

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de Mededingingswet tot vaststelling van een overtreding van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene Wet bestuursrecht en tot oplegging van een boete op grond van artikel 69, eerste lid, van de Mededingingswet.

Nummer 3075-37

Betreft zaak: 3075/ Heijmans

I. Verloop van de procedure

1. Op 14 februari 2002 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een aanvraag van de gemeente Amsterdam (hierna: de Gemeente) om toepassing van artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) ontvangen. De aanvraag is in behandeling genomen onder zaaknummer 2906.
2. De Gemeente stelde dat zij is geconfronteerd met mogelijke overeenkomsten tussen, dan wel onderling afgestemde feitelijke gedragingen van, ondernemingen bij de aanbesteding van de Noord-Zuidlijn te Amsterdam, die er toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
3. De d-g NMa heeft een onderzoek doen instellen naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw. In het kader van het onderzoek zijn mondelinge verklaringen opgenomen. Bedoeld onderzoek is nog gaande.
4. Op 24 juni 2002 zijn drie rapporten, als bedoeld in artikel 77, eerste lid, Mw juncto artikel 69, eerste lid, Mw opgemaakt (hierna ook: rapport niet-medewerking). Het onderhavige besluit heeft betrekking op een van deze rapporten (hierna ook: rapport niet-medewerking).
5. Het rapport niet-medewerking is gericht aan Heijmans Beton- en Waterbouw B.V. (hierna ook: Heijmans).
6. Het rapport niet-medewerking is op 25 juni 2002 toegezonden aan Heijmans.
7. Bij brief van 15 juli 2002 is Heijmans overeenkomstig het bepaalde in artikel 78, eerste lid, Mw schriftelijk opgeroepen om naar keuze mondeling of schriftelijk haar zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen.
8. Bij fax van 31 juli 2002 heeft Heijmans schriftelijk haar zienswijze naar voren gebracht omtrent het rapport. Op 9 augustus 2002 heeft Heijmans tijdens een hoorzitting mondeling haar zienswijze over het rapport gegeven.
9. Van de hoorzitting is ingevolge artikel 61, tweede lid Mw, een verslag gemaakt, dat op 14 augustus 2002 aan Heijmans is verzonden.

II. Feitelijke achtergrond

10. Bij brieven van 21 en 25 maart 2002 heeft een op grond van artikel 50, eerste lid, Mw aangewezen toezichts- en onderzoeksambtenaar (hierna: toezichthoudend ambtenaar) van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) op grond van artikel 5:16 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) Heijmans verzocht om enkele vragen te mogen stellen aan een bij Heijmans werkzame persoon, te weten de heer [vertrouwelijk]. Uit het tot dan toe door de NMa gevoerde onderzoek waren aanwijzingen naar voren gekomen die duiden op directe betrokkenheid van de heer [vertrouwelijk] in zijn hoedanigheid van medewerker van Heijmans bij de gedraging waarop het onderzoek van de NMa was gericht. De naam van de heer [vertrouwelijk] komt (als geadresseerde) voor in een e-mailbericht dat door Heijmans op 24 januari 2002 was verzonden aan onder meer de Gemeente en dat voor de Gemeente aanleiding was de d-g NMa te verzoeken om handhaving van de Mededingingswet.

11. Bij faxberichten van 22 en 26 maart 2002 heeft Heijmans via haar advocaat aangegeven dat aan het verzoek van de NMa om genoemde persoon te horen geen gevolg zal worden gegeven.

12. Op 27 maart 2002 hebben toezichthoudende ambtenaren van de NMa in het kader van het onderzoek een bezoek gebracht aan Heijmans om de heer [vertrouwelijk] te horen. Aldaar deelden de heer A.H.M. van Lith en de advocaat van Heijmans aan een van de toezichthoudende ambtenaren van de NMa mee dat de heer Van der Lith als woordvoerder van Heijmans zou optreden en, indien gewenst, verklaringen zou afleggen namens Heijmans. Verder weigerde Heijmans de bij haar werkzame heer [vertrouwelijk] inlichtingen te laten verstrekken aan de NMa, een en ander in opdracht van het bestuur van Heijmans N.V., hetgeen nader is vastgelegd in een op 27 maart 2002 opgestelde schriftelijke verklaring van de zijde van Heijmans N.V. Ten slotte heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard dat hij, conform instructies van Heijmans, geen inlichtingen wenste te verstrekken aan de NMa.

