

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 6431_1/172

Betreft zaak: Kazerne II

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

1 Inleiding

1.1 Het verloop van de procedure

1. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) heeft op 11 december 2006 onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) door ondernemingen die actief zijn op het gebied van schilderwerkzaamheden in de omgeving van Eindhoven.
2. Het onderzoek is gestart naar aanleiding van een klacht door woningbouwcorporatie Stichting Trudo en bouwbedrijf Stam + De Koning Bouw B.V.¹
3. Het onderzoek betreft de schildersbedrijven Buysen Schilders B.V. (hierna: Buysen), Ernis Schilderwerken B.V. (hierna: Ernis) als economische opvolger van Ernis Schilders B.V. (hierna: Ernis Schilders), I & ES B.V. (hierna: I&ES), Schildersbedrijf Van de Looij B.V. (hierna: Van de Looij), Schildersbedrijf Metim B.V. (hierna: Metim) en Schilderwerken Eindhoven B.V. (hierna: SWE). Tevens is calculatiebureau Coöperatieve Vereniging Spegelt U.A. (hierna: Spegelt) in het onderzoek betrokken. Deze ondernemingen worden hierna ook gezamenlijk aangeduid als de "Betrokken ondernemingen".
4. Het onderzoek betreft een onderhandse aanbesteding voor het verkrijgen van de opdracht van Defensie voor het project "Schilderwerkzaamheden aan de gebouwen 217, 218, 220 & 221 op de Generaal Majoor De Ruijter van Steveninckkazerne te Oirschot" in april 2005.

¹ Dossierstukken 6431_1/2 en 6431_1/5.

5. Gedurende het onderzoek heeft de NMa bedrijfsbezoeken uitgevoerd. Tevens heeft de Belgische mededingingsautoriteit op verzoek van de NMa een huiszoeking verricht op het woonadres van de directeur van het calculatiebureau van Spegelt in België. Van de onderzoeken op bedrijfslocaties en in de woning zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt, welke zijn opgenomen in het dossier.² Daarnaast is aanvullende informatie van de Betrokken ondernemingen verkregen naar aanleiding van schriftelijke vragen die de NMa heeft gesteld.³
6. Naar aanleiding van het onderzoek is een redelijk vermoeden gerezen dat artikel 6, eerste lid, Mw is overtreden door Buysen, Ernis Schilders, I&ES, Van de Looij, Metim, SWE en Spegelt. Dit heeft geresulteerd in een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw, dat de Raad op 24 september 2008 heeft doen opmaken en dat is toegezonden aan de Betrokken ondernemingen (hierna: het Rapport).⁴
7. Gelet op het bepaalde in artikel 60, eerste lid, Mw is aan Betrokken ondernemingen de mogelijkheid geboden schriftelijke zienswijzen omtrent het Rapport in te dienen. De Betrokken ondernemingen, met uitzondering van Metim, hebben hiervan gebruik gemaakt.
8. Betrokken ondernemingen hebben, eveneens gelet op artikel 60, eerste lid, Mw, op 12 februari 2009 tijdens een daartoe georganiseerde hoorzitting, mondeling hun zienswijzen naar voren gebracht omtrent het Rapport. Van deze hoorzitting is een verslag opgemaakt dat op 7 april 2009 aan Betrokken ondernemingen is toegezonden.⁵

1.2 Inhoud van dit besluit

9. In dit besluit wordt geconcludeerd dat het bovengenoemde zestal schildersbedrijven en calculatiebureau Spegelt het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 6 Mw hebben overtreden door voorafgaand aan een onderhandse aanbesteding van Defensie het aanbestede werk onderling te verdelen, de inschrijfprijzen af te stemmen en een onderlinge rekenvergoeding af te spreken. De schildersbedrijven werden bij hun kartelvorming ondersteund door het calculatiebureau, dat onder andere ter hare kantore een bestekbespreking organiseerde, hierbij zelf aanwezig was en documenten opstelde met weergaven van gemaakte afspraken. Het feit dat alle voor de onderhandse aanbesteding uitgenodigde ondernemingen betrokken waren bij de verboden handelwijze heeft de onzekerheid over de wijze waarop door concurrenten werd ingeschreven geheel

² Dossierstukken 6431_1/22, 6431_1/23 en 6431_6/1.

³ Dossierstukken 6431_1/36, 6431_1/66, 6431_2/1, 6431_2/2, 6431_2/4, 6431_3/1, 6431_4/1, 6431_5/1, 6431_6/10, 6431_6/11 en 6431_7/1.

⁴ Dossierstuk 6431_1/64.

⁵ Dossierstuk 6431_1/130.

weggenomen, met als resultaat dat Defensie op geen enkele wijze heeft kunnen profiteren van een prijsdrukkend effect van concurrentie. Dergelijke afspraken vormen een zeer zware overtreding van de Mededingingswet. Met dit besluit worden de ondernemingen door de Raad beboet.

10. In hoofdstuk 2 van dit besluit worden de feiten en omstandigheden uiteengezet waaruit de overtreding naar de mening van de Raad blijkt. Achtereenvolgens wordt ingegaan op (de context van) de aanbesteding, de contacten tussen de Betrokken ondernemingen in het kader van de aanbesteding en de daarbij gemaakte afspraken. Ten slotte beschrijft dit hoofdstuk de feiten waaruit blijkt dat de Betrokken ondernemingen daadwerkelijk uitvoering hebben gegeven aan de gemaakte afspraken. Hoofdstuk 3 bevat de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden met inbegrip van de zienswijze van de Betrokken ondernemingen daarop. Hoofdstuk 4 behandelt de toerekening van de overtreding en ten slotte wordt in hoofdstuk 5 ingegaan op de sanctie die de Raad voor deze overtreding gepast acht.

1.3 De Betrokken ondernemingen

11. Buysen is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Eindhoven. Buysen houdt zich blijkens het Handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna: Handelsregister) onder meer bezig met de uitoefening van het schildersbedrijf. Enig aandeelhouder en bestuurder van Buysen is Van Tongerlo Beheer B.V., statutair gevestigd te Hapert.
12. Ernis is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Maasdonk. Uit het Handelsregister blijkt dat Ernis zich bezighoudt met de uitoefening van het schilders- en glaszettersbedrijf. Ernis is de economische opvolger van Ernis Schilders, welke op 4 oktober 2007 als rechtspersoon is opgehouden te bestaan als gevolg van een faillissement.
13. I&ES, thans Gevelinvest Vastgoedschilders B.V., is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Erp. I&ES, thans Gevelinvest Vastgoedschilders B.V., houdt zich blijkens het Handelsregister bezig met het uitvoeren van schilders- en behangerswerkzaamheden. Enig aandeelhouder van I&ES, thans Gevelinvest Vastgoedschilders B.V., is I. & E.S. Projektmanagement B.V, thans Gevelinvest Advies en Beheer B.V., statutair gevestigd te Veghel. Enig aandeelhouder en bestuurder van I. & E.S. Projektmanagement B.V, thans Gevelinvest Advies en Beheer B.V, is I. & E.S. Beheer B.V, thans Gevelinvest Faciliteiten B.V., eveneens statutair gevestigd te Veghel. Enig aandeelhouder en bestuurder van I. & E.S. Beheer B.V, thans Gevelinvest Faciliteiten B.V., is P. Valks Holding B.V., statutair gevestigd te Erp.

14. Van de Looij is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Veldhoven. Van de Looij houdt zich blijkens het Handelsregister bezig met het aannemen en uitvoeren van schilderwerk, glaszetten, behangen en aanverwante werkzaamheden.
15. Metim is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Eindhoven. Uit het Handelsregister blijkt dat Metim zich bezig houdt met schilderen, behangen en glaszetten.
16. SWE, thans Rendon Eindhoven B.V., is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, die statutair is gevestigd te Eindhoven. Volgens het Handelsregister houdt SWE, thans Rendon Eindhoven B.V. zich bezig met het aannemen en uitvoeren van schilderwerken, alsmede de handel in verfwaren, glas en behang. Enig aandeelhouder en bestuurder van SWE, thans Rendon Eindhoven B.V., is Rendon Beheer B.V. (hierna: Rendon). Zij is statutair gevestigd te Arkel.
17. Spiegelt is een coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid naar Nederlands recht, die statutair is gevestigd te Helmond. Spiegelt houdt zich blijkens het Handelsregister bezig met het calculeren, het coördineren en het administratief ondersteunen van onderhouds- en/of schilderwerkzaamheden. Spiegelt is op 17 maart 2009 ontbonden.⁶

1.4 Het Rapport

18. Het, in het Rapport vermelde, redelijke vermoeden van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw, betreft – kort en zakelijk weergegeven – het volgende.
19. Het ministerie van Defensie, Dienst Gebouwen, Werken en Terreinen, Directie Zuid, Dienstkring Oirschot (hierna: Defensie) heeft op 6 april 2005 om 11.00 uur een onderhandse aanbesteding georganiseerd ten behoeve van schilderwerkzaamheden aan de gebouwen 217, 218, 220 & 221 op de Generaal Majoor De Ruijter van Steveninckkazerne te Oirschot (hierna: het Werk).
20. Defensie heeft schildersbedrijven Buysen, Ernis Schilders, I&ES, Van de Looij, Metim en SWE onderhands uitgenodigd om in te schrijven op het Werk.
21. Genoemde schildersbedrijven hebben, daarin ondersteund door Spiegelt, voorafgaande aan hun (individuele) inschrijving het Werk verdeeld, de inschrijfprijzen afgestemd en een

⁶ Dossierstuk 6431_1/134.

rekenvergoeding afgesproken. De Betrokken ondernemingen hebben daarmee een inbreuk gepleegd op het kartelverbod zoals vervat in artikel 6, eerste lid, Mw.

2 Feiten en omstandigheden

2.1 De aanbesteding

22. Defensie heeft bij brief van 9 maart 2005 verschillende schildersbedrijven onderhands uitgenodigd om in te schrijven op het Werk. In de brief maakt Defensie tevens melding van de verstrekking van (nadere) inlichtingen op 23 maart 2005 om 14.00 uur waarbij het Werk kon worden bezichtigd.⁷
23. De door Defensie uitgenodigde ondernemingen zijn: Buysen, Ernis Schilders, I&ES, Van de Looij, Metim en SWE. Defensie heeft geselecteerd uit regionaal gevestigde schildersbedrijven die reeds bij haar bekend waren.⁸
24. Vertegenwoordigers van Buysen, Ernis Schilders, I&ES, Van de Looij, Metim en SWE hebben het Werk, naar aanleiding van de uitnodiging daartoe door Defensie – gelijktijdig – op 23 maart 2005 bezichtigd.⁹
25. Op 6 april 2005 om 11.00 uur is Defensie overgegaan tot het openen van de inschrijfbiljetten, naar aanleiding van de inschrijvingen van Buysen, Ernis Schilders, I&ES, Van de Looij, Metim en SWE. Defensie heeft daarbij feitelijk het gunningscriterium ‘de laagste prijs’ gehanteerd.¹⁰ Op basis daarvan is Ernis Schilders, de laagste inschrijver, geselecteerd.
26. Op 21 april 2005 is het Werk voor het bedrag van EUR 189.465,00 (exclusief omzetbelasting) opgedragen aan Ernis Schilders.¹¹ Ernis Schilders heeft de opdracht op 25 april 2005 geaccepteerd.

2.2 De context van de aanbesteding

27. Uit de in het dossier opgenomen stukken en mondelinge verklaringen blijkt welke factoren een rol spelen bij de keuze van de opdrachtgever voor een onderhandse aanbesteding en de afwegingen van partijen gedurende het aanbestedingsproces.

⁷ Dossierstuk 6431_1/57, bijlage i.

⁸ Dossierstuk 6431_1/57, bijlage iv.

⁹ Dossierstuk 6431_1/72.

¹⁰ Dossierstukken 6431_1/57, bijlage iv en 6431_1/59.

¹¹ Dossierstuk 6431_1/57, bijlage iii.

