende aannemelijk dat betrokken partijen elkaar ook hebben ontmoet op 5

⁸⁴ Dit geldt niet voor Hanson en Van der Velden wat betreft hun aanwezigheid op de najaarsbijeenkomst in 1998 en 2000.

⁸⁵ De Lek verwijst in haar zienswijze naar de randnummers 54 t/m 68 van het rapport.

november 1998 en 7 november 2000. Dat de NMa daarvoor geen schriftelijke uitnodiging heeft aangetroffen, is te wijten aan het feit dat deze hoogstwaarschijnlijk nooit is opgesteld gelet op de gewoonte elkaar telefonisch uit te nodigen, zoals [vertr] van De Lek heeft verklaard.⁸⁶ Ook is vastgesteld dat geen notulen van de najaarsbijeenkomsten worden opgesteld.⁸⁷ De Raad merkt in dit verband op dat, gelet op het karakter van de bijeenkomsten waarbij sprake was van geheime en verboden gedragingen, relevante feiten vaak alleen door een combinatie van direct en indirect bewijsmateriaal en via logische deductie uit de bewezen feiten worden aangetoond⁸⁸

126. Daarnaast kan op basis van de verklaring van de voormalig directeur van Transportbeton Diemen dat hij een keer of drie op de jaarlijkse Regio De Lek bijeenkomsten aan het eind van het jaar is geweest en dat hij op de bijeenkomst van 30 oktober 2001 in ieder geval niet is geweest, in combinatie met het feit dat hij vanaf 1998 tot en met medio 2002 in functie is geweest als directeur van Transportbeton Diemen, worden aangenomen dat Transportbeton Diemen aanwezig is geweest tijdens de bijeenkomsten op 5 november 1998, 15 november 1999 en 7 november 2000.
127. Ten slotte is de Raad in dit verband van oordeel dat, gelet op het voorgaande, het bezwaar van Mebin, De Lek, en Gorkum dat de uitnodigingsfaxen voor de najaarsbijeenkomst in 1999 respectievelijk 2001 het enige bewijs is voor aanwezigheid bij de najaarsbijeenkomsten geen doel kan treffen.

⁸⁶ Zie randnummer 29.

⁸⁷ Zie randnummer 46.

⁸⁸ Zie HvJEG, 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P en C-219/00P, Cementeries vs Commissie, r.o.55-57 en beschikking van de Commissie van 21 november 2001, Vitaminen, PB 2003 L 6/1, 541 en 542 en beschikking van de Commissie van 13 juli 1994, Karton, PB 1994 L243/1, punt 112.

3.2.2 De op de najaarsbijeenkomsten besproken onderwerpen

Zienswijze

128. Gorkum en De Lek voeren aan dat met de verklaringen van de directeuren van De Lek en Van Nieuwpoort Betonmortel niet aannemelijk is gemaakt dat alle betrokken partijen tijdens de 4 najaarsbijeenkomsten informatie uitwisselden over de voorgenomen prijsverhogingen. De prijzen van betonmortel op de faxen met genodigden leveren daarvoor onvoldoende bewijs aangezien deze aantekeningen slechts 3 of 4 ondernemingen zouden betreffen. Daarenboven staat de juistheid van die aantekeningen ter discussie, aangezien de uitleg van de aantekening 'go geen alg. brief', een aantekening op de uitnodiging per fax van 28 oktober 1999, volgens Gorkum niet met de feiten overeenstemt.
129. Volgens Mebin, De Lek, Papendrecht en GBC kunnen de door De Lek gemaakte prijsaantekeningen op de faxen met betrekking tot de prijsverhogingen van Mebin zich veeleer laten verklaren door het feit dat deze reeds vóór de najaarsbijeenkomst van 1999 zijn aangekondigd dan wel in 2001, via verkopers bekend konden zijn. Ook het transparante karakter van de markt en de bilaterale contacten kunnen ten grondslag liggen aan het bekend zijn van deze prijsverhogingen. De eventuele prijsopgaven hadden dan ook geen toegevoegde waarde, aldus De Lek. Gorkum stelt dat niet duidelijk is waarop de tijdens deze twee najaarsbijeenkomsten gemaakte aantekeningen van de directeur van De Lek zijn gebaseerd.
130. Papendrecht en GBC voeren aan dat hun namen niet voorkomen in de door de directeur van De Lek tijdens de najaarsbijeenkomst van 1999 op de fax gemaakte aantekeningen terzake van de voorgenomen prijsverhogingen en de daarover afgelegde verklaring. Uit wat die aantekeningen wel behelzen volgt, volgens Papendrecht en GBC, niet dat zij toen hebben meegedaan aan de uitwisseling van informatie betreffende voorgenomen prijsverhogingen.
131. Papendrecht, GBC, Van der Velden en Hanson stellen dat hen niets bekend is van enige uitwisseling van prijsinformatie tijdens de najaarsbijeenkomst van 2001 en dat terzake van die najaarsbijeenkomst (en de andere najaarsbijeenkomsten) uit niets blijkt dat zij hebben bekendgemaakt wat hun prijsverhoging voor het aankomende jaar zal zijn. Hanson merkt hierbij op dat haar directeur te laat arriveerde en vroegtijdig vertrok. Ook BHU vof, Transportbeton Diemen en Ballast Nedam wijzen erop dat in het bijzijn van [vertr] op geen van de najaarsbijeenkomsten overleg over prijzen heeft plaatsgevonden. Ten slotte brengt Hanson, onder verwijzing naar het British Sugar-arrest, naar voren dat zij niets geweten heeft van een eventueel mededingingsbeperkend doel van deze

regiobijeenkomst en derhalve ook niet aan de overige deelnemers heeft laten weten voor een ander doel, namelijk kennismaking, aanwezig te zijn.

Beoordeling

132. De directeur van De Lek heeft met betrekking tot hetgeen op de najaarsbijeenkomsten is besproken het volgende verklaard:⁸⁹
- “Tijdens de najaarsbijeenkomsten zijn zaken als betonmortel- en grondstofprijzen en dergelijke over tafel gegaan. Zoals ik al de vorige keer heb gezegd, werd in het mededelingenrondje door de aanwezige vertegenwoordigers van betoncentrales gemeld wat hun aankomende prijsverhoging was. Iedereen noemde bij het mededelingenrondje in algemene termen wat zij voornemens waren en wat zij met de betonmortelprijs van plan waren te gaan doen.”*
133. Ook uit de verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel, [vertr], blijkt dat betrokken partijen tijdens de najaarsbijeenkomsten de prijsstijgingen voor het jaar erop bespraken:⁹⁰
- “Iedereen vertelde daar hoe ze de markt beleefde of hoe het met ze ging om het maar even in zijn algemeenheid te zeggen. Ik vergelijk het toch maar een klein beetje zoals ik een verjaardag begin. Aan het begin vraag je: “Hoe gaat het met je?” En dat deden we daar ook en dan zei iedereen wat zo op die manier. Daar werd ook wel gevraagd: “Wat gaat die prijs omhoog?” (...) “De prijsstijgingen van betonmortel voor het aankomende jaar, die bij de bijeenkomsten aan het einde van het jaar werden besproken, waren dus meer algemene stijgingen die later nog werden aangepast op individueel niveau.” (...) “Ook in de gesprekken tijdens genoemde bijeenkomst in Hotel Mercure zelf hadden wij het niet over basiskwaliteit. Daar werd informatie uitgewisseld over hoeveel elke betonmortelcentrale met de prijs omhoog ging.”*
134. Bovendien staat vast (zie randnummer 47) dat de directeur van De Lek tijdens de najaarsbijeenkomsten van 1999 en 2001 de voorgenomen prijsstijgingen van Mebin, Befu en Cementbouw B.V. heeft genoteerd. Tijdens de najaarsbijeenkomst van 1999 was dat voor Mebin (in de regio Rotterdam) NLG 12,00 en voor Befu NLG 6,00 en tijdens de najaarsbijeenkomst van 2001 was dat NLG 6,15. Deze bedragen komen overeen met de bedragen in de prijsverhogingsbrieven van de desbetreffende betonmortelcentrales en met de bedragen in de prijsverhogingsbrieven van de andere, aanwezige betrokken partijen (zie het schema in randnummer 50). Bovendien is er sprake van uniformiteit in de ná de bijeenkomsten verstuurd aangekondigde prijsverhogingen, zowel in de jaren 1999 en 2001 als in de jaren 1998 en 2000.

⁸⁹ Zie 2112/222, verklaring van de directeur van De Lek, blz. 4.

⁹⁰ Zie 2112/223, verklaring van de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel, blz. 2.

135. Op basis van randnummers 132 tot en met 134 kan de Raad dan ook geen andere conclusie trekken dan dat op de najaarsbijeenkomsten is gesproken over prijsverhogingen voor betonmortel voor het komende jaar. Op deze bijeenkomsten brachten zij elkaar op de hoogte van ieders voorgenomen prijsverhoging. Hetgeen partijen in dit verband naar voren hebben gebracht leidt de Raad niet tot een ander oordeel. Hiertoe overweegt de Raad als volgt.
136. De Raad ziet niet in op welke wijze de juistheid van de aantekeningen ter discussie zouden kunnen staan, alleen al niet vanwege het feit dat de aantekeningen overeenkomen met de werkelijke prijsverhogingen. Bovendien stuurt Gorkum, in tegenstelling tot de andere betrokken partijen, prijsverhogingsbrieven aan een door haar geselecteerde groep 'relaties' met, voor de jaren 1998 en 1999, een extra differentiatie⁹¹. De directeur van De Lek heeft ten aanzien van Gorkum op de fax met genodigden voor de najaarsbijeenkomst van 1999 aangegeven ("go geen alg brief"), dat Gorkum geen algemene prijsverhogingsbrief verstuurt. Deze aantekening is in overeenstemming met de feiten. Dit bevestigt derhalve dat de door de directeur van De Lek tijdens de najaarsbijeenkomst gemaakte aantekeningen juist zijn.
137. Ook acht de Raad niet aannemelijk dat slechts enkele partijen hebben meegedaan aan de uitwisseling van informatie, zoals sommige partijen betogen. Zowel de directeur van De Lek als die van Van Gorkum bevestigen dat prijsstijgingen werden besproken en dat de aanwezigen beurtelings in een mededelingenrondje aangaven wat hun voorgenomen prijsstijgingen waren. Ook is niet aannemelijk dat in een dergelijk klein en select gezelschap, dat jaarlijks bij elkaar komt, sommige partijen geen notie zouden hebben van de onderwerpen die daarop worden besproken. Daarenboven geldt dat, zoals hiervoor is aangegeven, de directeur van Van Nieuwpoort Betonmortel heeft verklaard dat met de uitgewisselde informatie over voorgenomen prijsverhogingen "half Nederland" in kaart kon worden gebracht. Dit duidt erop dat deze prijsinformatie is uitgewisseld tussen meer betrokken partijen dan alleen De Lek, Mebin en Befu. Betrokken partijen waren aanwezig bij deze bijeenkomsten waar, onder meer aan de hand van een mededelingenrondje, voorgenomen prijsverhogingen werden besproken. Hiermee staat vast dat de aanwezigen deze onderling hebben uitgewisseld.
138. Ook de door enkele betrokken partijen gegeven alternatieve verklaringen voor de gemaakte prijsaantekeningen, die op geen enkele wijze met feiten zijn onderbouwd, acht de Raad in het licht van het voorgaande niet aannemelijk.

⁹¹ Zie 2112/354, onder oa. randnummers 44-45 en 54.

139. In dit verband tenslotte kan ten aanzien van de geopperde mogelijkheid dat de door de directeur van De Lek tijdens de najaarsbijeenkomst van 1999 genoteerde prijsverhogingen reeds bekend konden zijn, aangezien die reeds aangekondigd waren door Mebin, het volgende worden overwogen.⁹² De Raad kan een redenering dat het op deze wijze vooraf aankondigen van prijsverhogingen niet tot afstemming van marktgedrag zou leiden, niet volgen. Ook deze wijze van communiceren van prijsinformatie beïnvloedt immers het marktgedrag van de andere partijen. Dit geldt temeer wanneer gekeken wordt naar de verklaring van de voormalig directeur van Transportbeton Diemen, [vertr], die stelt dat Mebin altijd eerst haar prijsverhogingsbrief rondstuurde, op basis waarvan daarna de andere betrokken partijen met hun prijsverhogingen voor het volgende jaar kwamen.
140. Mebins brief met de aankondiging van de prijsverhoging voor 2000 die bij De Lek is aangetroffen, is ongedateerd.⁹³ Aangezien de directeur van De Lek heeft verklaard dat hij de prijsnoteringen heeft gedaan tijdens de najaarsbijeenkomsten, moet het ervoor worden gehouden dat hij de voorgenomen prijsverhogingen ter plaatse heeft vernomen. Het is dus goed mogelijk dat De Lek alsnog, dat wil zeggen ná de regiovergadering van 15 november 1999, de prijsverhogingsbrief van Mebin per fax heeft gekregen. In de tweede plaats heeft de directeur van De Lek behalve de prijsverhoging ad NLG 12,00 voor het jaar 2000 van Mebin, ook de voorgenomen prijsverhoging ad NLG 6,00 van Befu genoteerd tijdens de najaarsvergadering van 1999, terwijl Befu de prijsverhogingsbrieven in 1999 heeft verzonden ná de datum van de najaarsbijeenkomst.⁹⁴

⁹² Alhoewel terzake van de vooraankondiging van Befu uit oktober 2000 dit verweer niet is gevoerd, geldt een vergelijkbare beoordeling. De tijdens het onderzoek aangetroffen prijsverhogingsbrieven dateren van december 2001, derhalve van ná de najaarsvergadering d.d. 7 november 2001 (2112/51: 02112510670679 en 2112/55: 02112553510133). Ook heeft Befu, tijdens het onderzoek, in antwoord op vragen van de NMa, aangegeven dat zij haar prijsaankondigingen in december verzond (2112/112). Overigens ontbreekt bij de door Befu aan haar zienswijze gehechte vooraankondigingsbrief van oktober 2000 de 2^e bladzijde. Als er al (voor)aankondiging door Befu in oktober 2000 is gedaan, dan valt op dat haar prijsverhoging NLG 9,00 is terwijl die van alle andere n NLG 11,25 is, wat duidt op meer dan alleen prijsinformatie-uitwisseling, namelijk ook op afstemming tijdens najaarsbijeenkomst van 2000.