13. Tijdens het bezoek van 27 maart 2002 hebben de toezichthoudende ambtenaren de heer [vertrouwelijk], in aanwezigheid van de advocaat van Heijmans, meegedeeld dat het niet verlenen van medewerking een inbreuk vormt op de medewerkingsplicht, zoals neergelegd in artikel 69, eerste lid, Mw juncto artikel 5:20, eerste lid, Awb. Verder hebben de toezichthoudende ambtenaren aangekondigd een rapport als bedoeld in de zin van artikel 77, eerste lid, Mw op te maken.

III. Rapport inzake overtreding van de medewerkingsplicht

14. In het rapport niet-medewerking van 24 juni 2002 wordt – kort en zakelijk weergegeven – het volgende vastgesteld.

15. Op grond van de hiervóór onder II. weergegeven feiten heeft de betrokken toezichthoudend ambtenaar in het rapport niet-medewerking geconstateerd dat Heijmans weigert gehoor te geven aan de vorderingen van de NMa om de heer [vertrouwelijk] inlichtingen te laten verstrekken. De heer [vertrouwelijk] is erop geweest dat een rapport ex artikel 77, eerste lid Mw, inzake overtreding van de medewerkingsplicht, zoals neergelegd

in artikel 69, eerste lid, juncto artikel 5:20, eerste lid, Awb, zou worden opgemaakt. De geconstateerde gedraging kan worden toegerekend aan Heijmans. Op grond van artikel 69, eerste lid, Mw kan hiervoor aan Heijmans een boete worden opgelegd.

IV. Zienswijze van Heijmans Beton- en Waterbouw B.V.

16. Heijmans heeft ten aanzien van het rapport niet-medewerking naar voren gebracht dat zij de medewerkingsplicht, zoals neergelegd in artikel 5:20, eerste lid, Awb, niet heeft overtreden. Hiertoe heeft Heijmans de volgende argumenten aangevoerd.

a. Zwijgrecht, EG-recht, verwijtbaarheid

17. Heijmans refereert aan de argumenten die blijkens de publiek toegankelijke gegevens die in zaak 2463 door Texaco naar voren zijn gebracht. Heijmans voert het volgende aan:

(i) Uitholling van het zwijgrecht van de onderneming.

Heijmans stelt dat het zwijgrecht, zoals neergelegd in artikel 53 Mw, niet toekomt aan de bij Heijmans werkzame personen. De betrokken werknemers zouden, indien zij verplicht zouden kunnen worden een volledige verklaring af te leggen, in een loyaliteitsconflict kunnen komen. Het afleggen van een verklaring kan derhalve onredelijk bezwarend voor de betrokken werknemer zijn.

(ii) Aansluiting bij het Europese mededingingsrecht

Heijmans stelt dat het Nederlandse mededingingsrecht voornamelijk een afgeleide van de Europese regelgeving is (en dient te zijn). Onder het Europese mededingingsrecht heeft de Europese Commissie niet de bevoegdheid inlichtingen te vorderen van individuele werknemers.

(iii) Heijmans kan geen verwijt van de overtreding worden gemaakt

Heijmans stelt dat zij, aangezien de wet én wetsgeschiedenis onduidelijk zijn, te goeder trouw erop mocht vertrouwen dat er rechtens geen sprake was van een verplichting tot medewerking. Nergens is eenduidig vastgesteld dat de NMa het recht heeft niet alleen het subject waarop het onderzoek zich richt (in dit geval de rechtspersoon Heijmans, vertegenwoordigd door de heer A. van Lith) vragen te stellen, maar eveneens aldaar werkzame personen.