28. Professionele opdrachtgevers, zoals in dit geval Defensie, maken gewoonlijk gebruik van bij hen bekende schildersbedrijven. Zij kunnen bijvoorbeeld het werk direct aan een schildersbedrijf gunnen dan wel een (onderhandse) aanbestedingsprocedure organiseren. Deze werkwijze vloeit voort uit de voorkeur van opdrachtgevers om te werken met schildersbedrijven waarmee zij reeds bekend zijn en die in het verleden reeds goede kwaliteit hebben geleverd.¹² Ook in het onderhavige geval is een onderhandse aanbesteding uitgeschreven.
29. Omgekeerd geldt dat ook de betrokken schildersbedrijven een voorkeur hebben voor 'bekende werken' omdat deze qua omvang en kosten beter zijn in te schatten. Indien het schildersbedrijf door de opdrachtgever is uitgenodigd om in te schrijven op een bepaald werk, is het ook geneigd daadwerkelijk in te schrijven. Dit geldt ook ten aanzien van aanbestedingen waarvoor het schildersbedrijf op dat moment geen concrete belangstelling heeft. Schildersbedrijven schrijven in dergelijke gevallen in om 'in beeld' te blijven bij de (potentiële) opdrachtgever.¹³
30. Het is gebruikelijk dat de opdrachtgever gelegenheid biedt aan uitgenodigde schildersbedrijven om het project fysiek te inspecteren en nadere informatie te verkrijgen. Zo heeft ook in de onderhavige zaak een inlichtingendag plaatsgevonden. Een dergelijke inlichtingendag is voor schildersbedrijven van belang om een inschatting van het werk te kunnen maken. Ook verschijnen schilders op de dag van inlichtingen om 'in beeld' te blijven bij potentiële opdrachtgevers.

2.3 De ondernemersvereniging Spegelt

31. Grotere schildersbedrijven, die inschrijven op aanbestedingen door professionele opdrachtgevers, laten zich – zeker bij ingewikkeld werk – veelal bijstaan door een calculator.¹⁴ Deze rekent het werk door ten behoeve van het schildersbedrijf en legt daarmee de basis voor de uiteindelijk inschrijving. Sommige schildersbedrijven hebben zelf een calculator in dienst. Andere schildersbedrijven kopen calculaties in via een calculatiebureau, zoals Spegelt.
32. Spegelt is opgericht door zowel schildersbedrijven als privé personen die alle actief zijn in de schildersbranche. De oprichters zijn tevens de leden van Spegelt en worden 'participanten' genoemd.¹⁵ Van de schildersbedrijven is I&ES¹⁶ participant. Van de Betrokken

¹² Dossierstuk 6431_1/42, p. 83.

¹³ Dossierstuk 6431_1/42, p. 54-58.

¹⁴ Dossierstuk 6431_1/42, p. 81.

¹⁵ Zie dossierstuk 6431_1/22, bijlage 2 (document met nummer 55280010390021). Alleen het schildersbedrijf van De Haan was niet betrokken bij de oprichting en is later participant geworden, zie dossierstuk 6431_1/42, p. 2-4.

¹⁶ I&ES heeft haar lidmaatschap per 1 januari 2009 beëindigd. Zie dossierstuk 6431_1/124, bijlage 15.

ondernemingen participeren tevens de heren [vertrouwelijk] (Van de Looij)¹⁷ en de heer [vertrouwelijk] (Spegelt) in privé.

33. Het afnemen van calculaties staat behalve voor de participanten ook open voor schildersbedrijven die niet participeren in Spegelt. Zij worden 'sympathisanten' genoemd. Spegelt vindt haar afnemers met name in het gebied tussen Breda en Venray. In totaal maakten ongeveer 50 schildersbedrijven gebruik van de diensten van Spegelt.¹⁸
34. De calculatiekosten worden omgeslagen¹⁹ over het aantal schildersbedrijven dat de calculatie heeft aangevraagd. Dit betekent dat de calculatiekosten per schildersbedrijf worden gedrukt naar mate meer schildersbedrijven door Spegelt hetzelfde werk laten calculeren. Spegelt voert daarom een actief beleid om calculaties aan sympathisanten te verkopen.²⁰ Daartoe maakt Spegelt gebruik van haar kennis van de markt, nu zij van de verschillende opdrachtgevers weet welke schildersbedrijven zij gewoonlijk in beeld hebben. Dit stelt Spegelt in staat de schildersbedrijven te benaderen waarvan vermoed kan worden dat zij een uitnodiging voor een onderhandse aanbesteding hebben ontvangen, als zij zich reeds niet zelf bij Spegelt hebben gemeld.²¹ Dat Spegelt effectief is in het benaderen van de relevante schildersbedrijven voor een bepaald project, wordt mede geïllustreerd door de klacht van Woningbouwcorporatie Trudo.²²
35. Spegelt organiseerde in voorkomende gevallen bestekbesprekingen voor alle ondernemingen die bij Spegelt een calculatie van een bepaald werk hadden afgenomen tegelijk. Bij deze bestekbesprekingen was iedereen die om de calculatie had verzocht welkom, dus zowel participanten als sympathisanten.²³

2.4 Gedragingen van de ondernemingen

2.4.1 Algemeen

36. In het onderstaande wordt beschreven welke feiten en omstandigheden de Raad vaststelt ten aanzien van de gedragingen door de Betrokken ondernemingen in het kader van de aanbesteding van het Werk. Hierbij wordt allereerst aandacht besteed aan het onderlinge contact tussen de Betrokken ondernemingen, en vervolgens dat en hoe dit heeft geleid tot

¹⁷ De heren [vertrouwelijk] hebben hun lidmaatschap op 7 november 2006 opgezegd. Zie dossierstuk 6431_1/124, bijlage 4.

¹⁸ Dossierstukken 6431_1/36 en 6431_1/42, p. 78.

¹⁹ Met een kleine korting voor participanten, zie dossierstuk 6431_1/42, p. 6.

²⁰ Dossierstuk 6431_1/36.

²¹ Daarvoor werd gebruik gemaakt van de ervaring van de heer [vertrouwelijk], zie dossierstukken 6431_1/36 en 6431_1/42, p. 21 en 28-29.

²² Dossierstuk 6431_1/2.

²³ Dossierstuk 6431_1/42, p. 30

het afspreken van een werkverdeling, een rekenvergoeding en de afstemming van inschrijfprijzen.

37. In het navolgende zijn de in de administratie van Spegelt aangetroffen documenten van belang. Het betreft twee overzichten die door Spegelt zijn opgesteld en die de schriftelijke weergave bevatten van het besprokene tussen de Betrokken ondernemingen. Deze overzichten zijn voorafgaand aan de inschrijving op het Werk opgesteld, zoals blijkt uit de volgende randnummers.
38. Allereerst is bij Spegelt een overzicht²⁴ (hierna: *overzicht 1*) aangetroffen waarop 'Nuenen, 4 april 2005' is vermeld. Dit is de datum en de plaats van de bestekbespreking.²⁵ Op het document zijn de prijzen van Metim met de hand bijgeschreven. Dit betekent dat het getypte deel van het document dateert van voor het moment waarop contact was tussen Spegelt en Metim over de prijzen op 5 april 2005.
39. Deze conclusie wordt nader ondersteund een tweede door Spegelt opgestelde overzicht (hierna: *overzicht 2*).²⁶ Het betreft de bijgewerkte versie van *overzicht 1* dat tevens refereert aan het telefonisch contact tussen Spegelt en Metim van 5 april 2005, de dag voor de daadwerkelijke inschrijving op het Werk.
40. Voorts is relevant dat sommige bedragen waarmee de schildersbedrijven uiteindelijk hebben ingeschreven²⁷ een kleine afwijking vertonen met de prijzen zoals vermeld op *overzicht 1* en *2*. Indien de schildersbedrijven hun inschrijfprijzen na de inschrijving op het Werk aan Spegelt hadden medegedeeld, zou een verschil tussen de bedragen op *overzicht 1* en *2* enerzijds en de aan Defensie prijs opgegeven inschrijfprijzen anderzijds niet te verwachten zijn. Voorstaande leidt tot de conclusie deze documenten dateren van voor de inschrijving op het Werk.

2.4.2 Contact tussen de ondernemingen

41. Tussen de schildersbedrijven is – al dan niet via Spegelt – voorafgaand aan de inschrijving onderling contact geweest in het kader van het Werk. Dit blijkt uit de navolgende feiten en omstandigheden.
42. Zoals vastgesteld in paragraaf 2.1 zijn vertegenwoordigers van de schildersbedrijven aanwezig geweest op 23 maart 2005 bij de dag van inlichtingen ten behoeve van de aanbesteding van het Werk. Hierdoor wisten de aanwezigen van elkaar dat zij een uitnodiging voor het Werk hadden ontvangen.

²⁴ Dossierstuk 6431_1/22, bijlage 2 (document met nummer 55280010390618).

²⁵ Zie paragraaf 2.4.2.

²⁶ Dossierstuk 6431_1/22, bijlage 2 (document met nummer 55280010390617).

²⁷ Zie paragraaf 2.5.

43. Naar aanleiding van de uitnodiging door Defensie om in te schrijven op het Werk, is elk van de uitgenodigde schildersbedrijven op enig moment in contact gekomen met Spegelt in het kader van de calculatie voor het Werk door Spegelt ten behoeve van de schildersbedrijven.²⁸
44. Spegelt heeft op 4 april 2005 te Nuenen een bestekbespreking georganiseerd in het kader van het Werk.²⁹ Van verschillende Betrokken ondernemingen zijn tijdens de bespreking van het bestek vertegenwoordigers aanwezig geweest. Het betreft de heer [vertrouwelijk] namens Buysen, de heer [vertrouwelijk] namens Ernis Schilders, de heer [vertrouwelijk] namens Van de Looij, de [vertrouwelijk] namens SWE en de heer [vertrouwelijk] namens Spegelt.³⁰
45. Metim heeft niet deelgenomen aan de bestekbespreking. Evenwel is na de bestekbespreking en voor de daadwerkelijke inschrijving telefonisch contact is geweest tussen Spegelt en Metim.³¹
46. I&ES ontkent dat van haar een vertegenwoordiger aanwezig is geweest op de bestekbespreking. De heer [vertrouwelijk] van Ernis Schilders heeft eerst verklaard dat de heer [vertrouwelijk] van I&ES aanwezig is geweest, maar heeft deze verklaring later herroepen.³²
47. Evenwel heeft I&ES voor het Werk laten calculeren door Spegelt. Daartoe is voorafgaande aan de inschrijving contact geweest tussen I&ES en Spegelt. De heer [vertrouwelijk], commercieel directeur van I&ES heeft verklaard dat hij – op verzoek van Spegelt – de inschrijfprijs telefonisch heeft doorgegeven.³³
48. Het contact tussen I&ES en Spegelt wordt bevestigd door *overzicht 1*. Dit document vermeldt de prijs waarmee I&ES heeft ingeschreven en is opgemaakt voorafgaand aan de inschrijving.³⁴ Tevens blijkt het contact uit het overzicht van de ondernemingen waarmee Spegelt in het kader van het Werk contact heeft onderhouden.³⁵

2.4.3 Werkverdeling

49. De schildersbedrijven hebben voorafgaand aan de inschrijving het Werk onderling verdeeld. De verdeling hield in dat Ernis Schilders het Werk mocht gaan maken, hetgeen blijkt uit het volgende.

²⁸ Dossierstuk 6431_1/66, p. 2.

²⁹ Dossierstuk 6431_1/66, p. 2.

³⁰ Dossierstukken 6431_1/66, p. 2, 6431_2/2, p. 1, 6431_3/1, p. 4 en 5, 6431_6/11, p. 9 en 6431_7/1, p. 3 en 4.

³¹ Dossierstukken 6431_1/66, p. 4 en 6431_5/1, p. 3 en 4.

³² Dossierstuk 6431_4/1, p. 3 en 4.

³³ Dossierstuk 6431_4/7, p. 3.

³⁴ Zie paragraaf 2.4.1.

³⁵ Dossierstuk 6431_1/65, bijlage 2 (document met nummer 55280010500036).