⁹³ Zie 2112/55 (02112553510165). Zie ook het schema in randnummer 49.

⁹⁴ Zie Befu's antwoord 2 aan de NMa in 2112/112. Bijvoorbeeld de bij De Lek aangetroffen brief van Befu met de aankondiging van de prijsverhoging voor het jaar 2000 is medio december 1999, derhalve ná de regiovergadering van 15 november 1999, ontvangen. Zie 2112/55 (02112553510167).

3.2.3 Prijsverhogingsbrieven

Zienswijze

141. Betrokken partijen, op Van Nieuwpoort Betonmortel na, die noch prijsverhogingsbrieven heeft verstuurd noch heeft ontvangen, ontkennen niet dat zij elkaar over en weer prijsverhogingsbrieven hebben toegezonden en/of van elkaar hebben ontvangen. Evenwel ontkennen enkele betrokken partijen daarmee elkaars marktgedrag te hebben beïnvloed. Zo geeft Mebin aan de hand van een aantal voorbeelden aan dat zij haar prijsverhogingen eerder zou hebben vastgesteld dan de andere betrokken partijen en dat zij daarmee zelfstandig haar prijsgedrag heeft bepaald. Voor één jaar geldt zelfs dat zij haar prijsverhogingen reeds vóór de najaarsbijeenkomsten per brief aan alle afnemers c.q. relaties heeft aangekondigd.
142. Gorkum stelt dat zij prijsverhogingsbrieven aan haar 'relaties' stuurt. Tot deze relaties behoren regelmatige afnemers, echter geen betonmortelcentrales, aangezien deze slechts af en toe betonmortel afnemen.

Beoordeling

143. Vast staat dat betrokken partijen niet alleen op de najaarsbijeenkomsten elkaar in kennis hebben gesteld van ieders voorgenomen prijswijzigingen, maar dat zij ook, op Van Nieuwpoort Betonmortel na, elkaar ook via zogeheten prijsverhogingsbrieven op de hoogte hielden van elkaars prijswijzigingen. In deze brieven, die aan alle afnemers c.q. relaties gezonden werden, kondigden zij de prijsverhoging voor het komende jaar aan.
144. Dat deze prijsverhogingsbrieven van invloed waren op de hoogte van de prijzen van concurrenten blijkt uit de verklaring van de directeur van Hanson waaruit blijkt dat hij eind 2000 bij het bepalen van zijn betonmortelprijs voor 2001 waarschijnlijk de prijzen van andere centrales, die zij aan hem toestuurd, als uitgangspunt heeft genomen. Aan de hand daarvan kon hij dan zijn eigen prijs bepalen.⁹⁵
145. Mede gelet hierop hebben betrokken partijen naar het oordeel van de Raad, op Van Nieuwpoort Betonmortel na, door middel van prijsverhogingsbrieven elkaar ook in kennis gesteld en/of kennis genomen van ieders voorgenomen prijswijzigingen en zodoende elkaars prijsgedrag beïnvloed. Verder heeft de Raad hierbij nog het volgende in aanmerking genomen.

⁹⁵ Zie 2112/221, verklaring van de directeur van Hanson, blz. 2.

146. Het enkele feit dat Mebin, alvorens haar prijsverhoging kenbaar te maken op de jaarlijkse bijeenkomst en/of via een prijsverhogingsbrief, eerst zelf bepaalt hoeveel zij haar prijs wil verhogen, betekent niet dat zij niet heeft deelgenomen aan het onderling uitwisselen van elkaars prijswijzigingen op de jaarlijkse bijeenkomsten en/of via de prijsverhogingsbrieven. Hetzelfde geldt voor de bewering dat Mebin haar prijsverhogingsbrieven vóór die van de andere betrokken partijen heeft verzonden aan afnemers c.q. relaties.
147. Zo heeft Mebin in 1999 haar prijsverhogingsbrieven aan afnemers c.q. relaties in oktober verzonden. Ook al is dit vóór de najaarsbijeenkomst van 15 november 1999 en vóór de prijsaankondigingen van de andere betrokken partijen, dit neemt niet weg dat Mebin heeft deelgenomen aan het onderling uitwisselen van elkaars prijswijzigingen op de jaarlijkse bijeenkomsten en/of via de prijsverhogingsbrieven, aangezien zij bij de najaarsbijeenkomst aanwezig is geweest en zij haar prijsverhogingsbrieven ook aan andere betrokken partijen heeft gezonden (zie schema in randnummer 49).
148. De door Mebin bij haar zienswijze ingebrachte offertes, waarvan zij aangeeft daarin reeds vanaf 12 oktober 2000 aan afnemers haar prijsverhoging te vermelden, betreffen een prijsopgaaf voor individuele gevallen en zijn geen algemene aankondiging aan alle afnemers c.q. relaties aangaande de prijsverhoging voor het volgende jaar.⁹⁶ Dat deze offertes eerder gedaan zijn dan de prijsverhogingsbrieven van de andere betrokken partijen, toont niet aan dat Mebin niet heeft deelgenomen aan het onderling uitwisselen van elkaars prijswijzigingen op de jaarlijkse bijeenkomsten en/of via de prijsverhogingsbrieven. Daarbij komt dat het moment waarop Mebin haar algemene prijsverhogingsaankondiging verrichtte, rond 23 november 2000 was, derhalve ruimschoots twee weken na de najaarsbijeenkomst van 7 november 2000.
149. Evenmin kunnen de Notulen Fabriekschefsoverleg d.d. 15 oktober 2001 en de Besluitenlijst Management Team d.d. 22 oktober 2001 tot de conclusie leiden dat Mebin niet heeft deelgenomen aan het onderling uitwisselen van elkaars prijswijzigingen op de jaarlijkse bijeenkomsten en/of via de prijsverhogingsbrieven. Na de najaarsbijeenkomst van 30 oktober 2001 heeft zij de prijsverhogingsbrieven aan afnemers c.q. relaties verzonden.

⁹⁶ Zie ook het antwoord 4 in 2112/108 waarin Mebin schrijft geen 'vooraankondigingen' te doen en alleen in november en december de aankondigingen van de prijsverhogingen te versturen. Bovendien blijkt uit de ingebrachte offertes dat Mebin de desbetreffende afnemers verwittigd van een prijsverhoging in procenten terzake van diverse diensten en producten (oa. zand, cement, stampbeton, gebruik pompmixer). Slechts in één van de ingebrachte offertes wordt een vast bedrag genoemd (NLG 11,25). Deze offerte dateert van 17 november 2000, derhalve 10 dagen na de najaarsbijeenkomst.

150. Ook voor Befu geldt dat de vooraankondigingen die in oktober 2000 zouden zijn verstuurd niet wegnemen dat zij heeft deelgenomen aan het onderling uitwisselen van elkaars prijswijzigingen op de jaarlijkse bijeenkomsten en/of via de prijsverhogingsbrieven, aangezien zij bij de najaarsbijeenkomst van 7 november 2000 aanwezig is geweest en zij haar prijsverhogingsbrieven van december 2000 ook aan andere betrokken partijen heeft gezonden (zie schema in randnummer 49).
151. De stelling dat Gorkum nimmer prijsverhogingsbrieven aan de andere betrokken partijen heeft verzonden, doet er niet aan af dat zij wel dergelijke brieven van de andere betrokken partijen heeft ontvangen.

3.3 Juridisch

3.3.1 Afbakening relevante markt

Zienswijze

152. Een aantal van de betrokken partijen hebben in hun zienswijzen opmerkingen gemaakt over de afbakening van de relevante geografische markt.
153. Zo hebben Hanson en BHU vof in hun zienswijzen aangevoerd dat concurrentie tussen betrokken partijen slechts mogelijk is in de overlap van de actieradius rondom c.q. de leveringsgebieden van de betonmortelcentrales van betrokken partijen. Bovendien stelt De Lek dat de omschrijving van de geografische markt in het rapport te vaag zou zijn gezien het kartelverbod van artikel 6 Mw dat alleen ziet op merkbare mededingingsbeperkingen, waardoor een nauwkeuriger marktomschrijving vereist is.⁹⁷

Beoordeling

154. Blijkens het rapport opereren betrokken partijen alle op dezelfde geografische markt. Hun leveringsgebied beslaat, aldus het rapport, onder meer uit geheel Zuid-Holland en grote delen van de provincie Utrecht. Door partijen is niet weersproken dat zij op deze markt zijn aan te merken als concurrenten.
155. Hoewel op basis van deze informatie kan worden geconcludeerd dat de geografische markt bestaat uit Zuid-Holland en grote delen van de provincie Utrecht, kan de exacte afbakening van de relevante geografische markt in het midden blijven. Indien sprake is van een horizontale afgestemde feitelijke gedraging, welke ertoe strekt de mededinging te beperken, hetgeen hierna in randnummers 165 tot en met 174 en 186 tot en met 191

⁹⁷ De Lek citeert uit het rapport: "onder meer geheel Zuid-Holland en grote delen van de provincie Utrecht".

zal blijken, is een gedetailleerde afbakening van de relevante markt niet vereist.⁹⁸ In het arrest van 12 juli 2001 (Tate & Lyle) is dit door het GvEA nog eens bevestigd.⁹⁹

156. De in dit verband ingebrachte zienswijzen kunnen derhalve geen doel treffen.

3.3.2 Onderling afgestemde feitelijke gedraging

Zienswijze

157. Enkele partijen hebben aangevoerd dat er geen sprake zou zijn van afstemming van marktgedrag. Dit omdat in een enkel geval een partij op de najaarsbijeenkomsten niet zelf haar voorgenomen prijzen voor het komende jaar zou hebben gecommuniceerd en zelf geen prijsverhogingsbrieven zou hebben verstuurd. Ook stellen enkele partijen dat niet is aangetoond dat zij op alle najaarsbijeenkomsten tussen 1997 en 2002 aanwezig zijn geweest.
158. Befu voert aan dat voor de jaren 1998 en 2001 enig causaal verband tussen de vermeende afstemming en de aangekondigde prijsverhogingen ontbreekt. In 1998 heeft Befu in tegenstelling tot de concurrenten geen prijsverhoging doorgevoerd en ook in 2001 is geen verband te zien tussen de prijsverhoging van Befu en die van de concurrentie. Bovendien heeft zij haar voorgenomen prijsverhoging voor 2001 vastgesteld voordat de bijeenkomst van 7 november 2000 plaatsvond en voordat de andere betonmortelcentrales hun voorgenomen prijsverhogingen bekend hadden gemaakt.
159. Ook Mebin bestrijdt dat haar aangekondigde prijsverhogingen het resultaat zijn van afstemming met concurrenten. Mebin stelt dat zij voor het jaar 1999 al in november 1998 zelfstandig haar prijsverhogingen heeft berekend en heeft aangekondigd, terwijl de concurrentie dit pas in december aankondigde. Voor het jaar 2000 heeft Mebin haar prijsverhogingen voor de “Regio De Lek bijeenkomst” aangekondigd. Bovendien is de aangekondigde prijsverhoging van Mebin geenszins vergelijkbaar met die van de concurrentie. Ook voor het jaar 2001 stelt Mebin dat zij haar prijsverhogingen heeft aangekondigd voordat de jaarlijkse “Regio-De Lek bijeenkomst” plaatsvond. Tenslotte heeft Mebin voor het jaar 2002 haar prijsverhogingen wederom voor de “Regio-De Lek bijeenkomst” aangekondigd. Zij zou derhalve haar prijsverhogingen zelfstandig bepaald

⁹⁸ Zie het arrest van het GvEA van 6 juli 2000, Zaak T-62/98, *Volkswagen AG vs Commissie*, Jur. EG 2000, II-02707, r.o. 231.