b. Redelijkheid en evenredigheid

18. Heijmans voert aan dat in artikel 5:20 Awb geen expliciete rechtsgrond is neergelegd op grond waarvan de toezichthoudend ambtenaar inlichtingen kan vorderen van individuele werknemers van ondernemingen waartegen een onderzoek loopt. Het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 5:13 Awb, is naar de mening van Heijmans geschonden aangezien het horen van de betreffende personen niet redelijkerwijs voor de vervulling van de taak van de NMa nodig was.

c. Schending van artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden

19. Heijmans refereert naar een arrest van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) van 16 april 2002 in de zaak *Colas Est e.a. tegen Frankrijk*^[1] waarin het EHRM heeft aangegeven dat het tijd is geworden om in bepaalde omstandigheden te erkennen dat de rechten van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM) ook toepassing kunnen vinden ten aanzien van het hoofdkantoor van een bedrijf, zijn nevenvestiging of andere bedrijfsruimten. Bij een dergelijke interpretatie van artikel 8 EVRM kan een inbreuk op het eerste lid van dat artikel slechts worden gerechtvaardigd door het tweede lid: de inbreuk moet voorzien zijn bij wet, een legitiem doel dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. In genoemd arrest van het EHRM constateerde het EHRM dat de relevante regelgeving zeer grote bevoegdheden toekende aan de administratieve autoriteiten. Heijmans stelt dat ook de Mw en de Awb de NMa vergaande bevoegdheden verlenen. Wat betreft het onderzoek naar schriftelijk materiaal stelt Heijmans dat de rechten van de NMa duidelijk zijn neergelegd in deze regelgeving. Wat betreft het horen van personen binnen de onderneming is de strekking, volgens Heijmans, echter alleszins onduidelijk. Heijmans stelt dat de opvatting van het EHRM, dat de rechten van artikel 8 EVRM toepassing kunnen vinden ten aanzien van bedrijfsruimten, naar analogie dient te worden aangenomen wat betreft het horen van personen binnen de onderneming die het voorwerp is van het onderzoek. Voorts stelt Heijmans dat de Mw en de Awb, wanneer het standpunt van de NMa zou worden gevolgd, onvoldoende waarborgen bieden tegen misbruik van bevoegdheden, welke bevoegdheden bovendien niet ondubbelzinnig in de regelgeving zijn neergelegd.

20. De stelling van de NMa als zou zij op grond van artikel 5:20 Awb bevoegd zijn geweest de personen binnen de onderneming te horen, in aanvulling op de verstrekende bevoegdheden tot onderzoek naar schriftelijk materiaal, levert volgens Heijmans een schending van artikel 8 EVRM op. Het opleggen van een boete op grond van een vermeende overtreding van de medewerkingsplicht is volgens Heijmans dan ook ontoelaatbaar.

d. De publiciteit die door de NMa aan het onderzoek is gegeven

21. Op het handelen van de NMa zijn de waarborgen van de Mededingingswet, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de internationale verdragen in volle omvang van toepassing. Dit impliceert volgens Heijmans dat de NMa in een lopend onderzoek geen mededelingen kan doen over enige onderzoekshandeling, daaronder nadrukkelijk begrepen het opmaken van een rapport op grond van artikel 77 Mw. Indien de NMa desalniettemin voornemens is dergelijke mededelingen te doen, dient zij voor openbaarmaking de bij het onderzoek betrokken onderneming in de gelegenheid te stellen, haar zienswijze daarop te geven en, indien deze onderneming dit noodzakelijk acht, rechtsmiddelen daartegen aan te wenden.

22. Heijmans voert aan dat de handelwijze die door de NMa is gevolgd met betrekking tot onderhavige rapporten niet-medewerking niet voldoet aan de aldus geformuleerde eisen van behoorlijke procesvoering. Hiertoe voert Heijmans aan dat nog vóór de ontvangst van de betreffende rapporten niet-medewerking Heijmans van het bestaan daarvan uit diverse media kennis heeft genomen.