50. Op de bestekbespreking is duidelijk geworden dat Ernis Schilders het Werk graag wilde gaan maken en daartoe op preferentie heeft aangestuurd.³⁶ Ernis Schilders verklaart dat zij scherp voor het Werk heeft gerekend, mede omdat zij de opdracht nodig had in verband met haar financiële situatie en zij in de toekomst vaker werk voor Defensie wilde gaan maken: “*Er was geen discussie over wie het werk zou mogen maken. Vanuit de schilders was het toen duidelijk dat de laagste het zou mogen maken, ik dus*”³⁷ en verder “*Nou, iedereen was ermee akkoord dat de laagste het zou maken.*”³⁸
51. Van de Looij heeft verklaard: “*Het kan zijn dat iemand zegt dat hij per se het werk wil maken, dat kan, ik heb het nodig, ik moet het hebben. Dat kan hier best gebeurd zijn. Ernis is namelijk later failliet gegaan. Ernis heeft dat werk gekregen. [...] Dit geval weet ik mij te herinneren dat Ernis per se het werk wilde hebben.*”³⁹ Tevens verklaart Van de Looij: “*Ik denk dat wij akkoord zijn gegaan dat hij het zou doen omdat hij het werk zo hard nodig had.*”⁴⁰
52. SWE heeft verklaard: “*Ik denk dat het zo was dat Ernis het werk heel hard nodig had en ik genoeg andere opdrachten had. Ik geef niet zomaar werk weg, maar ik gun ook niemand een faillissement toe.*”⁴¹

2.4.4 Rekenvergoeding

53. De Betrokken ondernemingen hebben tijdens de bestekbespreking afgesproken dat Ernis Schilders, die het werk mocht maken, een rekenvergoeding verschuldigd zou zijn. De rekenvergoeding moet worden gezien als een tegemoetkoming in de rekenkosten.⁴² De vergoeding wordt betaald door diegene die het werk gaat maken.⁴³ Diegene betaalt tevens ‘administratiekosten’ aan Spegelt.⁴⁴ De rekenvergoeding en administratiekosten zijn, zoals uit het navolgende blijkt, in dit geval door de Betrokken ondernemingen vastgesteld op EUR 5.000.
54. Op overzicht 1 staat “*Rekenvergoeding 7*€5.000,-*” Ernis Schilders verklaart hierover: *We hadden afgesproken dat degene die het werk zou maken, ook degene zou zijn die voor de anderen, die kosten hebben gemaakt, een rekenvergoeding zou geven omdat er veel werk en tijd in gestoken was*⁴⁵ Ernis Schilders realiseerde zich dat zij de afgesproken rekenvergoeding zou moeten

³⁶ Preferentie is het “recht” om als laagste in te schrijven op een werk. Dit recht krijgt een onderneming van de andere ondernemingen die zijn uitgenodigd een inschrijving te doen.

³⁷ Dossierstuk 6431_3/1, p. 6.

³⁸ Dossierstuk 6431_3/1, p. 6.

³⁹ Dossierstuk 6431_6/11, p. 10.

⁴⁰ Dossierstuk 6431_6/10, p. 7.

⁴¹ Dossierstuk 6431_7/1, p. 5.

⁴² Dossierstuk 6431_1/42, p. 39.

⁴³ Dossierstuk 6431_1/66, p. 5.

⁴⁴ Dossierstuk 6431_1/66, p. 5.

⁴⁵ Dossierstuk 6431_3/1, p. 7.

gaan opbrengen. Zij verklaart hierover: “ *De 35 duizend euro, het verschil tussen die twee bedragen, is de afgesproken rekenvergoeding die ik bovenop mijn calculatieprijs heb gezet.*”⁴⁶

55. Van de Looij verklaart: “ *Ja, er wordt gezegd: ‘dan mag jij het maken, tel er voor ons wat bij’. Zo gaat dat, het is heel simpel, het is niet zo moeilijk als jullie denken. Zo van: ‘Ernis, wat is jouw prijs? Vijfendertig erbij, wat zijn jullie prijzen? Allemaal verhogen’.*”⁴⁷

56. SWE verklaart: “ *Ernis zou de rekenvergoeding aan de overige schilders hebben moeten betalen, maar die is failliet gegaan. Hij had de administratiekosten aan Spiegelt moeten betalen. [...] In zulke gevallen is dat gebruikelijk dat degene die het mag maken dat die dan de administratiekosten en de rekenvergoeding betaalt.*”⁴⁸

57. Metim verklaart: “ *Ik [kreeg] te horen dat Ernis lager zat en dat ik dus een rekenvergoeding zou krijgen.*”⁴⁹ Metim verklaart voorts: “ *Ik neem aan dat Ernis zijn prijs met de rekenvergoeding verhoogd heeft en dat hij het op die manier kon financieren.*”⁵⁰

58. De Raad constateert dat Buysen blijkbaar in eerste instantie zich ervan onbewust was dat er een rekenvergoeding was afgesproken, maar het bestaan van de rekenvergoeding heeft geconcludeerd uit *overzicht 1*, dat haar tijdens de verhoren door de NMa is getoond.⁵¹ Buysen heeft Spiegelt vervolgens aangesproken op de rekenvergoeding die zij nog tegoed had van Ernis Schilders. Daarbij heeft Buysen de veronderstelling gehad dat haar een rekenvergoeding toe kwam.

59. Spiegelt erkent dat sprake is van een rekenvergoeding en dat deze op de oorspronkelijke prijs is gezet: “ *Dat zal hier wel zo gegaan zijn dat hij gezegd heeft dat hij geen fouten gemaakt heeft en dus de rekenvergoeding en de administratiekosten vervolgens bovenop zijn eerdere calculatieprijs heeft gezet.*”⁵²

2.4.5 Afstemming inschrijfprijzen

60. De Betrokken ondernemingen hebben de inschrijfprijzen afgestemd, zo blijkt uit de navolgende documenten en verklaringen.

61. Op *overzicht 2* staan twee rijen met prijzen. Spiegelt verklaart over dit – van haar afkomstige – document: “ *De eerste, bovenste, rij bedragen zijn de prijzen waarvoor de schilders aanvankelijk*

⁴⁶ Dossierstuk 6431_3/1, p. 7.

⁴⁷ Dossierstuk 6431_6/11, p. 10.

⁴⁸ Dossierstuk 6431_7/1, p. 6.

⁴⁹ Dossierstuk 6431_5/1, p. 3.

⁵⁰ Dossierstuk 6431_5/1, p. 5.

⁵¹ Dossierstukken 6431_2/4, p. 1 en 6431_2/1, p. 6.

⁵² Dossierstuk 6431_1/66, p. 6.

*gecalculeerd hebben. De tweede, onderste, rij geeft de inschrijfprijzen weer die zijn bijgesteld naar aanleiding van de bestekbespreking van 4 april 2005.*⁵³

62. SWE verklaart over de prijzen op overzicht 2: *“Ik zie dat ik inderdaad voor 218.000 euro heb ingeschreven. Dat eerste bedrag was mijn calculatieprijs. Die berekening zie ik ook in mijn dossier liggen.”*⁵⁴ Tevens verklaart SWE: *“Kijk, de belangrijkste prijs op het document dat u mij laat zien, was natuurlijk van Ernis. Ik wist toen natuurlijk al dat ik het niet meer kon maken. [...] Kijk het enige dat dan telt is dat degene die preferentie krijgt dat die als laagste inschrijft en de rest maakt dan weinig meer uit. De volgorde maakt ook weinig uit, het enige dat dan nog telt is dat je niet te hoog wilt inschrijven dat de opdrachtgever dan denkt dat je wel heel erg duur bent. Je wilt dan dus niet uit de pas lopen met je prijs.”*⁵⁵
63. Metim verklaart over de prijzen op overzicht 2: *“Het eerste bedrag was zoals wij het gecalculeerd hadden. Tijdens het gesprek met de heer [vertrouwelijk], hebben we het erover gehad dat we dan nog iets moesten herzien en dat we toen zo rond die 213.500,- euro uit zouden komen. En de heer [vertrouwelijk] zei toen dat als we ons hieraan zouden conformeren dat het dan goed was”*⁵⁶ Over de getypte opmerking van Spegelt op overzicht 2: *“Gesprek Metim op 5 april. Conformanceert zich aan de afspraak en is blij, dat hij het werk niet heeft voor het bedrag van collega”* verklaart Metim als volgt: *“Nou, dat was de afspraak dat ik mijn calculatie wat een aantal onderdelen betreft zou herzien en dat ik voor die 213.500,- euro zou inschrijven.”*⁵⁷
64. Ernis Schilders verklaart dat zij haar originele prijs met de rekenvergoeding heeft verhoogd. Zulks blijkt uit genoemd overzicht, nu het verschil tussen de twee vermelde prijzen (EUR 189.465,00 respectievelijk EUR 154.465,00) van Ernis Schilders precies EUR 35.000 is. Ernis Schilders verklaart daarover: *“De 35 duizend euro, het verschil tussen die twee bedragen, is de afgesproken rekenvergoeding die ik bovenop mijn calculatieprijs heb gezet.”*⁵⁸
65. Van de Looij verklaart dat de prijzen naar aanleiding van de werkverdeling en de rekenvergoeding op tafel werden gelegd om te verzekeren dat de overige schildersbedrijven hoger zouden inschrijven. Zij verklaart naar aanleiding van het genoemde overzicht hoe dit in zijn werk ging: *“Wat zijn jullie prijzen, want jullie moeten allemaal hoger schrijven en die prijzen komen dan boven tafel.”*⁵⁹

⁵³ Dossierstuk 6431_1/66, p. 6.

⁵⁴ Dossierstuk 6431_7/1, p. 6, zie tevens de bijlage bij 6431_7/1.

⁵⁵ Dossierstuk 6431_7/1, p. 7.

⁵⁶ Dossierstuk 6431_5/1, p. 6.

⁵⁷ Dossierstuk 6431_5/1, p. 4.

⁵⁸ Dossierstuk 6431_3/1, p. 7.

⁵⁹ Dossierstuk 6431_6/4, p. 10.

66. Naast het in overleg aanpassen van de eigen inschrijfprijs, kreeg het afstemmen van de inschrijfprijzen, zoals blijkt uit het navolgende, mede vorm door het 'vragen van een prijs'. Daarbij speelt een rol dat schildersbedrijven die worden uitgenodigd voor een werk, het van belang achten om daadwerkelijk in te schrijven – ook al hebben zij geen concrete belangstelling voor het werk – ten einde 'in beeld' te blijven bij de opdrachtgever.⁶⁰ Zij willen met een prijs inschrijven die enerzijds redelijk is, maar ook hoger ligt dan de laagste inschrijver, omdat zij het project immers niet willen of kunnen maken.
67. In dergelijke gevallen komt het voor dat schildersbedrijven een 'prijs vragen', waarmee zij vermijden dat zij kosten moeten maken voor het calculeren. Het vragen van prijzen gebeurt tussen de schildersbedrijven onderling of via Spegelt, die een prijs opgeeft dan wel daarvoor bemiddelt met een schildersbedrijf dat wel gerekend heeft. Spegelt weet bovendien door zijn ervaring welke richtprijs zij moet opgeven die boven de prijs van serieuze inschrijvers ligt.⁶¹ De schildersbedrijven conformeren zich aan deze werkwijze, omdat zij er wederzijds belang bij hebben om over en weer prijzen te kunnen vragen.⁶² Uit de verklaring van Spegelt blijkt dat deze handelwijze algemeen bekend is.⁶³
68. Buysen heeft in het kader van het Werk een prijs gevraagd aan Spegelt. Buysen verklaart hierover: *"Ik heb tegen [vertrouwelijk] gezegd dat ik het werk niet hoefde. [...] Ik denk dat ik na de bestekbespreking met [vertrouwelijk] heb gesproken en tegen hem heb gezegd: 'Zeg maar wat ik moet schrijven'. Ik ben namelijk uitgenodigd voor dit werk dus dan schrijf ik ook in. Doe je dat namelijk niet dan wordt je niet meer uitgenodigd door de opdrachtgever. Van [vertrouwelijk] heb ik een prijs gekregen waarvoor ik moest inschrijven. Die prijs ga ik dan afprijzen. Dat betekent dat ik ga calculeren zodat ik op de prijs kom die [vertrouwelijk] mij heeft gegeven. Als ik nu naar de calculatie kijk hebben wij ook alleen maar afgeprijsd en niet grondig gecalculeerd. Dat concludeer ik op basis van diverse posten, zoals de prijs voor de binnendeuren. Het kan niet anders dat ik [vertrouwelijk] om een inschrijfprijs heb gevraagd en van hem heb gekregen."*⁶⁴ Ten slotte stelt Buysen nog: *"Ik heb ingeschreven in overeenstemming met wat [vertrouwelijk] mij telefonisch heeft doorgegeven."*⁶⁵

2.4.6 Spegelt

69. Spegelt is, naast de betrokken schildersbedrijven, bij de hierboven beschreven gedragingen actief betrokken geweest. In aanvulling op het bovenstaande blijkt de actieve ondersteuning van Spegelt bij genoemde gedragingen uit het navolgende.