⁹⁹ Zie het arrest van het GvEA van 12 juli 2001, Gevoegde Zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98, *Tate & Lyle vs Commissie*, Jur. EG 2001, 0000, r.o. 71-74.

hebben. Enige overeenkomst tussen de prijsverhogingen van Mebin en die van de concurrentie zou kunnen worden verklaard door het feit dat partijen Mebin als grootste centrale hebben gevolgd.

160. Papendrecht, GBC en Van der Velden voeren aan dat er geen causaal verband tussen de vermeende afstemming en het marktgedrag van de betonmortelcentrales is aangetoond. Papendrecht, GBC en Van der Velden leveren voor het overgrote deel aan professionele aannemers en bouwbedrijven, waarmee zij aangaande de levering van betonmortel over de te rekenen prijs onderhandelen. De aangekondigde prijzen zijn dan ook slechts een uitnodiging om te onderhandelen.
161. Partijen stellen voorts dat de in het rapport geschetste vergelijkbare prijsverhogingen in de gehele markt kunnen worden verklaard door het feit dat betonmortel een homogeen product is. De kostenstructuren zijn derhalve voor alle aanbieders nagenoeg dezelfde. De grondstoffen voor de productie van betonmortel zijn voor iedere aanbieder gelijk en worden grotendeels door één aanbieder geleverd. Tevens stellen partijen dat de centrales gelijke arbeidskosten hebben.
162. GBC, Van der Velden en Papendrecht voeren aan dat betonmortel in hoge mate een homogeen product is en dat de kostprijs voor betonmortel bestaat uit grondstofkosten (kosten voor cement, water, zand en grind) en overige kosten (zoals arbeids- en transportkosten). Circa 65% van de prijs voor betonmortel bestaat uit grondstofkosten en circa 51% daarvan zijn inkoopkosten van cement, aldus deze betrokken partijen. Cement neemt, volgens GBC, Van der Velden en Papendrecht, dus een belangrijk deel van de kosten voor het product betonmortel in beslag. Dit leidt ertoe dat het prijsbeleid van de leveranciers van cement een belangrijke invloed heeft op de prijsvorming van betonmortel. Voornoemde partijen voeren ten slotte aan dat ENCI Holding N.V., de moederonderneming van Mebin, de belangrijkste leverancier van cement voor Nederland is.
163. GBC, Van der Velden en Papendrecht voeren voorts ook aan dat Mebin marktleider is op het gebied van de productie van betonmortel in Nederland. Mebins aandeel zou, volgens deze betrokken partijen, tussen de 30% en 40% liggen en die van Betonmortelbedrijven Cementbouw B.V. en NCD Betonmortelgroep B.V. op of rond 15%. De drie grootste betonmortelproducenten vertegenwoordigen daarmee ongeveer 65% en derhalve is sprake van een oligopolistische markt(structuur), volgens GBC, Van der Velden en Papendrecht. In een dergelijke markt ontstaat prijsleaderschap. Nu Mebin een dominante positie op de markt heeft en als onderdeel van ENCI Holding N.V. daarmee beter inzicht heeft in de prijs van cement en tevens als beste kan inschatten wat de prijs voor

betonmortel zal zijn, kan Mebin als prijsleider worden aangemerkt, aldus deze betrokken partijen.

164. Naast het feit dat de d-g NMa de oligopolistische marktstructuur in aanmerking had moeten nemen, heeft De Lek aangevoerd dat hij ook aandacht had moeten besteden aan het zeer transparante karakter van de markt. Zij wijst voor dit transparante karakter onder meer op de oligopolistische marktstructuur en het feit dat gedurende de onderzochte periode de betrokken partijen uit vier groepen en De Lek bestonden. Verder wijst zij op het feit dat i) een groot deel van de eigenaren van betonmortelcentrales upstream als aanbieder actief is waardoor zij inzicht hebben in de prijsontwikkelingen van cement, zand en grind en daarmee in de ontwikkeling van elkaars eindprijzen; ii) betrokken partijen ook rechtstreeks inzicht hebben in elkaars prijzen aangezien afnemers die bij onderhandelingen gebruiken; iii) prijsontwikkelingen betreffende ingrediënten en overige componenten (cao-ontwikkelingen, water, elektriciteit, transportkosten, milieuregelgeving) die onderdeel vormen van de prijs van betonmortel openbaar zijn; en iv) dat het product betonmortel een sterk homogeen product is.

Beoordeling

165. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging wordt gekenmerkt door een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie bewust vervangt door een feitelijke samenwerking.¹⁰⁰ De begrippen coördinatie en samenwerking dienen te worden verstaan in het licht van de in de EG-Verdragsbepalingen inzake de mededinging besloten veronderstelling dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze eis staat onverbiddeijk in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.¹⁰¹

¹⁰⁰ GvEA, 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a. t. Commissie, T-25/95, Jur. 2000, r.o.1852; GvEA, 12 juli 2001, British Sugar e.a. t. Commissie, T-202/98, Jur. 2001, r.o. 54.

¹⁰¹ HvJEG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111 en 113-114/73, Suiker Unie e.a. vs Commissie, r.o.173-174, HvJEG 14 juli 1981, zaak 172/80, Züchner vs Bayerische Vereinsbank, r.o.13-14, HvJEG, Ahlström Osakeyhtiö e.a. vs Commissie, r.o.63, HvJEG 28 mei 1998, zaak C-7/95 P, John Deere vs Commissie (UK Agricultural Tractor Registration Exchange), r.o.86-87, HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o.116-117.

166. Uit onder meer vijf verklaringen van directeuren van de betrokken betonmortelcentrales en ook uit het verhandelde ter hoorzitting is gebleken dat de betrokken partijen van oudsher bijeenkwamen op de zogenoemde najaarsbijeenkomsten aan het eind van ieder jaar.¹⁰² Deze najaarsbijeenkomsten vonden reeds plaats ver voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet in 1998. Deze vaste praktijk van bijeenkomen aan het einde van ieder jaar wordt door geen van de betrokken partijen ontkend. Ook is niet gebleken dat de betrokken partijen met het inwerkingtreden van de Mededingingswet een einde hebben gemaakt aan de vaste praktijk van bijeenkomen. De betrokken partijen stuurden elkaar tevens van oudsher prijsverhogingsbrieven waarin de prijzen voor het komende jaar werden vermeld. Er is dus sprake van een situatie waarbij de betrokken partijen een vaste praktijk van regelmatig bijeenkomen hebben gecreëerd en betrokken waren in een ononderbroken proces van behartiging van elkaars belangen.
167. In de agenda's van 1998, 1999, 2000 en 2001 van directeur [vertr] van De Lek zijn, zoals blijkt uit randnummer 27, data van de najaarsbijeenkomsten voor de jaren 1998, 1999, 2000 en 2001 gevonden. Voor de jaren 1999 en 2001 zijn, zie de randnummers 28 en 30, schriftelijke uitnodigingen voor de najaarsbijeenkomsten in de vorm van faxen aangetroffen. Aangezien de najaarsbijeenkomsten vaak telefonisch werden gepland is het begrijpelijk dat niet voor alle jaren schriftelijke uitnodigingen voor de betrokken partijen voor de najaarsbijeenkomsten zijn aangetroffen.¹⁰³ Uit de schriftelijke uitnodigingen per fax en uit de verklaringen van de directeuren van de betonmortelcentrales, zie de randnummers 31 tot en met 47, kan de aanwezigheid van de betrokken partijen voor de najaarsbijeenkomsten in 1999 en 2001 worden aangetoond.
168. Van de najaarsbijeenkomsten werden door de betrokken partijen bewust geen notulen gemaakt.¹⁰⁴ Desalniettemin zijn op de aangetroffen uitnodigingsfaxen voor het jaar 1999 en 2001 aantekeningen gevonden, die betrekking hebben op voorgenomen prijsstijgingen.¹⁰⁵ Dit wordt ondersteund door verklaringen van directeuren dat over de marktsituatie en toekomstige prijsniveaus werd gesproken.¹⁰⁶
169. Gebleken is dat de door betrokken partijen doorgevoerde prijsstijgingen van betonmortel in de jaren 1998 tot en met 2002 niet of nauwelijks van elkaar verschilden.

¹⁰² Zie de randnummers 20 tot en met 26 van dit besluit.

¹⁰³ Zie randnummer 29.

¹⁰⁴ Zie randnummer 46.

¹⁰⁵ Zie randnummer 47.

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld de randnummers 21-23 en 132, 133 en 137.

170. Zoals hieruit blijkt is er contact geweest tussen concurrenten, strekkende tot onthulling van voorgenomen marktgedrag en beïnvloeding van elkaars marktgedrag. Voor het vaststellen van onderlinge afstemming van gedrag is het niet noodzakelijk dat iedere deelnemer zijn eigen voorgenomen marktgedrag heeft gecommuniceerd. Ook wanneer de deelname van één of meer ondernemingen aan de bijeenkomsten zich beperkt tot het ontvangen van inlichtingen over het toekomstig gedrag van hun concurrenten op de markt, maken zij onderdeel uit van de onderlinge afstemming.¹⁰⁷ Voor zover betrokken partijen betogen dat geen sprake kan zijn van onderling afgestemde feitelijke gedragingen, reeds omdat zij zelf feitelijk noch per brief noch op een bijeenkomst prijsinformatie zouden hebben verstrekt, kan de Raad hen, gelet op het voorgaande, dan ook niet volgen.
171. Ook overweegt de Raad dat het voor deelname aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet vereist is om daadwerkelijk bij alle relevante bijeenkomsten aanwezig te zijn geweest. De zienswijze van enkele partijen dat zij niet hebben deelgenomen aan de prijsafstemming, omdat zij niet op iedere bijeenkomst aanwezig waren, kan dan ook geen doel treffen. Dit geldt temeer nu er sprake is van een situatie waarbij de betrokken partijen een vaste praktijk van regelmatige bijeenkomsten hebben gecreëerd en betrokken zijn in een ononderbroken proces van behartiging van hun belangen.¹⁰⁸
172. De betrokken partijen stuurden elkaar tevens jaarlijks prijsverhogingsbrieven aan het eind van het jaar met daarin de voorgenomen prijsverhogingen voor het komende jaar. Het is niet van belang dat alle betrokken partijen van elke betrokken betonmortelcentrale ieder jaar een prijsverhogingsbrief ontvangen, noch dat zij aan alle andere betrokken betonmortelcentrales ieder jaar prijsverhogingsbrieven sturen. Van belang is dat met deze prijsverhogingsbrieven prijsinformatie tussen partijen werd uitgewisseld, waarmee zij rekening konden houden.
173. De betrokken partijen hebben dus welbewust de risico's van concurrentie beperkt door hun marktgedrag onderling af te stemmen en op deze wijze het prijsniveau van betonmortel beïnvloed. Wanneer sprake is van een kartel waar de betrokken partijen over een langere periode structureel bijeenkomen en betrokken zijn bij een ononderbroken proces van behartiging van elkaars belangen, waarbij de betrokken partijen een bepaald (economisch) doel voor ogen hebben gehad dat zichzelf heeft gemanifesteerd in opvolgende gedragingen leidende tot onderlinge afstemming, wordt dit gekwalificeerd als één geïntegreerde overtreding van artikel 6 Mw.

¹⁰⁷ Verg. GvEA, 12 juli 2001, British Sugar e.a. t. Commissie, T-202/98, Jur. 2001, r.o. 57-58.

¹⁰⁸ Besch. 21 oktober 1998, Buizen, PB 1999 L 24/1, punt 137.

174. Zoals gezegd werden de betrokken partijen voornamelijk telefonisch uitgenodigd en werd op de najaarsbijeenkomsten niet genotuleerd. Juist gelet op het heimelijke karakter van dit soort bijeenkomsten en de specifieke kenmerken van een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging kunnen relevante feiten in dit soort gevallen vaak alleen door een combinatie van direct en indirect bewijsmateriaal en via logische deductie uit de bewezen feiten worden aangetoond.¹⁰⁹ De Raad acht met het hierboven geleverde directe bewijs voor een van oudsher bestaande praktijk van bijeenkomen, het directe bewijs voor de bijeenkomsten van 1999 en 2001, het directe bewijs voor het versturen en ontvangen van prijsverhogingsbrieven en het parallelle marktgedrag van partijen het feit dat de betrokken partijen hun gedrag onderling hebben afgestemd voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2002, bewezen.
175. In dit verband acht de Raad het volgende van belang. Het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Gerecht) heeft in het PVC II-arrest verduidelijkt dat wanneer uit direct bewijs, en derhalve niet (enkel) uit de vaststelling van gelijklopend marktgedrag, voortvloeit dat onderlinge afstemming tussen ondernemingen heeft plaatsgevonden en dat daarbij concurrentiegevoelige informatie is uitgewisseld, de ondernemingen het bestaan van de aangetoonde, (verboden) onderlinge afstemming gemotiveerd dienen te betwisten.¹¹⁰ In een dergelijke situatie kunnen de betrokken ondernemingen niet volstaan met een alternatieve uitlegging van de vastgestelde feiten met betrekking tot het parallelle gedrag. Slagen zij hier niet in en staat vast dat de afstemming haar oorsprong vindt in een bijeenkomst tussen de ondernemingen, dan worden de ondernemingen die daarbij aanwezig waren in ieder geval als deelnemer aan de onderlinge afstemming beschouwd. Ten aanzien van hun deelname aan de afstemming kunnen de ondernemingen uitsluitend tegenbewijs leveren door aan te tonen dat publiekelijk afstand is genomen van inhoud van (het besprokene tijdens) de bijeenkomst.¹¹¹ Geen van de betrokken partijen heeft publiekelijk afstand genomen van de inhoud van de afstemming die heeft plaatsgevonden.
176. Wanneer de afstemming is aangetoond, mag tevens worden aangenomen dat sprake is van marktgedrag en een causaal verband met de afstemming, indien de betrokken ondernemingen na de afstemming actief zijn gebleven op de markt. Wanneer afstemming is aangetoond, mag er vervolgens van worden uitgegaan dat wanneer de

¹⁰⁹ Zie HvJEG, 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P en C-219/00P, *Cementeries vs Commissie*, r.o.55-57 en beschikking van de Commissie van 21 november 2001, *Vitaminen*, PB 2003 L 6/1, 541 en 542 en beschikking van de Commissie van 13 juli 1994, *Karton*, PB 1994 L243/1, punt 112.