V. Het wettelijk kader

23. Met het toezicht op de naleving van de Mededingingswet zijn conform artikel 50 Mw belast de door de d-g NMa bij besluit aangewezen ambtenaren van de NMa. Bij besluit van 2 januari 1998 heeft de d-g NMa uitvoering gegeven aan artikel 50, eerste lid, Mw.[2]

24. De aangewezen toezichthoudende ambtenaren zijn tevens krachtens artikel 52, eerste lid, Mw belast met onderzoek. Voor het doen van onderzoek beschikken zij over de bevoegdheden, die in de Mededingingswet zijn toegekend in de artikelen 52 – 55 Mw. Voorts volgt uit artikel 52, tweede lid, Mw dat zij tijdens het doen van onderzoek tevens beschikken over de bevoegdheden van toezicht, voor zover deze niet zijn beperkt in de artikelen 51 en 53 Mw.

25. Ingevolge artikel 53 Mw is er geen verplichting aan de zijde van de onderneming om een verklaring af te leggen, indien de toezichthoudende ambtenaren een redelijk vermoeden hebben dat die onderneming een overtreding heeft begaan. De betrokkenen worden hiervan in kennis gesteld voordat hun mondeling ter zake om een verklaring wordt gevraagd.

26. De krachtens artikel 50, eerste lid, Mw aangewezen ambtenaren zijn toezichthoudend ambtenaar als bedoeld in artikel 5:11 Awb. In afdeling 5.2 Awb wordt aan toezichthoudend ambtenaar een aantal bevoegdheden verleend ter uitoefening van het toezicht op de naleving van specifieke wetten. Op grond van artikel 5:13 Awb maakt een toezichthoudend ambtenaar slechts gebruik van zijn bevoegdheden voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

27. Voor het toezicht op de naleving van de Mededingingswet zijn onder meer de artikelen 5:16 en 5:20 Awb van belang.[3] Artikel 5:16 Awb bepaalt dat een toezichthoudend ambtenaar bevoegd is inlichtingen te vorderen. Ingevolge artikel 5:20, eerste lid, Awb is een ieder verplicht aan een toezichthoudend ambtenaar binnen de door de toezichthoudend ambtenaar gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.

28. Krachtens artikel 69, eerste lid, Mw kan de d-g NMa degene die in strijd handelt met artikel 5:20, eerste lid, Awb, een boete opleggen van ten hoogste EUR 4.500 (voorheen NGL 10.000,-).[4]

29. Ingevolge artikel 69, tweede lid Mw legt de d-g NMa geen boete op indien de belanghebbende aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.

VI. Beoordeling

30. Alvorens in te gaan op de beoordeling stelt de d-g NMa vast dat de feiten, zoals hierboven onder II. weergegeven, door Heijmans niet zijn betwist.

a. Zwijgrecht, EG-recht, verwijtbaarheid

31. Het bepaalde in artikel 5:16 Awb verschaft een toezichthoudend ambtenaar een algemene bevoegdheid om inlichtingen te vorderen. In beginsel kunnen inlichtingen van een ieder worden gevorderd. Het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb stelt onder omstandigheden evenwel grenzen.

32. Gelet hierop, moet een toezichthoudend ambtenaar niet alleen bevoegd worden geacht om van een onderneming inlichtingen te vorderen, maar kan hij, naast het vorderen van inlichtingen van de door de onderneming aangewezen vertegenwoordigers, van die onderneming eisen dat zij bepaalde werknemers die kennis van zaken hebben van feiten en gedragingen waarop het onderzoek is gericht, mee laten werken aan een vordering van de toezichthoudend ambtenaar om inlichtingen te verstrekken. Een andere zienswijze zou de bevoegdheid van de toezichthoudend ambtenaar te zeer beperken. De betrokken onderneming zou zich immers in dat geval te gemakkelijk kunnen beroepen op onwetendheid.

33. Het betoog van Heijmans dat het zwijgrecht van de onderneming wordt uitgehold, indien de toezichthoudend ambtenaar overgaat tot het horen van individuele werknemers, omdat het zwijgrecht niet aan deze werknemers toekomt, kan niet worden gevolgd.

34. Het bepaalde in artikel 53 Mw brengt met zich dat het zwijgrecht ook toekomt aan een werknemer indien hij, zoals in het onderhavige geval, wordt gehoord in verband met een tot de onderneming gerichte vordering tot het verstrekken van inlichtingen. Een verplichting gericht tot een onderneming om medewerking te verlenen aan het verstrekken van dergelijke inlichtingen heeft daarom niet tot gevolg dat het zwijgrecht van de onderneming wordt uitgehold.