⁶⁰ Zie paragraaf 2.2.

⁶¹ Dossierstuk 6431_1/36, p. 3.

⁶² Dossierstuk 6431_1/42, p. 54.

⁶³ Dossierstuk 6431_1/42, p. 54-58.

⁶⁴ Dossierstuk 6431_2/1, p. 4.

⁶⁵ Dossierstuk 6431_2/1, p. 5.

70. Spegelt heeft contact gelegd met de verschillende ondernemingen die waren uitgenodigd voor het Werk. Buysen verklaart: “*Nadat ik de uitnodiging [van Defensie] had ontvangen, ben ik gebeld door [vertrouwelijk] met de vraag of ik een aanvraag had ontvangen voor het werk. Dat heb ik bevestigd. Dat was vóór de bestekbespreking op 4 april 2005.*”⁶⁶ Ook Van de Looij laat weten dat zij door Spegelt is benaderd.⁶⁷ SWE heeft eveneens verklaard dat Spegelt haar heeft benaderd voor de bestekbespreking naar aanleiding van het Werk.⁶⁸
71. Spegelt heeft I&ES telefonisch benaderd om haar voorgenomen inschrijfprijs te vernemen. I&ES verklaart: “*Ik zie wel in ons dossier dat ik heb opgeschreven dat op verzoek van Spegelt wij onze inschrijfprijs telefonisch hebben doorgegeven.*”⁶⁹
72. Spegelt heeft in het kader van haar calculatie een bestekbespreking georganiseerd op haar kantoor in Nuenen. Spegelt is bij de bestekbespreking aanwezig geweest en heeft aantekeningen gemaakt van het besprokene, met inbegrip van de gedragingen zoals omschreven in paragraaf 2.4.3 tot en met 2.4.5.⁷⁰
73. Op de bestekbespreking heeft Spegelt een voorstel gedaan over de hoogte van de rekenvergoeding en de administratiekosten, zo blijkt uit de verklaring van SWE.⁷¹ Ernis Schilders heeft verklaard dat Spegelt (tevens) voor de afwikkeling zou zorgen.⁷² De actieve rol van Spegelt blijkt eveneens uit haar voorstel tot bijstelling van de rekenvergoeding naar aanleiding van het minderwerk bij de uitvoering van het Werk.⁷³
74. Spegelt heeft naar aanleiding van de bestekbespreking contact opgenomen met Metim, die niet op de bestekbespreking aanwezig was. Spegelt heeft daarbij als intermediair gefungeerd. Metim verklaart: “*Ik heb alleen met de heer [vertrouwelijk] contact gehad over dit project en niet rechtstreeks met andere schildersbedrijven.*”⁷⁴ Metim verklaart over het gesprek: “*We hebben het alleen over die prijzen gehad en dat Ernis het laagst zat.*”⁷⁵ Metim verklaart concluderend: “*Nee, ik heb geen contact met de anderen gehad. Mijn inschrijfprijs is tot stand gekomen naar aanleiding van mijn afspraak met de heer [vertrouwelijk]. Daarbij zal hij ongetwijfeld de prijzen van de andere schilders genoemd hebben.*”⁷⁶

⁶⁶ Dossierstuk 6431_2/1, p. 3.

⁶⁷ Dossierstuk 6431_6/10, p. 6.

⁶⁸ Dossierstuk 6431_7/1, p. 3.

⁶⁹ Dossierstuk 6431_4/7, p. 3.

⁷⁰ Zie overzicht 1 en 2

⁷¹ Dossierstuk 6431_7/1, p. 5.

⁷² Dossierstuk 6431_3/1, p. 7.

⁷³ Dossierstuk 6431_1/65, bijlage 1 (document met nummer 55280010390614).

⁷⁴ Dossierstuk 6431_5/1, p. 3.

⁷⁵ Dossierstuk 6431_5/1, p. 5.

⁷⁶ Dossierstuk 6431_5/1, p. 8.

2.5 Daadwerkelijke uitvoering

75. De Betrokken ondernemingen hebben de hierboven besproken gedragingen daadwerkelijk uitgevoerd.
76. De werkverdeling heeft er toe geleid dat Ernis Schilders, die als laagste heeft ingeschreven, het Werk door Defensie daadwerkelijk gegund heeft gekregen, zoals nader omschreven in paragraaf 2.1.
77. Verschillende schildersbedrijven hebben Ernis Schilders daadwerkelijk gefactureerd naar aanleiding van de rekenvergoeding. Omdat Ernis Schilders failliet is gegaan, is de rekenvergoeding evenwel nooit uitgekeerd.⁷⁷
78. De betrokken schildersbedrijven hebben – op marginale afrondingsverschillen na – daadwerkelijk ingeschreven op basis van de besproken prijzen. Dit blijkt uit vergelijking van de prijzen op de onderste rij van *overzicht 2* met de prijzen waarmee de schildersbedrijven daadwerkelijk hebben ingeschreven.⁷⁸ Buysen heeft ingeschreven met de door Spegelt opgegeven prijs.

| Onderneming | Prijs op <i>overzicht 2</i> | Prijs waarmee daadwerkelijk is ingeschreven |
|-----------------|-----------------------------|---------------------------------------------|
| Buysen | EUR 216.277,15 | EUR 216.200,00 |
| Ernis Schilders | EUR 189.465,00 | EUR 189.465,00 |
| I&ES | EUR 197.000,00 | EUR 196.966,00 |
| Metim | EUR 213.500,00 | EUR 213.500,00 |
| Van de Looij | EUR 225.000,00 | EUR 225.000,00 |
| SWE | EUR 218.000,00 | EUR 218.000,00 |

2.6 Zienwijzen Betrokken ondernemingen op de feiten zoals vastgesteld door de Raad

79. Verschillende Betrokken ondernemingen⁷⁹ menen dat de verklaringen en de schriftelijke bewijsstukken voor meerdere uitleg vatbaar zijn. Dit geldt volgens hen ten aanzien van de werkverdeling, het afstemmen van de inschrijfprijzen en de rekenvergoeding. Betrokken ondernemingen stellen dat hetgeen op de bestekbespreking is besproken, niet in strijd is met

⁷⁷ Dossierstuk 6431_1/66, p. 5; zie tevens dossierstuk 6431_3/6.

⁷⁸ Dossierstuk 6431_1/57.

⁷⁹ Zie met name dossierstuk 6431_1/110.

de mededingingsregels, maar noodzakelijk om een groot en technisch ingewikkeld werk te kunnen realiseren.

80. De Raad is van oordeel dat de inschrijving op het Werk geen rechtvaardiging vormt om met de andere inschrijvers om de tafel te gaan zitten. Voor zover de schildersbedrijven contact wilden met de heer [vertrouwelijk], de directeur van Spegelt, hadden zij individueel met hem in contact kunnen treden. Spegelt zou dan met ieder schildersbedrijf individueel mogelijke *issues* als technische onduidelijkheden met betrekking tot het Werk kunnen doornemen. De Raad ziet dan ook niet hoe een bestekbespreking tussen de Betrokken ondernemingen een legitiem karakter zou kunnen hebben.
81. Voorts stelt de Raad vast dat vertegenwoordigers van de Betrokken ondernemingen verklaringen hebben afgelegd waaruit naar de mening van de Raad niets anders kan worden afgeleid dan dat zij zich hebben gedragen op een wijze die heeft geleid tot afstemming van inschrijfprijzen, een werkverdeling en het vaststellen van een rekenvergoeding. Het aanwezige schriftelijk bewijsmateriaal ondersteunt deze conclusie.
82. Zoals blijkt uit paragraaf 2.5 hebben de Betrokken ondernemingen de gemaakte afspraken, die op de bestekbespreking aan de orde zijn geweest, ook uitgevoerd. Daarbij constateert de Raad dat de genoemde gedragingen geheel overeenkomen met hetgeen naar voren gebracht is in de klacht die aanleiding was voor een onderzoek in deze zaak.
83. De tegenwerpingen van partijen dat het bewijsmateriaal voor velerlei uitleg vatbaar zou zijn, deelt de Raad dan ook niet. Alle bewijsmiddelen in hun onderlinge verhouding en samenhang bezien, laten naar de mening van de Raad slechts ruimte voor de conclusie dat de hierboven omschreven gedragingen hebben geleid tot het inschrijven met vooraf besproken inschrijfprijzen, waarin een rekenvergoeding is verdisconteerd. Op deze wijze hebben partijen, wetende dat de laagste inschrijver het werk zou krijgen, het werk verdeeld.

3 Juridische beoordeling

I Procedurele aspecten

3.1 Onrechtmatig verkregen bewijs

84. SWE stelt dat de NMa onrechtmatig verkregen bewijs aan het Rapport ten grondslag zou hebben gelegd. Het betreft bewijs afkomstig van een USB-stick die is aangetroffen in de auto van de heer [vertrouwelijk]. SWE concludeert dat de NMa niet gerechtigd was om onderzoek

te verrichten in de auto van de heer [vertrouwelijk] omdat zij niet beschikt over een daartoe strekkende bevoegdheid.

85. Uit de Verklaring van Ambtshandeling⁸⁰ blijkt dat het onderzoek in de betreffende auto werd verricht met toestemming en medewerking van mevrouw [vertrouwelijk], bij wie de auto op dat moment in bezit was. Nu toestemming is verleend, is het onderzoek niet verricht met uitoefening van de bevoegdheden uit afdeling 5.2 Awb.⁸¹ Een discussie over de vraag of de NMa beschikt over de bevoegdheid ex artikel 5:19 Awb (doorzoeken auto's) kan in dit geval buiten beschouwing worden gelaten. Er is naar oordeel van de Raad geen sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.

II Materiële aspecten

3.2 Artikel 6, eerste lid, Mw

86. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt, voor zover hier relevant, overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
87. Blijkens de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet sluit het kartelverbod van artikel 6 Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 81 EG.⁸² Dit betekent dat voor de uitleg van artikel 6 Mw de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) en het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: GvEA) richtinggevend zijn.

3.2.1 Onderneming in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw

88. De Betrokken ondernemingen waren ten tijde van de gedragingen waarop dit besluit betrekking heeft, alle actief in schildersbranche. Zij verrichten economische activiteiten en zijn daarom aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 1, onder f, Mw
89. Spiegelt is naast onderneming tevens ondernemersvereniging in de zin van de artikel 1, onder g, Mw.

⁸⁰ Dossierstuk 6431_1/24, p. 3.

⁸¹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 142.