¹¹⁰ GvEA, zaak T -305/94 e.v., 20 april 1999

¹¹¹ Zie het arrest van het Hof van 7 januari 2004, gev. Zaken C-204, 205, 211, 213, 217 en 219/00 P, *Aalborg Portland A/S e.a. vs Commissie*, n.n.g., r.o. 81-83 en het arrest van het Hof van 14 juli 2005 in zaak C-57/02 P, *Acinerox*, punt 48.

betreffende ondernemingen actief blijven op de markt, zij bij het bepalen van hun marktgedrag rekening houden met de informatie waarover afstemming heeft plaatsgevonden. Uit de rechtspraak van het Hof in de Polypropyleenzaken volgt dat er van mag worden uitgegaan, behoudens door de ondernemingen te leveren tegenbewijs, dat ondernemingen die actief blijven op de markt, bij het bepalen van hun marktgedrag “rekening houden met de informatie waarover afstemming heeft plaatsgevonden.”¹¹² Het tegenbewijs van de ondernemingen zal derhalve moeten aantonen dat zij bij het bepalen van hun marktgedrag op generlei wijze rekening hebben gehouden met de verkregen informatie. Of, zoals het Hof in het arrest in de zaak Hüls¹¹³ formuleerde, door bewijs te leveren waaruit blijkt dat de afstemming geen enkele invloed heeft gehad op hun marktgedrag.

177. De betrokken partijen geven met het mogelijke prijsleiderschap van Mebin, het feit dat de betrokken partijen vergelijkbare kostenstructuren hebben, de markt transparant is en een oligopolistische marktstructuur heeft, een aantal alternatieve verklaringen voor hun marktgedrag. Hiermee kan echter niet worden aangetoond dat het marktgedrag niet is beïnvloed door de in het kader van de afstemming uitgewisselde informatie. Ook argumenten van partijen dat zij de prijzen alsnog zelfstandig zouden hebben bepaald, dat de uiteindelijk prijzen niet altijd geheel overeenkomen en dat de prijzen in een later stadium in individuele gevallen nog onderhandelbaar zijn, tonen niet aan dat zij bij de bepaling van dat marktgedrag geen rekening hebben gehouden met de uitgewisselde informatie. Een en ander laat onverlet dat de betrokken ondernemingen onderling contact hebben gehad over toekomstige prijsniveaus. Het deelnemen aan de afstemming leidt onvermijdelijk tot transparantie omtrent het aangenomen of voorgenomen gedrag van de andere ondernemingen, zodat van zelfstandig bepalen van marktgedrag geen sprake kan zijn.
178. De bezwaren van partijen treffen derhalve geen doel, aangezien de betrokken partijen er niet in geslaagd zijn het vermoeden van causaal verband tussen de afstemming en het daaropvolgende marktgedrag te weerleggen.

¹¹² Zie HvJEG 8 juli 1999, zaak C-42/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni Spa (Polypropyleen), Jurispr. blz. I-4125, punt 126.

¹¹³ Zie arrest van het Hof van 8 juli 1999, Hüls/Commissie, C-199/92 P, Jurispr. blz. I-4287, punt 167.

3.3.3 Mededingingsbeperkend doel, effect en merkbaarheid

Zienswijze

179. Enkele betrokken partijen voeren aan dat het versturen van prijsverhogingsbrieven plaatsvindt omdat de afnemers van de betonmortelcentrales op deze wijze op de hoogte worden gebracht van de te verwachten prijswijzigingen. De verklaring voor het feit dat op de lijst met afnemers tevens andere betonmortelcentrales staan, is volgens betrokken partijen dat de betonmortelcentrales tevens bij elkaar afnemen. Door het optreden van technische problemen, capaciteitsproblemen (een betonmortelcentrale heeft een beperkte dagcapaciteit) of andere belemmeringen kan de opdracht van afnemers om betonmortel geleverd te krijgen in gevaar komen. Aangezien betonstortwerkzaamheden van de afnemers niet gaande het proces onderbroken kunnen worden, is het dus noodzakelijk bij andere betonmortelcentrales betonmortel af te nemen om alsnog de afnemer van betonmortel te kunnen voorzien. Derhalve, zo menen deze betrokken partijen, hadden de prijsverhogingsbrieven niet het doel elkaars prijsgedrag te beïnvloeden.
180. Enkele betrokken partijen voeren aan dat de gestelde overtreding niet of nauwelijks mededingingsbeperkende gevolgen heeft, omdat de aangekondigde prijswijzigingen in de prijsverhogingsbrieven slechts indicatief van aard zijn. De uiteindelijke prijzen zijn afhankelijk van andere factoren zoals de hoeveelheid betonmortel die een afnemer wil afnemen, de relatie met de betreffende afnemer en de krapte op de betonmortelmarkt. De betonmortelcentrales onderhandelen met iedere afnemer afzonderlijk over de uiteindelijk te rekenen prijzen.
181. Verder voeren Mebin, Gorkum en Befu aan dat mededingingsbeperkende gevolgen van de gestelde onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen minimaal zullen zijn, aangezien de prijsverhogingen die de betonmortelcentrales doorvoeren hoe dan ook sterk met elkaar overeenkomen, omdat zij met dezelfde kostenfactoren te maken hebben. Ook zullen betonmortelcentrales altijd indirect van de aangekondigde prijsverhogingen kennis nemen en hiermee rekening houden bij het onderhandelen met afnemers.
182. Een aantal partijen stellen voorts dat het aantal deelnemende betonmortelcentrales te klein is geweest om de mededinging in de betreffende Regio De Lek merkbaar te beperken.

Beoordeling

183. Door het uitwisselen van prijsinformatie tussen de betrokken partijen, deelden de betrokken partijen informatie waarmee de onzekerheid omtrent het toekomstige

marktgedrag van de concurrentie werd weggenomen. Tevens staat vast dat de door betrokken partijen doorgevoerde prijsstijgingen in de jaren 1998-2002 niet of nauwelijks van elkaar verschillen. De Raad concludeert dat de najaarsbijeenkomsten en het versturen van prijsverhogingsbrieven tot doel hadden door het verstrekken en verkrijgen van inzage in prijsbeleid de mededinging te beperken, zodat kan worden geoordeeld dat op deze bijeenkomsten tussen de betrokken betonmortelcentrales een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid Mw tot stand is gekomen.¹¹⁴

184. Artikel 6, eerste lid, Mw sluit zoveel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag. Dit geldt ook voor de in artikel 81, eerste lid, sub a, EG-Verdrag gegeven voorbeelden van verboden concurrentiebeperkende gedragingen.¹¹⁵ Uit de Europese rechtspraak volgt dat overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot het vaststellen van prijzen naar hun aard een beperking van de concurrentie zoals bedoeld in artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag vormen.¹¹⁶ Hetzelfde geldt voor het op andere wijze beperken van de prijsconcurrentie, zoals bijvoorbeeld het onderling uitwisselen en afstemmen van data en omvang van prijswijzigingen.¹¹⁷ Dergelijke gedragingen hebben tot doel de mededinging te beperken en zijn daarom verboden.
185. Gelet hierop kan het bezwaar van enkele betrokken partijen dat geen sprake is van een mededingingsbeperking, omdat met het toesturen en ontvangen van prijsverhogingsbrieven niet is beoogd de mededinging te beperken, geen doel treffen.

¹¹⁴ Zie specifiek voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen: HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen), r.o.122-125.

¹¹⁵ De voorbeelden zijn niet overgenomen in artikel 6, eerste lid, Mw, maar zijn blijkens het gestelde in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet naar analogie van toepassing. Zie Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p.61.

¹¹⁶ GvEA 17 december 1991, zaak T-6/89, Enichem Anic vs Commissie (Polypropyleen), r.o.214-215 (zie ook Commissie 23 april 1986, Polypropyleen, Pb L230, p.1, r.o.89), GvEA 12 juli 2001, gevoegde zaken T-202, 204 en 207/98, Tate & Lyle e.a. vs Commissie, r.o.42-68. Zie ook Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten van 6 januari 2001, Pb C3/2, randnummers 18 en 25 en Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen van 8 april 2005, Stcrt 7 april 2005, randnummer 14. Deze laatste Richtsnoeren staan ook de website van de NMa, www.nma-org.nl.

¹¹⁷ HvJEG 14 juli 1972, zaak 48/69, Imperial Chemical Industries vs Commissie, r.o.118, HvJEG 11 juli 1989, zaak 246/86, Belasco e.a. vs Commissie, r.o.12, GvEA 21 februari 1995, zaak T-29/92, SPO e.a. vs Commissie, zie onder meer r.o.119-123, 145-158 en 178-187, GvEA 20 april 1999, gevoegde zaken T-305-307, 313-316, 318, 325, 328-329 en 335/94, PVC, r.o.637-661, HvJEG 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209-215 en 218/78, Heintz van Landewyck e.a. vs Commissie, r.o.94-112, Beschikking van de Commissie van 9 december 1998, Griekse veerdienstmaatschappijen, Pb L109/24, punten 140-142. Zie ook Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2001, MEDED 00/910-SIMO, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel vs. d-g NMa.

186. Volgens vaste Europese rechtspraak heeft bij de toepassing van artikel 81, eerste lid, EG Verdrag geen acht meer te worden geslagen op de concrete gevolgen van een overeenkomst wanneer eenmaal is vastgesteld dat deze tot doel had de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen.¹¹⁸ Op gelijke wijze heeft het Hof geoordeeld over onderling afgestemde feitelijke gedragingen.¹¹⁹ Een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan zelfs dan onder artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag vallen, wanneer mededingingsbeperkende gevolgen ontbreken.¹²⁰
187. Gelet hierop treft het bezwaar van enkele betrokken partijen geen doel, te weten dat geen sprake is van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw omdat er geen sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen. Bovendien hebben partijen niet aannemelijk gemaakt dat de aangekondigde prijsverhogingen als gevolg van dezelfde kostenfactoren of transparantie van de markt hoe dan ook gelijk zouden zijn. Zoals hiervoor in randnummer 176 is aangegeven rust de bewijslast in deze op partijen; partijen zijn hierin niet geslaagd.
188. In dit verband kan nog worden opgemerkt dat het niet uitmaakt dat het hier om onderhandelbare prijzen zou gaan, omdat dit gestelde gegeven niet kan afdoen aan het feit dat als gevolg van de afstemming tussen de betrokken partijen de onzekerheid omtrent het marktgedrag van de concurrentie is uitgesloten dan wel sterk is verminderd.¹²¹
189. Over het feit dat het aantal deelnemers te klein zou zijn om de mededinging merkbaar te kunnen beperken wordt het volgende overwogen. In het algemeen geldt dat de merkbaarheid van een gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw niet bewezen hoeft te worden, wanneer deze gedraging tot doel heeft de mededinging te beperken.¹²²

¹¹⁸ Met name HvJEG 13 juli 1966, *Consten en Grundig vs Commissie*, gevoegde zaken 56 en 58/64. Zie ook GvEA 15 september 1998, gevoegde zaken T-374-375, 384 en 388/94, *European Night Services vs Commissie*, r.o.136 en bijvoorbeeld HvJEG 15 oktober 2002, gevoegde zaken C-238, 244-245, 247, 250-252 en 254/99 P, *PVC*, r.o.491-493.

¹¹⁹ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen)*, r.o.121-123.

¹²⁰ Zie onder meer HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Commissie vs Anic Partecipazioni (Polypropyleen)*, r.o.118-124.

¹²¹ GvEA, 12 juli 2001, *British Sugar e.a. t. Commissie*, T-202/98, Jur. 2001, r.o. 57 en 58. Zie ook HvJEG 8 juli 1999, zaak C-199/92 P, *Commissie vs Huls AG*, r.o. 160.