35. Heijmans is er bij het bedrijfsbezoek van 27 maart 2002 door één van de toezichthoudende ambtenaren op gewezen dat wanneer Heijmans gehoor zou geven aan de vordering van de toezichthoudend ambtenaar van de NMa om de heer [vertrouwelijk] inlichtingen te laten verstrekken, deze zich zou kunnen beroepen op het zwijgrecht. Heijmans was derhalve van de mogelijkheid van een beroep op het zwijgrecht door haar werknemer, de heer [vertrouwelijk], op de hoogte, maar heeft er desondanks voor gekozen niet mee te werken.

36. Het betoog van Heijmans dat geen toepassing kan worden gegeven aan artikel 5:16 Awb jo 5:20 Awb, omdat de Europese Commissie geen bevoegdheid heeft om werknemers van ondernemingen te horen, moet worden verworpen. De wetgever heeft immers met betrekking tot het recht inzake procedures tot toepassing en handhaving van de materiële normen van de Mededingingswet aansluiting gezocht bij de Algemene wet bestuursrecht (zie onder meer hiervóór randnummers 26 tot en met 28). De artikelen 5:16 en 5:20 Awb zijn van belang voor het toezicht op de naleving van de Mededingingswet. Die bepalingen zijn niet in alle opzichten gelijk aan Verordening 17/62.^[5] Algemeen aanvaard is dat de nationale mededingingsautoriteiten bij toepassing van het communautaire mededingingsrecht hun nationale formele recht dienen te volgen, dat op onderdelen kan afwijken van de communautaire regels ter zake van toezicht en onderzoek. Hier is sprake van toepassing van het nationale mededingingsrecht, waarbij a fortiori geldt dat het nationale formele recht, zoals dat volgt uit de Mededingingswet en de Algemene wet bestuursrecht, dient te worden toegepast. Naar het oordeel van de d-g NMa zijn de toezichthoudende ambtenaren van de NMa in dit geval binnen de grenzen van hun bevoegdheden van de toepasselijke nationale regelgeving gebleven.

b. redelijkheid en evenredigheid

37. Het evenredigheidsbeginsel brengt met zich dat een bevoegdheid slechts mag worden uitgeoefend voorzover dat voor een goede uitoefening daarvan in redelijkheid noodzakelijk kan worden geacht. Zo zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld van welke personen een toezichthoudend ambtenaar inlichtingen kan vorderen en onder welke voorwaarden.

38. Binnen een onderneming zullen niet (steeds) alle werknemers betrokken zijn bij, en kennis dragen van, activiteiten die onderwerp vormen van toezicht en onderzoek door de NMa. Artikel 5:13 Awb brengt onder dergelijke omstandigheden met zich dat bij een verzoek om inlichtingen wordt aangegeven van welke werknemers die inlichtingen worden verlangd. Het evenredigheidsbeginsel brengt daarentegen niet met zich, anders dan Heijmans betoogt, dat het de rechtspersoon zelf is die bepaalt door welke natuurlijke personen zij de gevraagde inlichtingen wenst te verschaffen.

39. Het feit dat bij het vorderen van inlichtingen een werknemer zich mogelijkwerwijs in zijn vrijheid beperkt voelt, staat niet in de weg aan het vorderen van inlichtingen van die werknemer. Op grond van artikel 5:13 Awb is het vorderen van inlichtingen toegestaan voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van de taak van de toezichthoudend ambtenaar nodig is. In dit geval had de NMa aanwijzingen, zoals vermeld in randnummer 10, dat de heer [vertrouwelijk] kennis droeg van gedragingen die onderwerp waren van toezicht en onderzoek. In dit licht kan de toezichthoudend ambtenaar in redelijkheid inlichtingen van de heer [vertrouwelijk] – met tussenkomst van de onderneming – vorderen.

c. Schending van artikel 8 EVRM

40. Van de zijde van Heijmans is betoogd dat de opvatting van het EHRM, zoals tot uitdrukking gebracht in het arrest van 16 april 2002 in de zaak *Colas Est e.a. tegen Frankrijk* – inhoudende dat de rechten van artikel 8 EVRM onder omstandigheden toepassing kunnen vinden ten aanzien van bedrijfsruimten – naar analogie toepassing zou moeten vinden ten aanzien van het horen van werknemers. De d-g NMa deelt deze mening niet.