⁸² *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

3.2.2 Overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging

90. De Betrokken ondernemingen stellen dat de NMa niet heeft aangetoond dat er sprake is van een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging waaraan zij hebben deelgenomen. Hiertoe voeren zij aan dat de NMa dit niet ondubbelzinnig heeft weten aan te tonen, terwijl de Europese jurisprudentie dit wel vereist. Tevens stellen zij dat aanwezigheid bij een bespreking onvoldoende is om een kartel te veronderstellen, en menen zij dat het stilzwijgend aanhoren van informatie onvoldoende is om aan de eis van wederkerigheid te voldoen.
91. Spiegelt voert aan dat zij slechts een 'chef de bureau' functie vervulde. Spiegelt stelt dat zij de uitnodigingen verstuurde voor een moeilijke technische bespreking, en hiervoor een zaal regelde, koffie en thee regelde en administratiekosten doorbelastte. Het achteraf opschrijven van prijzen was slechts om de prijsontwikkeling in de gaten te houden, hetgeen Spiegelt kwalificeert als hobbyisme.
92. De Raad volgt deze zienswijzen niet. In artikel 6, eerste lid, Mw ligt besloten dat iedere onderneming zelfstandig haar marktbeleid moet bepalen. Dit impliceert dat een onderneming haar commerciële autonomie niet mag beperken door haar gedrag met andere ondernemingen te coördineren op een manier die een beperking van de mededinging inhoudt, bijvoorbeeld door een daartoe strekkende overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging.
93. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Hiervan is onder meer sprake wanneer de partijen het eens worden over een gezamenlijk plan dat hun individuele commerciële vrijheid beperkt of waarschijnlijk zal beperken, doordat wordt vastgesteld hoe zij zich op de markt jegens elkaar zullen gedragen of zich van een bepaald gedrag zullen onthouden. Alhoewel zulks gezamenlijke besluitvorming en betrokkenheid bij een gemeenschappelijke regeling impliceert, behoeft dit niet schriftelijk te worden vastgelegd. Niet is vereist dat de gemeenschappelijke wilsuiting een in rechte bindende en geldige overeenkomst oplevert. Voor het bestaan van een overeenkomst als bedoeld in artikel 6 Mw gelden geen vormvereisten; contractuele sancties en handhavingsmaatregelen zijn evenmin verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan derhalve uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen. Evenmin is noodzakelijk dat alle ondernemingen op de betrokken markt actief zijn.⁸³

⁸³ GvEA 8 juli 2008, zaak T-99/04, r.o. 150 (*Treuhand*).

94. Volgens vaste rechtspraak wordt een onderling afgestemde feitelijke gedraging 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.⁸⁴ 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.⁸⁵
95. Uit de bewoordingen van artikel 81, eerste lid, EG en artikel 6, eerste lid, Mw blijkt voorts dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging naast afstemming tussen de ondernemingen ook een daaropvolgend marktgedrag vereist, alsmede een oorzakelijk verband tussen afstemming en marktgedrag. De ondernemingen die aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging deelnemen en op de markt actief blijven, worden echter, behoudens door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs, vermoed bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening te blijven houden met informatie, die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld.⁸⁶ Onderling afgestemde feitelijke gedragingen vallen zelfs dan onder artikel 81, eerste lid, EG en artikel 6, eerste lid, Mw wanneer mededingingsbeperkende gevolgen op de markt ontbreken.⁸⁷
96. De Raad heeft in paragraaf 2.6 geconcludeerd dat de Betrokken ondernemingen hebben besproken wie het Werk zou mogen uitvoeren en daartoe hebben bepaald op welke wijze de schildersbedrijven zouden inschrijven. Daarnaast hebben de Betrokken ondernemingen afspraken gemaakt over een rekenvergoeding die Ernis Schilders, als winnaar van de aanbesteding, verschuldigd zou zijn aan de ondernemingen die het project niet zouden uitvoeren.

⁸⁴ GvEA 15 maart 2000, zaak T-25/95, r.o. 1852 (*Cement*); GvEA 12 juli 2001, zaak T-202/98, r.o. 54 (*British Sugar e.a. t. Commissie*).

⁸⁵ HvJEG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111 en 113-114/73, r.o. 173-174 (*Suiker Unie*); HvJEG 14 juli 1981, zaak 172/80, r.o. 13-14 (*Züchner/Bayerische Vereinsbank*); HvJEG 31 maart 1993, zaak C-89/85, r.o. 63 (*Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*); HvJEG 28 mei 1998, zaak C-7/95 P, r.o. 86-87 (*UK Agricultural Tractor Registration Exchange*); HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, r.o. 116-117 (*Anic/Commissie*).

⁸⁶ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, r.o. 122 (*Anic/Commissie*).

⁸⁷ HvJEG 8 juli 1999, zaak C-199/92 P, r.o. 163 (*Hüls/Commissie*).

97. Tevens is gebleken dat de Betrokken ondernemingen gemaakte afspraken daadwerkelijk hebben uitgevoerd.
98. Ten aanzien van Spegelt overweegt de Raad het volgende. In het Treuhand arrest heeft het Gerecht van Eerste Aanleg bevestigd dat eveneens een onderneming die heeft meegewerkt aan de implementatie van een kartel, maar zelf niet actief was op de markt waarover afspraken werden gemaakt als deelnemer aan een mededingingsbeperkende afspraak kan worden aangemerkt. Dit kan indien de onderneming *“actief en bewust bijdraagt tot een mededingingsregeling tussen producenten die actief zijn op een andere markt dan die waarop [zij] zelf actief is”*⁸⁸
99. Meer specifiek hanteert het Gerecht drie voorwaarden, te weten een objectieve en subjectieve voorwaarde en er dient een voldoende concreet verband tussen de activiteit en de mededingingsbeperking te bestaan. De objectieve voorwaarde ziet naar de mening van de Raad op de tenuitvoerlegging van de mededingingsregeling en de subjectieve voorwaarde heeft betrekking op het ondersteunen van de doelstellingen van het kartel.
100. Aan de objectieve voorwaarde is volgens het Gerecht al voldaan wanneer de onderneming, zelfs op ondergeschikte, accessoire of passieve wijze, aan de tenuitvoerlegging van het kartel heeft deelgenomen, bijvoorbeeld door stilzwijgende instemming of door van het kartel geen aangifte te doen bij de autoriteiten.
101. Aan de subjectieve voorwaarde is voldaan wanneer wordt aangetoond dat de onderneming gelet op haar wilsuiting wilde bijdragen tot de gemeenschappelijke doelstellingen van de mededingingsregeling die door alle deelnemers werden nagestreefd, waarbij het Gerecht een stilzwijgende onderschrijving en/of geen afstand nemen van de regeling voldoende acht, en dat de onderneming de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico daarvan te aanvaarden.
102. Met name uit paragraaf 2.4.6 blijkt reeds duidelijk dat Spegelt met haar actieve ondersteunende rol aan de tenuitvoerlegging van het kartel heeft deelgenomen en onderdeel uitmaakte van de tot uitdrukking gebrachte gemeenschappelijke wil om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen én dat er een voldoende concreet verband bestaat tussen die activiteit en de beperking van de mededinging op de markt.
103. De Raad wijst er in dit verband op dat de heer [vertrouwelijk] aanwezig was gedurende die momenten dat de schildersbedrijven hun inschrijfprijzen aan elkaar hebben gemeld. Op de

⁸⁸ GvEA 8 juli 2008, zaak T-99/04, r.o. 150 (*Treuhand*).

dag van de bestekbespreking noteerde of notuleerde hij de door partijen gemaakte afspraken. Hij heeft op dat moment niet ingegrepen, of zich op enigerlei wijze gedistantieerd van deze gang van zaken.

104. Na de aanbesteding heeft de heer [vertrouwelijk] een document opgesteld waarin de oorspronkelijke en uiteindelijke inschrijfprijzen zijn weergegeven, alsmede de afspraken over werkverdeling en de te betalen rekenvergoeding zijn genoteerd. Bovendien adviseerde hij over de af te spreken rekenvergoeding en controleerde hij de gemaakte afspraken.

105. Spegelt heeft, in de persoon van de heer [vertrouwelijk], met volledige kennis van zaken en doelbewust haar beroepservaring en haar kantoorvoorzieningen aan de betrokken schildersbedrijven ter beschikking gesteld en heeft hiervoor administratiekosten gerekend. Zij kon niet onkundig zijn van het mededingingsbeperkende en onrechtmatige doel van het kartel waaraan zij bijdroeg, welk doel tot uiting kwam in de tijdens de bestekbespreking gemaakte afspraken, in het houden van de bestekbespreking zelf en de uitwisseling van de informatie over prijzen voorafgaand aan de aanbesteding.

106. De Raad concludeert op basis van het bovenstaande dat aan de criteria die door het Gerecht in het *Treuhand* arrest zijn genoemd is voldaan en dat Spegelt op die grond reeds kan worden aangemerkt als deelnemer aan de mededingingsbeperkende afspraak.⁸⁹

107. De Raad constateert daarnaast dat Spegelt een ondernemersvereniging is waarin meerdere schildersbedrijven zich hebben verenigd. Ook in deze hoedanigheid kunnen haar gedragingen leiden tot het oordeel dat zij als deelnemer aan de mededingingsbeperkende afspraken moet gelden. Het Gerecht heeft zich in de *Cement* zaak uitgesproken over de vraag onder welke voorwaarden een ondernemersvereniging aan een mededingingsversturende gedraging heeft deelgenomen.⁹⁰

108. Dit is het geval wanneer een ondernemersvereniging heeft deelgenomen aan een of meer vergaderingen tijdens welke het tot een wilsovereenstemming met betrekking tot de mededingingsversturende gedragingen is gekomen of deze is bevestigd, en zij heeft ingestemd met of althans bij de overige deelnemers de indruk gewekt dat zij instemde met de inhoud van de op die vergaderingen gesloten en vervolgens bevestigde overeenkomst.

109. Indien een ondernemersvereniging, zelfs zonder een actieve rol te spelen, een vergadering heeft bijgewoond waarop een ongeoorloofde afstemming ter sprake is gebracht, wordt zij

⁸⁹ GvEA 8 juli 2008, zaak T-99/04, r.o. 112-112 en 136 (*Treuhand*).

⁹⁰ GvEA 15 maart 2000, zaak T-25/95, r.o. 1320, 1325-1326, 1353 en 3199 (*Cement*).

geacht aan die afstemming te hebben deelgenomen, tenzij zij aantoont dat zij zich openlijk daarvan heeft gedistantieerd.

110. Een vereniging kan tegelijkertijd met een of meer van haar leden aan één en dezelfde inbreuk deelnemen indien het gedrag van de vereniging zich onderscheidt van dat van haar leden. In de Cement zaak was naar de mening van het Gerecht sprake van een eigen rol omdat de ondernemersvereniging het initiatief nam tot de vergaderingen waarop de overeenkomst is gesloten en vervolgens werd bevestigd en om die vergaderingen voor te bereiden.
111. Uit het in paragraaf 2.4.6 weergegeven feitencomplex blijkt naar het oordeel van de Raad dat in het onderhavige geval aan de door het Gerecht in de Cement zaak geformuleerde criteria is voldaan. Spegelt heeft in de hoedanigheid van de heer [vertrouwelijk] het vooroverleg bijgewoond, en zich aldaar op geen enkele wijze gedistantieerd van het besprokene, noch aangegeven dat zij een andere doelstelling had met het deelnemen aan het vooroverleg.
112. Tevens blijkt duidelijk dat Spegelt een rol heeft gespeeld die zich onderscheidt van haar leden. Spegelt heeft immers in de persoon van de heer [vertrouwelijk] het initiatief genomen tot het houden van de bestekbespreking, heeft daartoe voorbereidingen getroffen, heeft op het overleg de inschrijfprijzen aangehoord en de afspraken tussen de Betrokken ondernemingen genoteerd. Een dergelijke onderscheiden rol is overigens snel aanwezig, aangezien een ondernemersvereniging veelal andere doelstellingen zal hebben dan een onderneming.⁹¹
113. De Raad concludeert op basis van het bovenstaande dat Spegelt ook in de hoedanigheid van een ondernemersvereniging kan worden aangemerkt als deelnemer aan de mededingingsbeperkende afspraak.
114. De Betrokken ondernemingen hebben derhalve alle de gemeenschappelijke wil te kennen gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Er heeft afstemming tussen de Betrokken ondernemingen plaatsgevonden, en zij hebben hetgeen is afgestemd ook daadwerkelijk uitgevoerd. Deze gedragingen moeten worden gekwalificeerd als een overeenkomst en/ of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, tussen de Betrokken ondernemingen.⁹²

3.2.3 Mededingingsbeperking

115. Verschillende Betrokken ondernemingen stellen dat er geen sprake is van een gedraging met als doel de mededinging te beperken.

⁹¹ HwJEG 18 december 2008, gevoegde zaken C-101 en 110/07, r.o. 127-130 (*Frans runderMees*).

⁹² HwJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, r.o. 108 (*Anic/ Commissie*).