¹²² Zie het BAC-advies van 10 juli 2001 in zaak 757, *Chilly en Basilicum versus G-star/Secon Groep*, randnummers 74-81. Vergelijk HvJEG 1 februari 1978, zaak 19/77, *Miller International Schallplatten vs Commissie*, r.o.15, Besluit d-g NMa 17 december 2001, zaak 2414, *Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf*, r.o.78-82, Besluit d-g NMa 18 maart 2002, zaak 2333, *Modint*, r.o.107-112.

Slechts indien de betrokken gedragingen niet meer dan in geringe mate afbreuk kunnen doen aan de mededinging kunnen zij van het verbod van artikel 6, eerste lid, worden uitgesloten. Wanneer partijen een beroep doen op het ontbreken van een merkbare mededingingsbeperking, is het, gezien de aard van de regeling, in beginsel aan partijen om dit nader te onderbouwen.¹²³

190. Met het oog op de marktverhoudingen en de aard van het product betonmortel, zie randnummer 19, kan niet worden geoordeeld dat sprake is van een dermate zwakke positie van de betrokken betonmortelcentrales op de markt van het betrokken product dat moet worden aangenomen dat de betrokken ondernemingen slechts een minieme invloed kunnen uitoefenen op de concurrentie en hun onderling afgestemd feitelijk gedrag buiten het bereik van artikel 6, eerste lid, Mw valt.¹²⁴ Betrokken partijen zijn directe concurrenten van elkaar en vormen voor de afnemers van betonmortel in Zuid-Holland en Utrecht de belangrijkste toeleveranciers. Gezien het homogene karakter van het product betonmortel vormt de eenheidsprijs een voorname, zo niet de belangrijkste concurrentieparameter.
191. Gelet op het voorgaande is de Raad van oordeel dat in deze zaak sprake is van een merkbare mededingingsbeperking.

3.3.4 Duur van de overtreding

Zienswijze

192. Enkele betrokken partijen stellen dat het jaar 1998 niet bij de duur van de overtreding moet worden betrokken. Ten aanzien van 1998 is volgens partijen niet aangetoond dat er sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging en is geen bewijsmateriaal geleverd dat onderlinge afstemming het voorafgaande jaar betreft.
193. Tevens stelt Gorkum dat als van een inbreuk sprake zou zijn, de duur van de inbreuk bepaald dient te worden voor de periode van 1 januari van dat jaar tot de datum van vaststelling van de individuele prijs van betonmortel nadat de betonmortelcentrale met een afnemer heeft onderhandeld.

Beoordeling

¹²³ Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2001, MEDED 00/910-SIMO, Centrale Organisatie voor de Vleesgroothandel vs d-g NMa.

¹²⁴ HvJEG 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk vs Vervaecke, r.o.7. Zie ook Rechtbank Rotterdam 11 september 2002, MEDED 00/2176, 2177, 2190-SIMO, Libertel en Unipart vs d-g NMa.

194. Vast staat dat in 1998, 1999, 2000 en 2001 najaarsbijeenkomsten hebben plaatsgevonden waar betrokken partijen voorgenomen prijswijzigingen van betonmortel besproken. Bovendien staat vast dat reeds voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998 een vaste praktijk van bijeenkomen op najaarsbijeenkomsten bestond. Nergens blijkt dat deze praktijk met de inwerkingtreding van de Mededingingswet is geëindigd. Bovendien staat vast dat ook sprake is van parallel marktgedrag tussen de betrokken partijen in 1998.
195. Op basis hiervan kan worden vastgesteld dat ook voor het jaar 1998 de voorgenomen prijsverhogingen van betonmortel tussen de betrokken partijen onderling zijn besproken. Daarmee is, nu geen sprake is geweest van een fundamentele wijziging in hun onderling handelen/optreden, de overtreding van de Mededingingswet vanaf 1 januari 1998 een gegeven. Het is overigens voor het bepalen van de aanvang van de overtreding niet van belang of deze overtreding pas later in daden werd omgezet.¹²⁵
196. Verder overweegt de Raad dat het standpunt van Gorkum niet kan worden gevolgd. Dat met een individuele afnemer een prijs is overeengekomen doet niet af aan het gegeven dat daaraan voorafgaand betrokken partijen hun voorgenomen prijsverhogingen hebben besproken voor een bepaald jaar waarmee rekening moet zijn gehouden bij het afsluiten van een individuele overeenkomst.
197. Op basis van bovenstaande en uitgaande van het feit dat na 31 oktober 2001 geen najaarsbijeenkomsten meer hebben plaatsgevonden en over en weer geen prijsverhogingsbrieven zijn verstuurd en/of ontvangen staat in ieder geval vast dat de afstemming tussen de betonmortelcentrales in ieder geval ook in 2002 nog is doorgegaan, aangezien aan de hand van de uitwisseling van informatie op de najaarsbijeenkomst van 31 oktober 2001 de toekomstige prijzen voor het jaar 2002 werden bepaald. De betrokken partijen moeten geacht worden in ieder geval aan de gedraging te hebben deelgenomen voor de volledige looptijd hiervan, tenzij bewezen kan worden dat een onderneming zich hiervan publiekelijk heeft gedistantieerd.¹²⁶ Aangezien geen van de betrokken partijen zich publiekelijk van de gedragingen heeft gedistantieerd heeft de overtreding daarmee tot en met het gehele jaar 2002 voortgeduurd.
198. Op grond van het bovenstaande concludeert de Raad dat de overtreding de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2002 beslaat. Aangezien in het rapport is

¹²⁵ Commissie 6 augustus 1984, Zinc Producer Group, Pb L220, p.27, r.o.89, HvJEG 11 juli 1989, zaak 246/86, Belasco e.a. vs Commissie, r.o.15. Zie ook het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet in zaak 2658 - Mobiele Operators, rn. 117.

¹²⁶ Zie het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet in zaak 2498 – Tango, rn. 81.

geconcludeerd dat Van der Velden en Hanson vanaf de najaarsbijeenkomst op 30 oktober 2001 aan de afstemming hebben deelgenomen geldt voor Van der Velden en Hanson dat de overtreding de periode van 30 oktober 2001 tot en met 31 december 2002 beslaat. Voor de overige betrokken partijen geldt dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan een overtreding van artikel 6 Mw vanaf 1 januari 1998 tot en met 31 december 2002.

3.3.5 Schadelijkheid

Zienswijze

199. De Lek voert aan dat de afstemming tussen de betonmortelcentrales niet schadelijk is geweest omdat zij geen economische schade tot gevolg heeft gehad. Bovendien had De Lek als kleine onafhankelijke centrale in het geheel slechts een miniem aandeel.
200. Gorkum heeft op de hoorzitting aangevoerd dat er geen sprake is van een ernstige beperking van de mededinging. Omdat de aangekondigde prijsverhogingen niet de daadwerkelijk gehanteerde prijsverhogingen waren is er haars inziens geen sprake geweest van een mededingingsbeperkend effect. Met het oog hierop heeft de vermeende afstemming het dan ook niet geheel onmogelijk gemaakt voor partijen om met elkaar te concurreren. Bovendien zou zonder voorafgaande afstemming de effecten hetzelfde zijn geweest aangezien de betonmortelcentrales dan achteraf de tarieven zouden hebben aangepast.
201. Ook wijzen enkele betrokken partijen erop dat betonmortel een homogeen product is, dat zij nagenoeg dezelfde kostenstructuren hebben, dat sprake is van een oligopolistische markt, dat de markt erg transparant is en dat de markt een prijsleider kent. Dit beperkt in hun visie de schadelijkheid van de overtreding.

Beoordeling

202. In het onderhavige geval is sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot prijsverhogingen voor betonmortel. Een dergelijke prijsafstemming wordt gekwalificeerd als een zeer zware overtreding, die tot doel heeft de mededinging te beperken.¹²⁷ Bij een dergelijke overtreding is het niet noodzakelijk om de gevolgen aan te tonen. Dergelijke gevolgen op de markt kunnen echter wel een rol spelen bij de vaststelling van de ernst van de overtreding en daarmee een weerslag hebben op de beboeting van de overtreding.¹²⁸

¹²⁷ Dit in tegenstelling tot uitwisseling van jaarlijkse informatie over kostenontwikkelingen, zie besluit d-g NMA van 31 maart 2005 inzake zaak 3371, Zeecontainers.

¹²⁸ Randnummer 14 in combinatie met randnummer 9 van de Richtsnoeren Boetetoemeting.

203. De Raad ziet niet in dat de gedragingen beperkte, laat staan geen, gevolgen voor de mededinging zouden hebben gehad. De betrokken partijen hebben jarenlang gezamenlijk hun voorgenomen prijsverhogingen van betonmortel onderling uitgewisseld. Als gevolg daarvan is de prijsconcurrentie tussen in ieder geval betrokken partijen aanzienlijk verminderd en zijn de afnemers hiermee structureel beperkt in de mogelijkheid om te profiteren van de prijsverlagende druk die normaliter van prijsconcurrentie tussen ondernemingen uitgaat.
204. Dat de Lek volgens eigen zeggen een relatief kleine betonmortelcentrale is kan er niet aan afdoen dat haar deelname aan de onderlinge afstemming een concurrentiebeperkende uitwerking heeft gehad. Juist omdat De Lek op de markt voor productie en verkoop een meer onafhankelijke positie heeft, aangezien zij van de betrokken partijen de enige betonmortelcentrale is die niet tot de grote concerns op de markt behoort, had zij ondanks een wellicht geringere omvang wel degelijk een positieve invloed op de mededinging kunnen hebben en hiermee een prijsdrukkend effect op het prijsniveau kunnen hebben.
205. Het feit dat de betrokken partijen met het oog op de marktstructuur in staat zouden zijn om de tarieven achteraf op dezelfde wijze aan te passen en de mogelijkheid zouden hebben om met individuele afnemers alsnog over de prijzen te onderhandelen laat onverlet dat betrokken partijen in eerste instantie hun marktgedrag niet zelfstandig hebben bepaald en hiermee zoals gezegd met zekerheid het voorgenomen marktgedrag van de bij de afstemming betrokken concurrenten konden voorspellen. Deze uitwisseling van het voorgenomen prijsgedrag was erop gericht de onderlinge prijsconcurrentie te beperken en op deze wijze het prijspeil jarenlang tot een hoger niveau te doen stijgen dan in een situatie van gezonde mededinging het geval zou zijn geweest.
206. Voor zover partijen de hiervoor in randnummer 201 genoemde argumenten noemen ter illustratie dat de gestelde overtreding niet schadelijk is, wijst de Raad erop dat hoe sterker de markt geconcentreerd is, des te nuttiger is de prijsinformatie om onzekerheden te verminderen en des te groter wordt de stimulans voor partijen om dit soort informatie uit te wisselen.¹²⁹ Dit kan ook gelden wanneer sprake is van een oligopolistische markt.¹³⁰ Wanneer nu door het onderling uitwisselen van voorgenomen prijsverhogingen voor betonmortel de mogelijkheid ook nog eens wordt beperkt om

¹²⁹ Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten van 6 januari 2001, Pb C 3/2, randnummer 150.

¹³⁰ Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten van 6 januari 2001, Pb C 3/2, voetnoot 46.

binnen de toch al kleine marges van een dergelijke markt te concurreren, is er geen enkele mogelijkheid meer om op prijs te concurreren. Elke prikkel om op meer efficiënte wijze te produceren zodat men onder het prijsniveau van een concurrent kan verkopen wordt hiermee weggenomen. De afnemer heeft geen enkele mogelijkheid om een leverancier van betonmortel op basis van het prijsniveau te selecteren. De door betrokken partijen genoemde argumenten illustreren derhalve de schadelijkheid van de overtreding.

207. Met het oog op bovenstaande heeft de overtreding naar het oordeel van de Raad, anders dan betrokken partijen aangeven, een substantiële economische weerslag op de markt en is de schade ten gevolge van deze overtreding voor afnemers navenant.

3.3.6 Verwijtbaarheid

Zienswijze

208. Van der Velden stelt dat haar bedrijfsdirecteur [vertr] tijdens de najaarsbijeenkomst van 30 oktober 2001 aanwezig was in zijn functie als bedrijfsdirecteur van Papendrecht en diens aanwezigheid zou Van der Velden niet kunnen worden verweten.

Beoordeling

209. Ingevolge artikel 56, derde lid, Mw legt de Raad geen boete op indien de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend, aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet hoeft de Raad niet aan te tonen dat verwijtbaar is gehandeld, maar mag hij binnen redelijke grenzen uitgaan van een objectief vermoeden van schuld, mits de betrokkene de gelegenheid krijgt aannemelijk te maken dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. Wanneer hiervan sprake is, hangt af van de overtreden norm. De verbodsbepaling in artikel 6, eerste lid, Mw, is gericht op ondernemingen. De in artikel 6, eerste lid, Mw verboden handelingen geschieden in de praktijk door iemand die gerechtigd is voor de onderneming te handelen. Een situatie dat de betrokken onderneming geen verwijt kan worden gemaakt, is daarom nauwelijks voorstelbaar.¹³¹
210. Voor verwijtbaar handelen is het voldoende dat sprake is van gedrag door een persoon die namens de onderneming kon optreden. Het is niet noodzakelijk dat 'the partners or

¹³¹ Kamerstukken II 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 87-88 (*Mw, memorie van toelichting*), waarin wordt aangehaald EHRM 7 oktober 1988, NJ 1999, 351.

principal managers' zelf actie hebben ondernomen noch dat zij in een voorkomend geval op de hoogte waren van de gedraging van de desbetreffende werknemer.¹³²

211. Gelet hierop en gelet op het bepaalde in randnummer 41 treft deze zienswijze naar het oordeel van de Raad dan ook geen doel.

3.3.7 Conclusie

212. De betrokken partijen hebben artikel 6, eerste lid, Mw overtreden door hun feitelijke gedragingen onderling af te stemmen met betrekking tot de uitwisseling van informatie over prijsverhogingen danwel prijswijzigingen van betonmortel.
213. De Raad concludeert dat de betrokken gedragingen de strekking hebben de mededinging te beperken en derhalve in strijd zijn met het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw.
214. De Raad gaat voor wat de duur van de verboden gedragingen betreft voor Befu, De Lek, Gorkum, Papendrecht, GBC, Van Nieuwpoort Betonmortel, Mebin, Transportbeton Diemen en BHU vof uit van de periode 1 januari 1998 tot en met 31 december 2002 en voor Van der Velden en Hanson uit van een periode van 30 oktober 2001 tot en met 31 december 2002.

4 Sanctie

4.1 *Beoordelingskader*

215. Ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw kan de Raad ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw of van artikel 24, eerste lid, Mw een boete opleggen. Krachtens artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de in artikel 56, eerste lid, onder a, Mw bedoelde boete ten hoogste EUR 450.000,- of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
216. Met het oog op een transparante toepassing van zijn in artikel 56 Mw neergelegde discretionaire bevoegdheid, heeft de Raad op 25 november 2005 de Bekendmaking

¹³² Zie HvJEG 7 juni 1983, gevoegde zaken 100-103/80 Musique Diffusion Française e.a. vs Commissie, *Jur.* 1983, p. 1825, r.o.97.

boetetoemeting ten behoeve van bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de betonsector¹³³ (hierna: Bekendmaking boetetoemeting betonsector) vastgesteld en bekendgemaakt.

217. De Raad heeft de Bekendmaking boetetoemeting ten behoeve van bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de betonsector van toepassing verklaard op het onderhavige rapport. Dit heeft de Raad vastgesteld in de Toepassingsverklaring van de Bekendmaking boetetoemeting ten behoeve van bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de betonsector: Betonmortelcentrales (hierna: Van Toepassingsverklaring), die gelijk met het onderhavige besluit aan de partijen is bekendgemaakt.

4.2 Boetegrondslag

218. De Bekendmaking boetetoemeting betonsector is opgesteld vanwege de aard en omvang van het gebleken kartelgedrag in de bouw- en aan de bouw gerelateerde sectoren in Nederland en de gevolgen die het onverkort toepassen van de Richtsnoeren boetetoemeting¹³⁴ voor deze sectoren in zijn geheel zou hebben. Met deze Bekendmaking geeft de Raad, in lijn met de eerdere bekendmakingen boetetoemeting in sectoren van de bouw¹³⁵ waar overtredingen van mededingingsregels hebben plaatsgevonden, invulling aan deze bijzondere omstandigheden en de oproepen van de NMa en de regering aan de ondernemingen in de bouwsector om “schoon schip te maken”. De Raad heeft, nadat hij de besluitvorming in deze zaak bij brief van 17 juni 2005 heeft aangehouden naar aanleiding van de lopende onderzoeken in de betonsector en de betonmortelsector, besloten deze bekendmaking van toepassing te verklaren op de onderhavige zaak om het schoon schip maken in de betonsector in brede zin te bewerkstelligen.

¹³³ Bekendmaking boetetoemeting ten behoeve van bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de betonsector van de Raad van Bestuur van de NMa van 25 november 2005, Staatscourant 2005, nr. 230, p. 16.

¹³⁴ Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, besluit van de directeur-generaal NMa (hierna: d-g NMa) van 19 december 2001 (Stcrt. 19 december 2001, nr. 248).

¹³⁵ Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-deelsector (Stcrt. 14 oktober 2004, nr. 198) , Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de Installatie-deelsector (Stcrt. 22 april 2005, nr. 78) en Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de burgerlijke & utiliteitsbouw (Stcrt. 6 september 2005, nr. 172) en de Rectificatie van de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de burgerlijke & utiliteitsbouw (Stcrt . 12 oktober 2005, nr. 198)

219. Zoals blijkt uit randnummers 9 en 10 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector dient bij de vaststelling van de boetegrondslag te worden uitgegaan van Productomzet van de onderneming die de overtreding heeft begaan in het Representatief ijkjaar 2002. De boetegrondslag bedraagt maximaal 12% van de Productomzet.

4.3 Ernst van de overtreding

220. Vast staat dat Befu, De Lek, Gorkum, Papendrecht, GBC, Van der Velden, Van Nieuwpoort Betonmortel, Hanson, Mebin, Transportbeton Diemen en BHU vof hun gedrag onderling hebben afgestemd door de uitwisseling van informatie over prijsverhogingen danwel prijswijzigingen van betonmortel, waardoor transparantie is ontstaan ten aanzien van voorgenomen marktgedrag en (de risico's van) concurrentie zijn beperkt. Een dergelijke vorm van prijsafstemming behelst een zeer zware overtreding van artikel 6 Mw.
221. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de Raad, naast de zwaarte van de overtreding, rekening met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden.
222. In dit verband kan, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toekomen aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken partijen(en) alsmede het (gezamenlijk) marktaandeel, de structuur van de markt en de geldende regelgeving. Tevens kan de Raad gewicht toekennen aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.
223. De betrokken partijen hebben jarenlang onzekerheden weggenomen door de toekomstige prijsverhogingen voor betonmortel uit te wisselen. Hierdoor hebben zij de onderlinge concurrentie structureel onttrokken aan het (normale) proces van vrije concurrentie. De uitwisseling was erop gericht de onderlinge prijsconcurrentie te beperken. Hierdoor zijn de afnemers structureel beperkt in de mogelijkheid om te profiteren van de (prijsverlagende) druk die normaliter van prijsconcurrentie tussen ondernemingen uitgaat.
224. Voorts geldt dat hoe sterker de markt geconcentreerd is, des te nuttiger het is om elkaar prijsinformatie te verschaffen om onzekerheden te verminderen en des te groter wordt de stimulans voor partijen om dit soort informatie uit te wisselen en deze (mede) bepalend te laten zijn voor de eigen prijsvorming. Dit geldt ook zeker wanneer sprake is

van een oligopolistische marktstructuur, zoals partijen hebben gesteld en een homogeen product als betonmortel.

225. Met het oog op bovenstaande heeft de overtreding derhalve, anders dan betrokken partijen aangeven, een aanzienlijke economische weerslag op de markt. Alle vorenstaande elementen in aanmerking genomen acht de Raad het in dit geval aangewezen de boete te bepalen op 6% van de Boetegrondslag.

4.4 Toerekening

Zienswijze

226. De overige partijen, de moederbedrijven van de betrokken ondernemingen, hebben gemotiveerd betwist dat de overtreding aan hen kan worden toegerekend.
227. Zo voert NCD Betonmortelgroep B.V. bijvoorbeeld aan dat zij pas op 7 mei 2002 100% van de aandelen in Exploitatiemaatschappij Transportbeton heeft verworven en derhalve vanaf die datum pas aandeelhouder is van Transportbeton Utrecht B.V. en hiermee venoot in BHU vof. Van enige aansprakelijkheid voor die datum zou geen sprake kunnen zijn. Bovendien is wat betreft BHU vof geen toerekening mogelijk omdat geen sprake is van een beslissende invloed aangezien NCD Betonmortelgroep B.V. slechts 50% van de aandelen in BHU vof bezit.

Beoordeling

228. Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, Mw kan de Raad krachtens artikel 56, eerste lid, Mw een boete of last onder dwangsom opleggen aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend.
229. Voor de vraag aan wie een overtreding van de Mededingingswet kan worden toegerekend, is niet het civiele recht, maar de Mededingingswet doorslaggevend.¹³⁶ Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet kunnen voor de beantwoording van de vraag aan wie een overtreding moet worden toegerekend, argumenten worden ontleend aan het communautaire mededingingsrecht.¹³⁷

¹³⁶ Rechtbank Rotterdam 13 februari 2004, zaak 02/309 MEDED (Secon), par. 2.4.4: zie tevens Besluit d-g NMa 21 december 2001, zaak 757 (Secon), advies Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, nr. 116-117.

¹³⁷ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86-87.

230. De gedragingen van een dochtermaatschappij kunnen ook aan haar moedermaatschappij worden toegerekend, indien de dochter, ondanks haar eigen rechtspersoonlijkheid, niet zelfstandig haar gedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.¹³⁸ Achterliggende gedachte hierbij is dat de dochter in een dergelijk geval tezamen met haar moeder een economische eenheid¹³⁹ en derhalve één onderneming vormt¹⁴⁰, en dat het uitsluitend ondernemingen zijn die een overtreding van de Mededingingswet kunnen begaan. Aangezien de NMa ingevolge art. 56 Mw in het geval van een overtreding van de Mededingingswet een sanctie enkel kan opleggen aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de door de onderneming begane overtreding kan worden toegerekend, dient zij in een rapport of besluit aan te geven of de rechtspersonen die blijkens het bewijsmateriaal rechtstreeks bij de overtreding zijn betrokken, moedermaatschappijen hebben die met deze dochters tot één onderneming kunnen worden gerekend en kan de NMa de overtreding aan al deze rechtspersonen toerekenen.¹⁴¹
231. Voor gedragingen van een dochtermaatschappij geldt als uitgangspunt dat deze aan de moedermaatschappij kunnen worden toegerekend, indien de dochter, ondanks haar eigen rechtspersoonlijkheid, niet zelfstandig haar gedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.¹⁴² In hoofdzaak wil zeggen dat het niet noodzakelijk is dat de moeder rechtstreeks betrokken is geweest bij de overtreding of de daarop betrekking hebbende activiteiten. Indien de moedermaatschappij het volledige kapitaal van de dochtermaatschappij bezit, wordt aangenomen dat de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochter. Uit de jurisprudentie van het Gerecht volgt dat bij 100% aandeelhouderschap kan worden uitgegaan van het feit dat de dochter de instructies van de moeder volgt en hierbij geen verplichting bestaat te onderzoeken of de

¹³⁸ HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69 (ICI), Jur. 1972, p. 619, r.o. 132-135.

¹³⁹ HvJ EG 31 oktober 1974, zaak 15/74 (Centrafarm), Jur. 1974, p. 1147, r.o. 41.

¹⁴⁰ HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 (Höfner & Elser), Jur. 1991, p. I-1979, r.o. 21.

¹⁴¹ HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73 (Commercial Solvents), Jur. 1974, p. 223, r.o. 41; Beschikking 2004/104/EG van de Commissie van 27 november 2002 (Methylglucamine), Pb 2004, L 38, p. 18, rnrs. 209-214; Beschikking 2004/420/EG van de Commissie van 3 december 2003 (Elektrische en mechanische koolstof- en grafietproducten), Pb 2004, L 125, p. 45, rnrs. 257-263, recente voorbeelden van Commissiebeschikkingen waarin (groot)moeders en dochters hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld: Beschikking 2004 van de Commissie van 9 december 2004 (E-2/37.533-Chlorine Chloride) en Beschikking van de Commissie van 20 oktober 2004 (C.38.238./B.2 Raw Tobacco Spain).

¹⁴² HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69 (ICI), Jur. 1972, p. 619, r.o. 132-135.

moedermaatschappij die macht daadwerkelijk heeft uitgeoefend.¹⁴³ Het is de moedermaatschappij die dit vermoeden met afdoende bewijzen dient te weerleggen.¹⁴⁴

232. Een enkele - onvoldoende feitelijk gemotiveerde - betwisting van het feit dat de moedermaatschappij een beslissende invloed op het gedrag van de dochtermaatschappij heeft gehad, is onvoldoende om de moedermaatschappij te kunnen beschermen tegen (hoofdelijke) aansprakelijkheid. In dat geval mag worden aangenomen dat de moederonderneming een beslissende invloed heeft gehad op het gedrag van haar dochter, waarmee het gedrag van haar dochter tevens aan de moeder kan worden toegerekend. De moedermaatschappij en haar dochters vormen vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt een economische eenheid en de boete kan dus aan beide rechtspersonen worden opgelegd. Beide zijn hoofdelijk aansprakelijk: betaling door de ene rechtspersoon bevrijdt de ander ten opzichte van de NMa.¹⁴⁵
233. Met betrekking tot Papendrecht stelt de Raad vast dat Van Nieuwpoort Betonmortel ten tijde van de overtreding een beslissende invloed heeft gehad op het gedrag van deze dochtermaatschappij. Van Nieuwpoort Betonmortel bezit immers 100% van de aandelen van Papendrecht.¹⁴⁶ Bovendien fungeert zij als directeur van Papendrecht en heeft zij zelf actief aan de afstemming deelgenomen door aanwezig te zijn op de najaarsbijeenkomsten en prijsinformatie uit te wisselen. Derhalve kan worden geconcludeerd dat Van Nieuwpoort Betonmortel ten tijde van de overtreding het commerciële beleid van Papendrecht heeft kunnen bepalen. De overtreding van Papendrecht wordt derhalve aan Papendrecht en aan Van Nieuwpoort Betonmortel toegerekend. Tevens stelt de Raad vast dat Van Nieuwpoort Nederland B.V. ten tijde van de overtreding een beslissende invloed heeft gehad op het gedrag van haar dochtermaatschappij Papendrecht. Van Nieuwpoort Nederland B.V. bezit immers 100% van de aandelen van Van Nieuwpoort Betonmortel.¹⁴⁷

¹⁴³ GvEA 15 juni 2005, gev. zaken T-71/03, T-74/03, T87/03 en T-91/03, Grafietkartel, n.n.g., punten 59 e.v. (Zie ook Besluit d-g NMa 14 juni 2004, zaak 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC).