116. Gelet op het bovenstaande is sprake van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de Betrokken ondernemingen met betrekking tot de aanbesteding van het Werk, die een werkverdeling, rekenvergoeding en afstemming van de inschrijfprijzen omvat. Daarbij is de context waarin de gedragingen hebben plaatsgevonden relevant.
117. Defensie heeft een onderhandse aanbesteding georganiseerd en daarvoor enkele specifieke ondernemingen uitgenodigd. Defensie heeft hiermee de samenstelling en maximale omvang van de aanbodzijde bepaald.
118. Voor het kunnen beperken van de mededinging op de markt, dient bij de schildersbedrijven inzicht te bestaan in de overige ondernemingen die voor het werk zijn uitgenodigd en daarmee de concurrentie vormen. Dit inzicht bestond naar aanleiding van de navolgende omstandigheden.
119. Defensie heeft, zoals omschreven in paragraaf 2.1, een inlichtingendag georganiseerd waarop de uitgenodigde schildersbedrijven tegelijkertijd nadere informatie konden verkrijgen over het Werk. Alleen al hierdoor konden de aanwezige ondernemingen met redelijke zekerheid weten met welke ondernemingen zij concurreerden om het Werk.
120. Bovendien zijn de gedragingen van Spegelt, zoals blijkt uit paragraaf 2.3, erop gericht om de mogelijke concurrenten in beeld te brengen en zo concurrentie verder te minimaliseren en daarmee de kans op het maken van afspraken te vergroten.
121. Gelet op het bovenstaande zijn de wijze van aanbesteden door Defensie, bovenstaande gedragingen van de schildersbedrijven en die van Spegelt, alle factoren die er toe hebben geleid dat alle voor het Werk uitgenodigde schildersbedrijven betrokken konden worden bij de afspraak. Dit geldt te meer nu er het in dit geval, op de wijze zoals omschreven in paragraaf 2.4.2, daadwerkelijk contact is geweest tussen alle schildersbedrijven die waren uitgenodigd voor het Werk.
122. Tevens is relevant dat de Betrokken ondernemingen wisten dat de laagste inschrijver het werk zou krijgen. Dit blijkt uit de verklaringen van Defensie en was tevens bekend bij de Betrokken ondernemingen.⁹³
123. Het is derhalve evident dat deze overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging, gelet op de context waarin deze tot stand is gekomen, de strekking heeft de mededinging te beperken. Dit betekent dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde

⁹³ Dossierstukken 6431_1/57, bijlage iv; 6431_1/59 en 6431_6/9, p. 5.

feitelijke gedraging volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie, zonder dat onderzoek naar de concrete gevolgen nodig is, binnen het bereik van artikel 6, eerste lid, Mw, valt.⁹⁴ Een gedetailleerde afbakening van de relevante markt kan dan achterwege blijven.⁹⁵

3.2.4 Merkbaarheid

124. De Betrokken ondernemingen stellen dat de overtreding de mededinging niet merkbaar heeft beïnvloed. Zij voeren hiertoe aan dat de aanbesteding geen afzonderlijke markt kan vormen en dat de NMa de geografische markt ruimer had moeten afbakenen. Bovendien zouden de Betrokken schildersbedrijven concurrentie hebben ondervonden omdat zij onzeker waren of er buiten henzelf nog concurrerende ondernemingen voor het project in aanmerking kwamen. Tevens heeft de NMa nagelaten om de schadelijke effecten op de markt te onderzoeken. Een en ander zou bij de totstandkoming van de besluiten strijdigheid met het zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel opleveren.

125. Ondanks dat bij afspraken met mededingingsbeperkende strekking een onderzoek naar de concrete gevolgen van de afspraken op de mededinging niet nodig is, is artikel 6, eerste lid, Mw evenwel niet van toepassing indien het effect op de mededinging niet merkbaar is.⁹⁶ In het kader van de merkbaarheid dient te worden gekeken naar de positie van partijen op de markt.

126. Deze positie wordt, zoals in paragraaf 3.2.3 beschreven, bepaald door Defensie die met het hanteren van onderhandse aanbestedingen in feite vanuit de vraagzijde heeft vastgelegd wat de maximale omvang en samenstelling van de aanbodzijde is. Daarbij is relevant dat de uitgenodigde schildersbedrijven te kennen hebben gegeven dat zij graag in beeld willen blijven bij de opdrachtgever door wie zij zijn uitgenodigd, in casu Defensie, ook al hebben zij voor het concrete project geen belangstelling. Dit is mogelijk door een prijs te 'vragen' en hiermee in te schrijven.

127. Voorstaande leidt tot de conclusie dat er geen sterke disciplinerende krachten werkzaam zijn (zoals aanwezigheid van niet betrokken, concurrerende ondernemingen). De gevoerde strategie is aantoonbaar succesvol, nu er contact is geweest (en afspraken zijn gemaakt) tussen *alle* uitgenodigde ondernemingen voor de concrete aanbesteding. In een dergelijke situatie concludeert de Raad dat sprake is van een relevante markt die moet worden gedefinieerd als de aanbesteding. Hiermee staat vast dat sprake is van een merkbare mededingingsbeperking.⁹⁷

⁹⁴ HvJEG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64 (*Consten en Grundig*); HvJEG 18 december 2008, gevoegde zaken C-101 en 110/07, r.o. 87 (*FransrondMees*).

⁹⁵ Vgl. GvEA 6 juli 2000, zaak T-62/98, r.o. 230-231 (*Volkswagen/Commissie*).

⁹⁶ CBb 7 december 2005, *L.N* AU8309, r.o. 6.5 (*Saxon/NMa*).

⁹⁷ *Rb.* Rotterdam 24 juli 2007, *L.N* BB0750 (*Dakdekkers*).

3.3 Artikel 7 Mw

128. De Betrokken ondernemingen hebben aangevoerd dat artikel 7 Mw als uitzonderingsgrond van toepassing is, en stellen dat zij een gezamenlijk marktaandeel hebben van minder dan 5% op de relevante markt, waarmee zij meer specifiek doelen op artikel 7, tweede lid, Mw.

129. Artikel 7, tweede lid, Mw is van toepassing indien de bij de afspraak betrokken ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel hebben van minder dan 5% op de relevante markt en de gezamenlijke omzet niet hoger is dan EUR 40.000.000.

130. Zoals uiteengezet in randnummer 127 wordt in het onderhavige geval de relevante markt gevormd door de aanbesteding. De afspraak is gemaakt door alle ondernemingen die waren uitgenodigd voor en hebben ingeschreven op de aanbesteding. Hiermee is het marktaandeel van de Betrokken ondernemingen, voor zover niet 100%, in ieder geval evident veel groter dan de grens van 5% van de relevante markt.

3.4 Conclusie

131. De Raad concludeert op basis van bovenstaande dat de Betrokken ondernemingen de mededinging merkbaar hebben beperkt door middel van een daartoe strekkende overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging, door voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding hun inschrijfprijzen af te stemmen, het werk onderling te verdelen en een rekenvergoeding af te spreken.

132. De Raad concludeert dat Buysen, Ernis Schilders, I&ES, Van de Looij, Metim, SWE en Spegelt deze overtreding hebben begaan.

4 Toerekening

133. De overtreding wordt toegerekend aan de ondernemingen die de overtreding hebben begaan, in casu de Betrokken ondernemingen. Tevens wordt de overtreding mede toegerekend aan Van Tongerlo Beheer B.V., Gevelinvest Advies en Beheer B.V., voorheen I. & E.S. Projektmanagement B.V, Gevelinvest Faciliteiten B.V., voorheen I. & E.S. Beheer B.V., P. Valks Holding B.V., Rendon en Ernis.

134. SWE stelt dat de overtreding niet aan haar moedermaatschappij Rendon kan worden toegerekend omdat Rendon 'geen significante invloed heeft gehad ten aanzien van het vaststellen van het gevoerde beleid van haar dochtermaatschappij'. Hiertoe voert zij aan dat

Rendon niet op de hoogte was van de betrokkenheid van SWE bij de in het Rapport genoemde gedraging, dat Rendon zich slechts op hoofdlijnen bezig houdt met het strategische beleid van al haar dochtermaatschappijen en dat dit beleid slechts eens in de drie jaar zou worden vastgesteld. Bovendien stelt SWE dat de directeur van SWE eindverantwoordelijk is voor het opstellen van de bedrijfsstrategie.

135. Voor de vraag aan wie een overtreding van de Mededingingswet kan worden toegerekend, is niet het civiele recht, maar de Mededingingswet doorslaggevend.⁹⁸ 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 EG-mededingingsrecht.⁹⁹
136. Op grond van vaste communautaire jurisprudentie kunnen de gedragingen van een dochtermaatschappij ook aan haar moedermaatschappij worden toegerekend, indien de dochtermaatschappij, ondanks haar eigen rechtspersoonlijkheid, niet zelfstandig haar gedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.¹⁰⁰ Indien de moedermaatschappij het volledige kapitaal van de dochtermaatschappij bezit, mag worden aangenomen dat de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochter. Het is aan de moedermaatschappij dit vermoeden met afdoende bewijzen te weerleggen door te bewijzen dat de dochtermaatschappij zich autonoom gedraagt.¹⁰¹
137. Met de mededeling dat Rendon niet op de hoogte zou zijn van de betrokkenheid van SWE bij de in het Rapport genoemde gedraging miskent SWE de toets die uit de jurisprudentie volgt.
138. In het arrest van het GvEA in de zaak 'AKZO vs Cie' wordt onder andere verduidelijkt dat niet haar betrokkenheid bij die inbreuk de mogelijkheid biedt om het sanctiebesluit te richten tot de moedermaatschappij van een groep van vennootschappen, maar het feit dat zij tezamen deel uitmaken van dezelfde economische eenheid.¹⁰² Ook vereist de toerekening van een inbreukmakende gedraging van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij niet dat is bewezen dat de moedermaatschappij invloed uitoefent op het beleid van haar dochteronderneming op het specifieke terrein waarop de inbreuk is gepleegd.¹⁰³ Dit is in lijn met de gedachte dat een economische eenheid een unitaire organisatie van personele,

⁹⁸ Rb. Rotterdam 13 februari 2004, LJV AO3912, par. 2.4.4 (*Secon*); zie tevens Besluit d-g NMa 21 december 2001, zaak 757 (*Secon*), advies Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, nrns. 116-117.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10 en 86-87.

¹⁰⁰ HvJEG 14 juli 1972, zaak 48/69, r.o. 132-135 (*ICI*).

¹⁰¹ HvJEG 25 oktober 1983, zaak 107/82, r.o. 50 (*AEG*); HvJEG 16 november 2000, zaak C-286/98 P, r.o. 29 (*Stora*).

¹⁰² GvEA 17 december 2007, zaak T-112/05, r.o. 57-58 (*AKZO/Commissie*).

¹⁰³ GvEA 17 december 2007, zaak T-112/05, r.o. 83 (*AKZO/Commissie*).

materiële en immateriële elementen is, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft. In een dergelijke organisatie speelt elke maatschappij een bepaalde rol.¹⁰⁴

139. Rendon geeft zelf aan dat zij wel degelijk invloed heeft op het strategische beleid van haar dochtermaatschappij. De wijze waarop dit wordt vormgegeven, of in welke frequentie deze invloed wordt uitgeoefend doet hieraan niets af. Rendon heeft derhalve geen enkel feit naar voren gebracht waaruit zou kunnen blijken dat zij ten tijde van de in het Rapport beschreven overtreding géén beslissende invloed heeft uitgeoefend op haar dochtermaatschappij SWE en dat zij derhalve geen economische eenheid zouden vormen.

140. Het feit dat de directeur van SWE eindverantwoordelijk is voor het opstellen van de bedrijfsstrategie is in het kader van toerekening niet relevant. SWE legt immers verantwoording af aan Rendon. De NMA heeft dan ook terecht de overtreding toegerekend aan Rendon als 100% moedermaatschappij van dochtermaatschappij SWE.

141. Enris stelt dat de overtreding niet aan haar kan worden toegerekend, omdat zij door het faillissement van Enris Schilders niet als juridisch opvolger kan worden aangemerkt. Tevens meent zij dat zij niet kan gelden als economisch opvolger omdat zij geen rechten en plichten van Enris Schilders heeft overgenomen, maar slechts enkele willekeurige activa. Bovendien heeft zij na de overname niet die activiteiten voortgezet die verband houden met de begane overtreding.