¹⁴⁴ HvJ EG 25 oktober 1983, zaak 107/82 (AEG), Jur. 1983, p. 3151, r.o. 50; HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P (Stora), Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29. GvEA 15 juni 2005, zaak T- 325/01, DaimlerChrysler, r.o. 217-222.

¹⁴⁵ GvEA 15 juni 2005, gev. zaken T-71/03, T-74/03, T87/03 en T-91/03, Grafietkartel, n.n.g., punten 62. Zowel de NMa als de Commissie houdt (groot)moeder(s) in dat geval hoofdelijk aansprakelijk, zie bijvoorbeeld besluit d-g NMa 14 juni 2004, zaak 3689 (Aanbesteding dakrenovatie AMC), recente voorbeelden van Commissiebeschikkingen waarin (groot)moeders en dochters hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld: Beschikking van de Commissie van 9 december 2004 (E-2/37.533-Chlorine Chloride) en Beschikking van de Commissie van 20 oktober 2004 (C.38.238./B.2 Raw Tobacco Spain).

¹⁴⁶ Vergelijk HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P (Stora), Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29.

¹⁴⁷ Zaak T-352/94 Mo och Domsjö, Jur. 1998, II-1989, r.o. 87-95.

234. Met betrekking tot Van der Velden stelt de Raad vast dat Van Nieuwpoort Betonmortel ten tijde van de overtreding een beslissende invloed heeft gehad op het gedrag van deze dochtermaatschappij. Van Nieuwpoort Betonmortel bezit immers 100% van de aandelen van Van der Velden.¹⁴⁸ Bovendien fungeert zij als directeur van Van der Velden en heeft zij zelf actief aan de afstemming deelgenomen door aanwezig te zijn op de najaarsbijeenkomsten en prijsinformatie uit te wisselen. Derhalve kan worden geconcludeerd dat Van Nieuwpoort Betonmortel ten tijde van de overtreding het commerciële beleid van Van der Velden heeft kunnen bepalen. De overtreding van Van der Velden wordt derhalve aan Van der Velden en aan Van Nieuwpoort Betonmortel toegerekend. Tevens stelt de Raad vast dat Van Nieuwpoort Nederland B.V. ten tijde van de overtreding een beslissende invloed heeft gehad op het gedrag van haar dochtermaatschappij Van der Velden. Van Nieuwpoort Nederland B.V. bezit immers 100% van de aandelen van Van Nieuwpoort Betonmortel.¹⁴⁹
235. Wat betreft BHU vof stelt de Raad vast dat deze vennootschap niet over rechtspersoonlijkheid beschikt. De Raad rekent de overtreding toe aan de rechtspersoonlijkheid bezittende entiteiten die ten tijde van de overtreding de vennoten van BHU vof waren. Tijdens de gehele duur van de overtreding was Hanson vennoot van BHU vof en aldus wordt de overtreding aan haar toegerekend. De andere vennoot van BHU vof was tijdens de gehele duur van de overtreding Basal Utrecht B.V. (vóór 1 juni 2002 Transportbeton Utrecht B.V. genaamd). Basal Utrecht B.V. is op 31 mei 2003 gefuseerd met Basal Midden B.V. als de verkrijgende rechtspersoon. Basal Midden B.V. is op haar beurt op 31 mei 2003 gefuseerd met NCD Betonmortelgroep B.V. met NCD Betonmortelgroep B.V. als de verkrijgende rechtspersoon. Aldus is NCD Betonmortelgroep B.V. de rechtsopvolger van Basal Utrecht B.V. (en Basal Midden B.V.) en wordt de overtreding van BHU vof ook aan haar toegerekend. Hanson en de NCD Betonmortelgroep hebben elk een 50%-belang in BHU vof.
236. Met betrekking tot De Lek stelt de Raad vast dat Houdstermaatschappij Betonmortelcentrale De Lek B.V. ten tijde van de overtreding een beslissende invloed heeft gehad op het gedrag van deze dochtermaatschappij. Houdstermaatschappij Betonmortelcentrale De Lek B.V. bezit immers 100% van de aandelen van De Lek.¹⁵⁰ Derhalve kan worden geconcludeerd dat Houdstermaatschappij Betonmortelcentrale De Lek B.V. ten tijde van de overtreding het commerciële beleid van De Lek heeft kunnen bepalen. De overtreding van Van Lek wordt derhalve aan De Lek en aan Houdstermaatschappij Betonmortelcentrale De Lek B.V. toegerekend.

¹⁴⁸ Vergelijk HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P (Stora), Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29.

¹⁴⁹ Zaak T-352/94 Mo och Domsjö, Jur. 1998, II-1989, r.o. 87-95.

¹⁵⁰ Vergelijk HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P (Stora), Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29.

237. Met betrekking tot Mebin stelt de Raad vast dat ENCI Holding N.V. ten tijde van de overtreding een beslissende invloed heeft gehad op het gedrag van deze dochtermaatschappij. ENCI Holding N.V. bezit immers 100% van de aandelen van Mebin.¹⁵¹ Derhalve kan worden geconcludeerd dat ENCI Holding N.V. ten tijde van de overtreding het commerciële beleid van Mebin heeft kunnen bepalen. De overtreding van Mebin wordt derhalve aan Mebin en aan ENCI Holding N.V. toegerekend.
238. Met betrekking tot Transportbeton Diemen stelt de Raad vast dat haar achtereenvolgende (groot)moedermaatschappijen Betonmortelbedrijven Cementbouw B.V., NCD Betonmortelgroep B.V. en Ballast Nedam Industrie en Toelevering B.V. ten tijde van de overtreding ieder voor een bepaalde periode gedurende de overtreding een beslissende invloed hebben gehad op het gedrag van deze dochtermaatschappij. De (groot)moedermaatschappijen bezaten immers ieder voor een bepaalde periode gedurende de overtreding 100% van de aandelen van Transportbeton Diemen.¹⁵² NCD Betonmortelgroep B.V. heeft echter in ieder geval tot en met 2001, het jaar waarin de laatste najaarsbijeenkomst plaatsvond waar is gesproken over de prijsniveaus van betonmortel in 2002, een beslissende invloed gehad op het gedrag van Transportbeton Diemen. Derhalve kan worden geconcludeerd dat NCD Betonmortelgroep B.V. een beslissende invloed op het commerciële beleid van Transportbeton Diemen heeft kunnen bepalen tot en met het jaar 2002. De overtreding van Transportbeton Diemen wordt derhalve aan Transportbeton Diemen en pro rata aan NCD Betonmortelgroep B.V. toegerekend.
239. Met betrekking tot Hanson stelt de Raad vast dat Pioneer International B.V. ten tijde van de overtreding een beslissende invloed heeft gehad op het gedrag van deze dochtermaatschappij. Pioneer International B.V. bezit immers 100% van de aandelen van Hanson.¹⁵³ Derhalve kan worden geconcludeerd dat Pioneer International B.V. ten tijde van de overtreding het commerciële beleid van Hanson heeft kunnen bepalen. De overtreding van Hanson wordt derhalve aan Hanson en aan Pioneer International B.V. toegerekend.

4.5 Vaststelling van de hoogte van de boete voor:

¹⁵¹ Vergelijk HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P (Stora), Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29.

¹⁵² Vergelijk HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P (Stora), Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29.

¹⁵³ Vergelijk HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P (Stora), Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29.

240. Aan de hand van door partijen in het kader van deze procedure verschaftte omzetgegevens kan de Raad de betrokken omzet voor de periode van de overtreding bepalen. Op basis van deze betrokken omzet kan vervolgens de boetegrondslag worden berekend.

Betonmortelfabriek Utrecht "Befu" B.V

241. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Betonmortelfabriek Utrecht "Befu" B.V. vastgesteld op EUR 14.553.000. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad uit van een bedrag EUR 873.180.
242. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Betonmortelfabriek Utrecht "Befu" B.V. een boete op van EUR 873.180.

Betonmortelcentrale De Lek B.V.

243. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Betonmortelcentrale De Lek B.V. vastgesteld op EUR 5.264.000. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad uit van een bedrag EUR 318.180.
244. Zoals blijkt uit randnummer 236 wordt de overtreding die door Betonmortelcentrale De Lek B.V. is begaan tevens toegerekend aan Houdstermaatschappij Betonmortelcentrale De Lek B.V.
245. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Betonmortelcentrale De Lek B.V. en aan Houdstermaatschappij Betonmortelcentrale De Lek B.V. (gezamenlijk) een boete op van EUR 315.840.

Betonmortelcentrale Gorkum B.V.

246. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Betonmortelcentrale Gorkum B.V. vastgesteld op EUR 8.958.652. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad uit van een bedrag EUR 537.519.
247. Gorkum heeft op de hoorzitting aangevoerd dat er sprake is van boeteverlagende omstandigheden voor Gorkum, aangezien zij actief aan het onderzoek van de NMa heeft meegewerkt door toegang tot het bedrijfspand te verlenen, alle relevante documenten te verstrekken en het onderzoek op geen enkele wijze heeft getracht te dwarsbomen.

Bovendien heeft zij geen contact met de overige betonmortelcentrales. Daarnaast vraagt Gorkum om rekening te houden met haar financiële positie.

248. De Raad kan op basis van punt 28 van de Richtsnoeren boetetoemeting besluiten tot boeteverlaging wanneer een onderneming verdergaande medewerking aan het onderzoek heeft verleend dan waartoe zij wettelijk is gehouden. Het verlenen van toegang tot een bedrijfspand en inzage geven in relevante documenten zijn echter geen vormen van verdergaande medewerking, aangezien dit valt binnen de wettelijke bevoegdheden van de Raad. Het argument dat Gorkum niet heeft getracht het onderzoek te dwarsbomen kan niet als verdergaande medewerking worden gekwalificeerd. De Raad ziet derhalve in de handelwijze van Betonmortelcentrale Gorkum B.V. geen boeteverlagende omstandigheid.
249. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Betonmortelcentrale Gorkum B.V. een boete op van EUR 537.519.

Van der Velden Betonmortel Centrale B.V.

250. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Van der Velden Betonmortel Centrale B.V. vastgesteld op EUR 5.472.348. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad NMa uit van een bedrag EUR 328.340. Voor Van der Velden Betonmortel Centrale B.V. geldt dat slechts is aangetoond dat zij voor een jaar (in plaats van vier jaar) aan de overtreding heeft deelgenomen. De Raad legt derhalve aan Van der Velden Betonmortel Centrale B.V. op die grond een boete op van $\frac{1}{4}$ deel van EUR 328.340.
251. Zoals blijkt uit randnummer 234 wordt de overtreding die door Van der Velden Betonmortel Centrale B.V. is begaan tevens toegerekend aan Van Nieuwpoort Betonmortel B.V. en aan Van Nieuwpoort Nederland B.V.
252. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Van der Velden Betonmortel Centrale B.V., aan Van Nieuwpoort Betonmortel B.V. en aan Van Nieuwpoort Nederland B.V. (gezamenlijk) een boete op van EUR 82.085.

Betoncentrale "Papendrecht" B.V.

253. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Betoncentrale "Papendrecht" B.V. vastgesteld op EUR 7.416.905. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad uit van een bedrag EUR 445.014.

254. Zoals blijkt uit randnummer 233 wordt de overtreding die door Betoncentrale Papendrecht B.V. is begaan tevens toegerekend aan Van Nieuwpoort Betonmortel B.V. en aan Van Nieuwpoort Nederland B.V.
255. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Betoncentrale Papendrecht B.V., aan Van Nieuwpoort Betonmortel B.V. en aan Van Nieuwpoort Nederland B.V. (gezamenlijk) een boete op van EUR 445.014.

Goudse Betonmortel Centrale B.V.

256. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Goudse Betonmortel Centrale B.V. vastgesteld op EUR 8.539.326. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad uit van een bedrag EUR 512.359.
257. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Goudse Betonmortel Centrale B.V. een boete op van EUR 512.359.

Hanson Beton Nederland B.V.

258. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Hanson Beton Nederland B.V. vastgesteld op EUR 10.052.000. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad uit van een bedrag EUR 603.120. Voor Hanson Beton Nederland B.V. geldt dat slechts is aangetoond dat zij voor een jaar (in plaats van vier jaar) aan de overtreding heeft deelgenomen. De Raad legt derhalve aan Hanson Beton Nederland B.V. op die grond een boete op van 1/4 deel van EUR 603.120.
259. Zoals blijkt uit randnummer 239 wordt de overtreding die door Hanson Beton Nederland B.V. is begaan tevens toegerekend aan Pioneer International B.V.
260. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Hanson Beton Nederland B.V. en aan Pioneer International B.V. (gezamenlijk) een boete op van EUR 150.780.

Mebin B.V.

261. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Mebin B.V. vastgesteld op EUR 30.900.000. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad uit van een bedrag EUR 1.854.000.
262. Zoals blijkt uit randnummer 237 wordt de overtreding die door Mebin B.V. is begaan tevens toegerekend aan ENCI Holding N.V.

263. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Mebin B.V. en aan ENCI Holding N.V. (gezaamenlijk) een boete op van EUR 1.854.000.

Transportbeton Diemen B.V.

264. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Transportbeton Diemen B.V. vastgesteld op EUR 13.029.177. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad uit van een bedrag EUR 781.750.
265. Zoals blijkt uit randnummer 238 wordt de overtreding die door Transportbeton Diemen B.V. is begaan tevens toegerekend aan NCD Betonmortelgroep B.V.
266. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Transportbeton Diemen B.V. en NCD Betonmortelgroep B.V. (gezaamenlijk) een boete op van EUR 781.750.

Basal Hanson Utrecht vof

267. Zoals volgt uit randnummer 235 dient de overtreding die door Basal Hanson Utrecht vof is begaan te worden toegerekend aan de beide vennoten van Basal Hanson Utrecht vof. Bij het opleggen van de boete wordt aangesloten bij de omzet van BHU vof aangezien zij de overtreding heeft begaan. Aangezien een boete niet aan een v.o.f. kan worden opgelegd dienen de vennoten ieder de helft van de aan BHU vof opgelegde boete te voldoen.
268. Conform randnummer 9 van de Bekendmaking boetetoemeting betonsector wordt de boetegrondslag voor Basal Hanson Utrecht vof vastgesteld op EUR 7.582.000. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 6%, gaat de Raad uit van een bedrag EUR 454.920.
269. BHU vof wijst nog op het feit dat zij begin 2003 een gedragscode heeft geïntroduceerd om de medewerkers bewust te maken van de mededingingsregels en deze regels te doen naleven.
270. De Raad merkt op dat het hanteren van een gedragscode of een zogenaamd "compliance programme" onder bijzondere omstandigheden als boeteverlagend element kan worden aangemerkt, wanneer deze is ingevoerd voordat de overtreding plaatsvond. Het moet dan in ieder geval gaan om een onderneming met een daadwerkelijk geïmplementeerd, werkend en voldoende effectief bedrijfscontrolesysteem met scherpe interne procedures om naleving van de Mededingingswet te bevorderen.

Daarnaast geldt met name dat er geen hooggeplaatste vertegenwoordigers van de onderneming bij de desbetreffende overtreding betrokken mogen zijn.¹⁵⁴

271. In dit geval kan niet van een daadwerkelijk geïmplementeerd “compliance programme” worden gesproken. De gedragscode werd pas begin 2003 door BHU vof geïntroduceerd en kan pas effectief zijn geweest na het verstrijken van de periode waarin de overtreding plaatsvond. Bovendien heeft een hooggeplaatste vertegenwoordiger van BHU vof aan de overtreding deelgenomen. De Raad ziet derhalve in de gedragscode van BHU vof in dit geval geen boeteverlagende omstandigheid.
272. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan NCD Betonmortelgroep B.V een boete op van EUR 227.460.
273. In het licht van het voorgaande legt de Raad aan Hanson Beton Nederland B.V. een boete op van EUR 227.460.

¹⁵⁴ Zie het besluit van de d-g NMa van 30 december 2002, 2658 - Mobiele Operators, rn.161. Zoals gehandhaafd in het besluit op bezwaar inzake Mobiele Operators van 27 september 2004.

5 BESLUIT

De Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit legt de volgende boetes op aan:

Betonmortelfabriek Utrecht “Befu” B.V., statutair gevestigd te Utrecht, een boete op van EUR 873.180,00.

Betonmortelcentrale De Lek B.V., statutair gevestigd te Groot-Ammers, en Houdstermaatschappij Betonmortelcentrale De Lek B.V., statutair gevestigd te Groot-Ammers, een boete op van EUR 315.840,00.
waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

Betonmortelcentrale Gorkum B.V., statutair gevestigd te Gorinchem, een boete op van EUR 537.519,00.

Goudse Betonmortel Centrale B.V., statutair gevestigd te Gouda, een boete op van EUR 512.359,00.

Betoncentrale Papendrecht B.V., statutair gevestigd te Papendrecht, Van Nieuwpoort Betonmortel B.V., statutair gevestigd te Gouda, en Van Nieuwpoort Nederland B.V., statutair gevestigd te Gouda, een boete op van EUR 445.014,00.
waarbij bovengenoemde rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

Van der Velden Betonmortel Centrale B.V., statutair gevestigd te Rotterdam, en Van Nieuwpoort Betonmortel B.V., statutair gevestigd te Gouda, en Van Nieuwpoort Nederland B.V., statutair gevestigd te Gouda, een boete op van EUR 82.085,00.
waarbij bovengenoemde rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

Mebin B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, en ENCI Holding N.V., statutair gevestigd te ‘s-Hertogenbosch, een boete op van EUR 1.854.000,00.
waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

Transportbeton Diemen B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, en NCD Betonmortelgroep B.V., statutair gevestigd te Nieuwegein, een boete op van EUR 781.750,00.

waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

Hanson Beton Nederland B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, en Pioneer International B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, een totale boete (EUR 150.780 en 227.460) op van EUR 378.240,00.

waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

NCD Betonmortelgroep B.V., statutair gevestigd te Nieuwegein, een boete op van EUR 227.460,00.

Deze beschikking is gericht tot ieder van bovengenoemde rechtspersonen afzonderlijk.

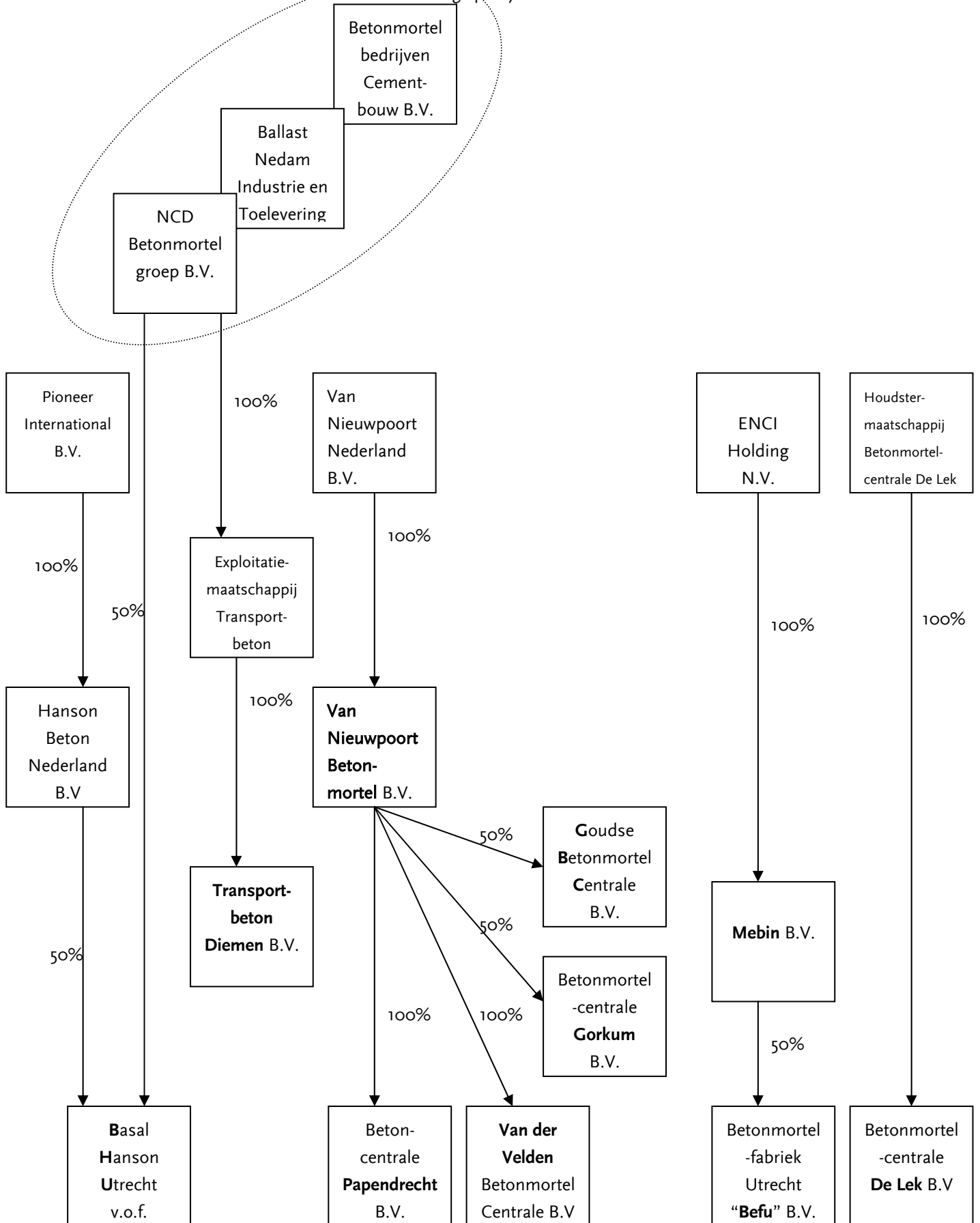
Datum: 11 januari 2006

w.g. P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de NMa, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, DEN HAAG. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de Raad van Bestuur van de NMa verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.

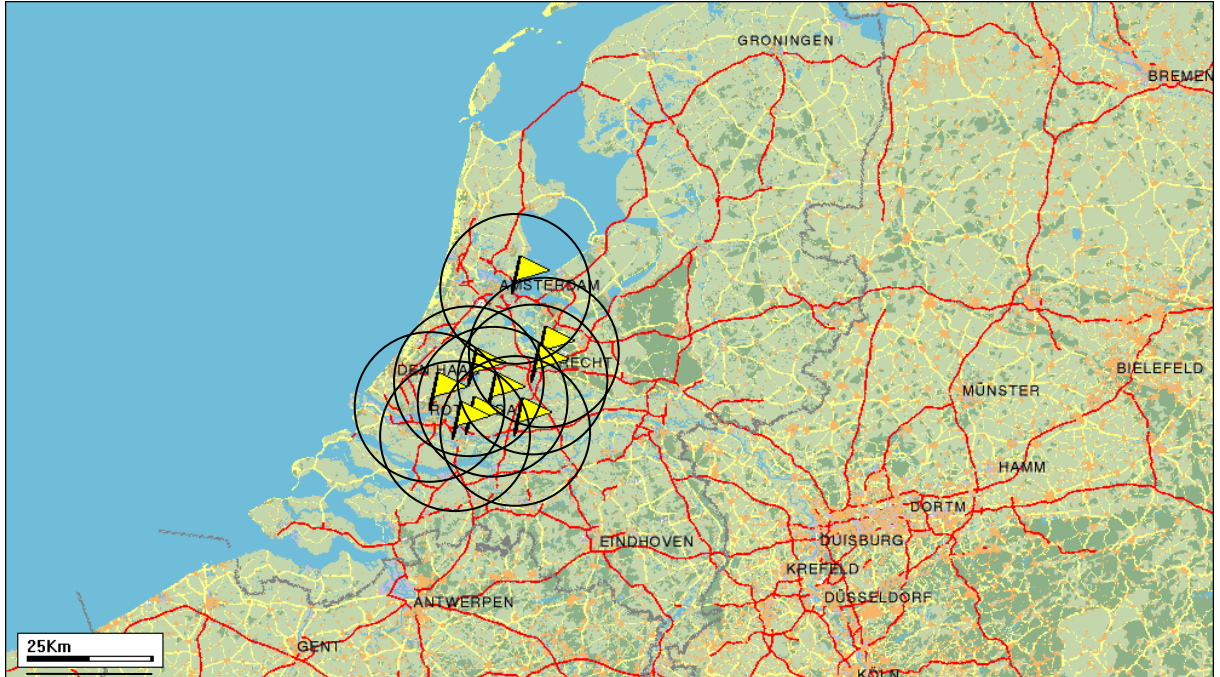
Bijlage I

Schematisch overzicht van betrokken en overige partijen.



BIJLAGE II

Kaart 1: verzorgingsgebieden met een straal van 30 km



Kaart 2: verzorgingsgebieden met een straal van 40 km