142. Wanneer een entiteit de mededingingsregels overtreedt, dient zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid hiervoor dragen.¹⁰⁵ Een overtreding van de mededingingsregels dient derhalve in beginsel te worden toegerekend aan de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming ten tijde van de inbreuk leidt, dan wel leidde.¹⁰⁶ In het mededingingsrecht wordt als hoofdregel, ook in dit soort gevallen, in beginsel uitgegaan van juridische opvolging.¹⁰⁷

143. De rechtspersoon die de onderneming ten tijde van de inbreuk leidde, Enris Schilders, bestaat in het onderhavige geval door een faillissement niet meer. Indien een voor een overtreding verantwoordelijke rechtspersoon in juridische zin heeft opgehouden te bestaan, kan op basis van economische opvolging (ook wel 'economische continuïteit' genoemd) de

¹⁰⁴ GvEA EG 10 maart 1992, zaak T-11/89, r.o. 311-312 (*Shell*); GvEA EG 14 mei 1998, zaak T-352/94, r.o. 87-88 (*Mo och Domsjö*) en GvEA 17 december 2007, zaak T-112/05, r.o. 57 (*AKZO/Commissie*).

¹⁰⁵ HvJEG 11 december 2007, zaak C-280/06 P, r.o. 39 (*ETI*); conclusie van de A-G in zaak C-280/06, ov. 71; HvJEG 16 november 2000, zaak C-279/98 P, r.o. 78 (*Cascades*).

¹⁰⁶ Conclusie van de A-G in zaak C-280/06, ov. 71 en 73.

¹⁰⁷ Conclusie van de A-G in zaak C-280/06, ov. 75-81; HvJEG 16 november 2000, zaak C-279/98 P, r.o. 78 (*Cascades*); HvJEG 16 november 2000, zaak C-286/98 P, r.o. 37 (*Stora*); HvJEG 16 november 2000, zaak C-297/98 P, r.o. 27 (*SCA Holding*).

verantwoordelijke rechtspersoon worden achterhaald om alsnog een doeltreffende handhaving van de mededingingsregels te bewerkstelligen.

144. Economische opvolging is derhalve relevant voor zover dit nodig is om inbreuken op het mededingingsrecht zowel adequaat als effectief te kunnen bestraffen en op deze wijze bij te dragen aan een doeltreffende handhaving van de mededingingsregels. Dit om te voorkomen dat ondernemingen via organisatorische dan wel juridische wijzigingen, vennootschapsrechtelijke herstructureringen, overdrachten of andere manoeuvres aan de handhaving van de mededingingsregels zouden kunnen ontsnappen.¹⁰⁸ Dit geldt ook wanneer een vennootschap failliet gaat en haar betrokken economische activiteiten heeft overgedragen aan een nieuwe vennootschap die met het oog op de voortzetting van deze activiteiten is opgericht.¹⁰⁹

145. In het onderhavige geval zijn uit het faillissement door Ernis Schilderwerken B.V. de volgende activa overgenomen: de inventaris, het rollend materieel, de voorraden, de goodwill, handelsnaam, klantenbestand, orderportefeuille en het onderhanden werk en de vorderingen. Ernis voert dan ook, gezien de koop van de hierboven genoemde activa, dezelfde activiteiten uit als Ernis Schilders. Dit volgt ook uit de verklaringen van de directeur van Ernis.¹¹⁰

146. Ernis stelt weliswaar dat deze activiteiten geen verband houden met die specifieke gedragingen die hebben geleid tot de overtreding, omdat deze plaatsvond voordat zij zelf werd opgericht. Dit feit is voor het toerekenen van de overtreding aan een economische opvolger echter niet relevant. Van belang is dat zij de activiteiten van haar voorganger heeft overgenomen en voortgezet. Met de koop van de hierboven genoemde activa, en het feit dat de bestuurders en werknemers van Ernis overeenkomen met die van de Ernis Schilders, en zij dezelfde activiteiten verricht, concludeert de Raad dat Ernis als economische opvolger van Ernis Schilders kan worden aangemerkt. De overtreding kan derhalve aan Ernis worden toegerekend.

5 Sanctie

5.1 Beoordelingskader

147. Ingevolge artikel 56, eerste lid Mw heeft de Raad bij de vaststelling van een overtreding van artikel 6 Mw de bevoegdheid een boete op te leggen. Volgens artikel 57, tweede lid, Mw

¹⁰⁸ Zie de conclusie van de A-G in zaak C-280/06, ov. 79.

¹⁰⁹ GvEA EG 11 maart 1999, zaak T-134/94, r.o. 127 en 138 (*NMH Stahlwerke*).

¹¹⁰ Zie 6431_3/1, p. 2 en 3.

houdt de Raad bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.

148. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de Raad op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld. Deze zijn sinds 1 juli 2007 opgenomen in de 'Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit' (hierna: de Boetecode).¹¹¹ Gedurende de overtreding zijn, voor zover van belang voor de boetetoemeting in de onderhavige zaak, de beleidsregels ongewijzigd gebleven.

149. Randnummer 12 van de Boetecode geeft aan dat bij overtredingen van artikel 6 van de Mededingingswet de boetegrondslag wordt afgeleid uit de betrokken omzet. Uit randnummer 24 van de Boetecode volgt dat de Raad in geval van een verboden aanbestedingsafspraken voor elke deelnemer als betrokken omzet kan aanmerken (een evenredig deel van) de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd.

150. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Met de duur van de overtreding wordt in de Boetecode rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt. In het onderhavige geval is de duur van overtreding conform randnummer 24 van de Boetecode verdisconteerd in de gekozen betrokken omzet.

5.2 Boetegrondslag

151. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetegrondslag. Zoals blijkt uit de randnummers 21 en 22 van de Boetecode baseert de Raad de boetegrondslag in het geval als het onderhavige op de betrokken omzet van de overtreder.

152. In het geval van een verboden aanbestedingsafspraken kan de Raad voor elke deelnemer als betrokken omzet aanmerken (een evenredig deel van) de omzet die op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, kan worden gerealiseerd (hierna: de projectomzet).¹¹² De Raad heeft dit uitgangspunt voor het bepalen van de betrokken omzet als volgt toegepast en geconcretiseerd.¹¹³

¹¹¹ 'Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet' (Stcr. 19 december 2001, nr. 248). Op 1 juli 2007 is de NMa Boetecode 2007 in werking getreden, naderhand nog gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2008 in verband met de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, Stb. 2007, 284 (Stcr. 29 juni 2007, nr. 123; Stcr. 10 oktober 2007, nr. 196).

¹¹² Zie Boetecode, randnummer 24.

¹¹³ Vgl. Fb. Rotterdam 24 juli 2007, *L.N* BB0750 (*Dakdekkers*), waarin de Rechtbank ten aanzien van de gehanteerde systematiek oordeelt dat het de grenzen van een redelijke beleidsbepaling niet overschrijft.

153. Bij een verboden aanbestedingsafspraken voor één project wordt de omzet waarop de overtreding betrekking heeft, gerealiseerd door de onderneming die het project uitvoert (hierna: de uitvoerende onderneming). Tegenover de uitvoerende onderneming staan de ondernemingen die het project niet uitvoeren, maar die wel hebben deelgenomen aan de verboden afspraak (hierna: de niet-uitvoerende ondernemingen).
154. Voor de uitvoerende onderneming is de betrokken omzet de projectomzet. Voor iedere afzonderlijke niet-uitvoerende onderneming is de betrokken omzet gelijk aan de projectomzet, gedeeld door het aantal niet-uitvoerende ondernemingen.
155. Uit randnummer 24 volgt dat de projectomzet uitkomt op EUR 189.465,00 exclusief omzetbelasting. Deze projectomzet moet geacht worden zelfstandig door Ernis Schilders te zijn gerealiseerd, hoewel de omzet nooit *daadwerkelijk* gerealiseerd is nu Ernis Schilders failliet is gegaan. De betrokken omzet voor Ernis Schilders is daarmee EUR 189.465,00.
156. Buysen, I&ES, Metim, Van de Looij en SWE, vijf in totaal, zijn de niet-uitvoerende ondernemingen. De betrokken omzet van Buysen, I&ES, Metim, Van de Looij en SWE is $189.465,00 \div 5 = \text{EUR } 37.893,00$.
157. Wat betreft Spegelt merkt de Raad het volgende op. In haar dienstverlenende rol kan Spegelt niet als 'maker' en derhalve ook niet als 'niet-maker' van het project worden aangemerkt. Desalniettemin meent de Raad dat ook Spegelt gesanctioneerd dient te worden voor de rol die zij heeft gespeeld in de onderhavige zaak. Gezien het feit dat Spegelt ook in haar hoedanigheid van ondernemersvereniging als deelnemer kan worden aangemerkt, is het mogelijk bij het bepalen van de boete voor de ondernemersvereniging de betrokken omzet van de daarvan deelsluitmakende ondernemingen in aanmerking te nemen.
158. De Raad kan conform randnummer 53 van de Boetecode afwijken indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheden leidt, en meent dat het in aanmerking nemen van de betrokken omzet van de daarvan deelsluitmakende ondernemingen in dit geval onbillijk is.
159. De Raad zoekt in dit geval aansluiting bij de boetegrondslag zoals die geldt voor de niet-makers bij het project, omdat dit naar de mening van de Raad de betrokkenheid van Spegelt bij het kartel op een redelijke wijze reflecteert, de omvang van project weerspiegelt en tevens een alleszins redelijk boete oplevert. Voor Spegelt geldt derhalve een betrokken omzet van EUR 37.893,00.

160. Randnummer 22 van de Boetecode bepaalt dat wordt uitgegaan van een boetegrondslag van 10% van de "betrokken omzet". Dit resulteert per onderneming in de navolgende boetegrondslag:

- Buysen: EUR 3.789,30;
- Ernis Schilders: EUR 18.946,50;
- I&ES: EUR 3.789,30;
- Metim: EUR 3.789,30;
- Van de Looij: EUR 3.789,30;
- SWE: EUR 3.789,30;
- Spegelt: EUR 3.789,30.

5.3 Ernst van de overtreding

161. De Boetecode onderscheidt 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen (randnummers 27-30). Bij een minder zware overtreding wordt de vermenigvuldigingsfactor in verband met de ernst van de overtreding gesteld op een waarde van ten hoogste 1; bij een zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2; bij een zeer zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 3 (randnummer 32). In het kader van de boeteoplegging in de onderhavige zaak neemt de Raad het navolgende in acht.

162. De Boetecode noemt in randnummer 28 als voorbeeld van 'zeer zware overtredingen' onder meer horizontale marktverdelingsafspraken, waar verboden aanbestedingsafspraken onderdeel van uitmaken. De Raad kwalificeert de overtreding derhalve als 'zeer zwaar'. Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van randnummer 32 van de Boetecode dat de boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met een rekenfactor van 1,5 tot 3, zulks teneinde de ernst van de overtreding in de hoogte van de boete tot uitdrukking te brengen.

163. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de Raad rekening met de concrete economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijke marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving.

De Raad kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten (randnummer 31 van de Boetecode).

164. De Raad neemt het onderstaande in aanmerking om de ernst van de overtreding te onderstrepen.

165. De context van de aanbesteding in combinatie met de handelwijze van de Betrokken ondernemingen is bij uitstek geschikt om bestaande onzekerheden over het door de ondernemingen voorgenomen marktgedrag weg te nemen.
166. In het onderhavige geval is sprake van een onderhandse aanbesteding. Met deze wetenschap en de door Defensie georganiseerde inlichtingendag met alle schildersbedrijven die zijn gevraagd in te schrijven, wisten de schildersbedrijven met redelijke zekerheid welke ondernemingen in beeld waren voor dit project. Door de rol van Spegelt werd de kans op aanwezigheid van andere ondernemingen verder geminimaliseerd.
167. Alle uitgenodigde schildersbedrijven waren betrokken bij het uitwisselen van elkaars inschrijfprijzen dan wel inschrijfgedrag voorafgaand aan de inschrijving op het project, met als resultaat afstemming van de inschrijfprijzen, werkverdeling en een rekenvergoeding. De Betrokken ondernemingen hebben met deze handelwijze de onzekerheid over de wijze waarop door concurrenten werd ingeschreven geheel weggenomen, met als resultaat dat de mededinging tussen de ondernemingen wordt beperkt.
168. Aangezien alle door Defensie uitgenodigde schildersbedrijven bij de afspraken betrokken waren, heeft de opdrachtgever allereerst op geen enkele wijze kunnen profiteren van een prijsdrukkend effect van concurrentie. Bovendien is er door de Betrokken ondernemingen tevens een rekenvergoeding overeengekomen, hetgeen de inschrijfprijs voor Defensie eerder verder heeft opgedreven.
169. Het bovenstaande in overweging nemende en het geheel der factoren afwegende, gaat de Raad uit van een zeer zware overtreding waarvoor de rekenfactor van 2 gepast is.
170. De Raad heeft hierbij ook oog gehad voor het feit dat mogelijke concurrentie om de (aanbestedings)markt een rol zou kunnen spelen.¹¹⁴

5.4 Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

171. Enkele Betrokken ondernemingen stellen dat zij in aanmerking komen voor een boetevermindering omdat zij een jaaromzet hebben die lager ligt dan EUR 10 miljoen. Hiermee beroepen zij zich op de 'boetevermindering kleine ondernemingen' die in het verleden door de NMa in het kader van de zogenaamde 'schoon schip' procedure werd gehanteerd, welke de gehele bouwsector in staat stelde schoon schip te maken.

¹¹⁴ Indien door afspraken de prijzen tot grote hoogte stijgen, zou dit – op langere termijn – kunnen uitlokken dat opdrachtgevers andere schildersbedrijven gaan uitnodigen.

172. De Raad verwerpt dit standpunt. Deze boetevermindering was onderdeel van de zogenaamde versnelde procedure, die is gekoppeld aan de zogenaamde schoon schip procedure in de bouwsector. De boetevermindering kleine ondernemingen was een gevolg van het feit dat de NMa, aangezien zij er veel belang aan hechtte dat ook kleine ondernemingen in de versnelde procedure snel schoon schip wilden en konden maken, heeft besloten om aan bouwondernemingen die klein waren (in die zin dat zij minder dan EUR 10 miljoen concernomzet hadden) én deelnamen aan de versnelde procedure, een boetevermindering toe te kennen van 15%. Het betreft derhalve geen boetevermindering die buiten dat kader aan ondernemingen is of zal worden toegekend.
173. Enkele Betrokken ondernemingen stellen dat de werkwijze van Defensie het vooroverleg in de hand werkt.
174. De Raad merkt allereerst op dat Defensie niet daadwerkelijk heeft aangestuurd op de genoemde mededingingsbeperkende gedragingen. De Raad ziet vervolgens niet in dat het feit dat de opdrachtgever een werkwijze hanteert die het beperken van concurrentie niet onmogelijk maakt, of zelfs makkelijk zou maken, voor partijen tot een verlaging van de boete zou moeten leiden. Partijen hebben immers een eigen verantwoordelijkheid om te zorgen dat zij zich niet gedragen op een wijze die in strijd is met de wet.
175. Enkele Betrokken ondernemingen stellen dat er sprake is geweest van verdergaande medewerking dan waartoe zij wettelijk verplicht zijn. SWE stelt hierbij dat het feit dat zij de overtreding reeds voor het vaststellen van het rapport heeft bekend en een nadere toelichting heeft gegeven, zou moeten leiden tot een boeteverlaging. Hierbij verwijst zij naar de zaak 3691.¹¹⁵
176. In zaak 3691 is overgegaan tot een vermindering van de boete met 10% omdat de partij in die zaak naast een verklaring voordat het rapport was opgemaakt, tevens informatie verschaftte met additionele waarde ten opzichte van de informatie waarover de NMa reeds beschikte. SWE heeft echter alleen de overtreding bekend. Het bekennen van de overtreding kan niet worden gekwalificeerd als het leveren van informatie met additionele waarde.
177. Enkele Betrokken ondernemingen stellen dat zij zich niet schuldig hebben gemaakt aan een structurele overtreding van het kartelverbod, hetgeen zijn weerslag zou moeten vinden in de op te leggen boete.
178. Het onderhavige geval ziet op 'een enkele aanbesteding'. De Raad oordeelt dat Betrokken ondernemingen volledige betrokkenheid hebben bij de gehele overtreding waarop dit besluit

¹¹⁵ Besluit d-g NMa, zaak 3691, rnr. 188 (*Enmtec*)

ziet. De Raad acht de omvang van de overtreding passend verdisconteerd in de boetgrondslag door bij de berekening daarvan uit te gaan van de projectomzet.

179. Enkele Betrokken ondernemingen stellen dat zij de overtreding voortijdig zouden hebben beëindigd.
180. Bij iedere individuele aanbesteding die de NMa naderhand onderzoekt kan worden gesteld dat partijen de overtreding reeds voor de start van het onderzoek hebben beëindigd. Bovendien doen ondernemingen die een overtreding beëindigen niets anders dan waartoe zij wettelijk zijn gehouden. Ook dit argument kan geen stand houden.¹¹⁶
181. De Betrokken ondernemingen betogen dat de opdrachtgever niet (financieel) is benadeeld.
182. De Raad deelt de mening van de betrokken ondernemingen, dat de opdrachtgever niet is benadeeld, niet. De prijzen zijn in onderling overleg tot stand gekomen, en niet op basis van normale prijsconcurrentie. Hiermee heeft opdrachtgever geen prijs gekregen die heeft kunnen profiteren van de prijsverlagende druk die normaliter van concurrentie tussen ondernemingen uitgaat. Bovendien is er tevens een rekenvergoeding in de prijs meegenomen.¹¹⁷
183. Voorts stellen de Betrokken ondernemingen dat zij geen leidinggevende rol hebben vervuld, noch dat er een handhavingmechanisme actief was de deelnemers aan het kartel in het gareel te houden.
184. De constatering dat geen van de betrokken ondernemingen een leidinggevende rol vervulde binnen het kartel¹¹⁸, noch de constatering dat er geen handhavingsmechanisme was om het kartel in stand te houden kan leiden tot een boetevermindering. Het functioneren als kartelleider is, evenals het aanwezig zijn van een handhavingsmechanisme, een boeteverhogende omstandigheid. Het feit dat de ondernemingen niet in die hoedanigheid hebben gefunctioneerd in het kartel kan dus hooguit leiden tot het uitblijven van een boeteverhoging.
185. Enkele Betrokken ondernemingen betogen dat de NMa in eerdere communicatie zou hebben aangegeven dat het optreden als intermediair tussen schildersbedrijven en calculatiebureaus is toegestaan.¹¹⁹

¹¹⁶ Rb. Rotterdam 30 oktober 2008, *LJN* BG2730.

¹¹⁷ Rb. Rotterdam 30 oktober 2008, *LJN* BG2730.

¹¹⁸ Rb. Rotterdam 23 juli 2008, *LJN* BD8523.

¹¹⁹ Bijlage bij dossierstuk 6431_1/ 110.

186. Naar het oordeel van de Raad staat in de door de Betrokken ondernemingen aangehaalde brief uit 2002 duidelijk dat het vervullen van een dergelijke rol leidt tot het verkrijgen van zeer concurrentiegevoelige informatie, en dat de werkzaamheden hieromtrent met voldoende waarborgen moeten zijn omkleed opdat concurrerende ondernemingen deze informatie niet van elkaar in handen krijgen. Zeer duidelijk is hierbij weergegeven dat de met elkaar om een aanbesteding concurrerende schildersbedrijven bijvoorbeeld geen gelegenheid moeten krijgen om elkaar te ontmoeten.
187. Uit de bedoelde brief kan derhalve op geen enkele wijze worden afgeleid dat de gedragingen die de Raad in het onderhavige geval strijdig acht met de mededingingsregels eerder door de NMa zouden zijn goedgekeurd.
188. De Raad ziet geen aanleiding tot bijstelling van de basisboete naar aanleiding van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden.

5.5 [VERTROUWELIJK]

189. [VERTROUWELIJK]

190. [VERTROUWELIJK]

191. [VERTROUWELIJK]

192. [VERTROUWELIJK]

193. [VERTROUWELIJK]

194. [VERTROUWELIJK]

195. [VERTROUWELIJK]

196. [VERTROUWELIJK]

197. [VERTROUWELIJK]

198. [VERTROUWELIJK]

5.6 Vaststelling van de hoogte van de boete

199. De hierna volgende boetebedragen zullen conform randnummer 56 van de Boetecode naar beneden worden afgerond op een veelvoud van EUR 1.000.

Buysen

200. Conform randnummer 21 en 22 van de Boetecode wordt de boetegrondslag voor Buysen vastgesteld op EUR 3.789,30. Gelet op het hanteren van een rekenfactor 2 in verband met de ernst van de overtreding, stelt de Raad het boetebedrag vast op EUR 7.578,60.

Ernis

201. Conform randnummer 21 en 22 van de Boetecode wordt de boetegrondslag voor Ernis Schilders vastgesteld op EUR 18.946,50. Gelet op het hanteren van een rekenfactor 2 in verband met de ernst van de overtreding, stelt de Raad het boetebedrag vast op EUR 37.893,00.

I&ES

202. Conform randnummer 21 en 22 van de Boetecode wordt de boetegrondslag voor I&ES vastgesteld op EUR 3.789,30. Gelet op het hanteren van een rekenfactor 2 in verband met de ernst van de overtreding, stelt de Raad het boetebedrag vast op EUR 7.578,60.

Metim

203. Conform randnummer 21 en 22 van de Boetecode wordt de boetegrondslag voor Metim vastgesteld op EUR 3.789,30. Gelet op het hanteren van een rekenfactor 2 in verband met de ernst van de overtreding, stelt de Raad het boetebedrag vast op EUR 7.578,60.

Van de Looij

204. Conform randnummer 21 en 22 van de Boetecode wordt de boetegrondslag voor Van de Looij vastgesteld op EUR 3.789,30. Gelet op het hanteren van een rekenfactor 2 in verband met de ernst van de overtreding, stelt de Raad het boetebedrag vast op EUR 7.578,60.

SWE

205. Conform randnummer 21 en 22 van de Boetecode wordt de boetegrondslag voor SWE vastgesteld op EUR 3.789,30. Gelet op het hanteren van een rekenfactor 2 in verband met de ernst van de overtreding, stelt de Raad het boetebedrag vast op EUR 7.578,60.

Spegelt

206. Conform randnummer 21 en 22 van de Boetecode wordt de boetegrondslag voor Spegelt vastgesteld op EUR 3.789,30. Gelet op het hanteren van een rekenfactor 2 in verband met de ernst van de overtreding, stelt de Raad het boetebedrag vast op EUR 7.578,60.

BESLUIT

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

Buysen Schilders B.V., statutair gevestigd te Eindhoven, en Tongerlo Beheer B.V., statutair gevestigd te Hapert, een boete van
EUR 7.000,00.

waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

Ernis Schilderwerken B.V., statutair gevestigd te Maasdonk, een boete van
EUR 37.000,00;

Gevelinvest Vastgoedschilders B.V., voorheen I & ES B.V., statutair gevestigd te Erp; Gevelinvest Advies en Beheer B.V., voorheen I. & E.S. Projektmanagement B.V., statutair gevestigd te Veghel; Gevelinvest Faciliteiten B.V., voorheen I. & E.S. Beheer B.V., statutair gevestigd te Veghel en P. Valks Holding B.V., statutair gevestigd te Erp een boete van
EUR 7.000,00.

waarbij alle rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

Schildersbedrijf Van de Looij B.V., statutair gevestigd te Veldhoven, een boete van
EUR 7.000,00.

Schildersbedrijf Metim B.V., statutair gevestigd te Eindhoven, een boete op van
EUR 7.000,00.

Rendon Eindhoven B.V., voorheen Schilderwerken Eindhoven B.V., statutair gevestigd te Eindhoven, en Rendon Beheer B.V., statutair gevestigd te Arkel, een boete van
EUR 7.000,00.

waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;

Coöperatieve Vereniging Spiegelt U.A., statutair gevestigd te Helmond, een boete van
EUR 7.000,00.

Dit besluit is gericht tot ieder van bovengenoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Openbaar

Den Haag, 5 juni 2009

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

w.g.

R.J.P. Jansen

Lid van de 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 Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, DEN HAAG. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op grond van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de Raad van Bestuur verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.