41. De bevoegdheden waarvan in de zaak *Colas Est* sprake was, te weten het tegen de wil van betrokkene betreden van plaatsen, het doorzoeken van bedrijfsruimten en het in beslag nemen van stukken, verschillen zo wezenlijk van de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen op basis van artikel 69, eerste lid, Mw, juncto artikel 5:20, eerste lid, Awb, dat een analoge toepassing van de opvatting van het EHRM niet in de rede ligt. Niet valt in te zien op welke wijze het horen van werknemers – met tussenkomst van de onderneming – een schending van artikel 8 EVRM kan opleveren. De d-g NMa concludeert dat het beroep van Heijmans op artikel 8 EVRM in het onderhavige geval in elk geval niet kan slagen.

d. De publiciteit die door de NMa aan het onderzoek is gegeven.

42. Van de zijde van Heijmans is betoogd dat de NMa in een lopend onderzoek geen mededelingen kan doen over enige onderzoekshandeling, daaronder begrepen het opmaken van een rapport op grond van artikel 77 Mw. De d-g NMa deelt deze opvatting niet.

43. In dit geval is het rapport in de zin van artikel 77 Mw op 24 juni 2002 per fax toegezonden aan Heijmans. Daarna is op diezelfde dag een persbericht door de NMa openbaar gemaakt, waarin – kort weergegeven – is medegedeeld dat de NMa rapporten tegen Heijmans heeft opgemaakt naar aanleiding van de weigering van Heijmans om mee te werken aan het verzoek van de NMa om bepaalde werknemers te horen. In het

persbericht is voorts vermeld dat Heijmans nog in de gelegenheid zou worden gesteld te reageren op de rapporten, waarna de d-g NMa vaststelt of een sanctie wordt opgelegd. Daar waar Heijmans stelt dat zij eerst uit de media kennis kon nemen van het bestaan van het rapport niet-medewerking, kan de d-g NMa Heijmans hierin niet volgen.

Conclusie

44. De aangewezen toezichthoudend ambtenaar heeft conform artikel 5:16 Awb van Heijmans gevorderd om een werknemer, te weten de heer [vertrouwelijk], in de gelegenheid te stellen om aan de toezichthoudend ambtenaar enige vragen te beantwoorden. Heijmans heeft dit ten aanzien van genoemde werknemer meerdere malen geweigerd. Dit handelen van Heijmans is in strijd met de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb juncto artikel 69, eerste lid, Mw.

45. De overtreding kan worden toegerekend aan Heijmans.

VII. Sanctie

46. Ingevolge artikel 69, eerste lid, Mw kan de d-g NMa degene, die jegens de in artikel 50, eerste lid, of artikel 52, eerste lid, Mw bedoelde ambtenaren om strijd handelt met artikel 5:20, eerste lid, Awb een boete opleggen van ten hoogste EUR 4.500. Binnen dit wettelijke kader geniet de d-g NMa discretionaire bevoegdheid, waarbij hij rekening dient te houden met algemene beginselen, zoals het in artikel 3:4 Awb neergelegde beginsel van evenredigheid.

47. Voor de d-g NMa geldt als uitgangspunt dat de naleving van de medewerkingsplicht van wezenlijk belang is voor de doeltreffendheid van de toepassing van de Mededingingswet en de controle op de naleving ervan. Dit betekent in beginsel dat de d-g NMa in geval van overtreding van artikel 5:20, eerste lid, Awb het opleggen van een boete van EUR 4.500 aan degene wie de overtreding kan worden toegerekend, passend acht, tenzij sprake is van verzachtende omstandigheden.

48. Heijmans heeft aangevoerd dat geen boete kan worden opgelegd aangezien haar van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. (zie hiervóór randnummer 17). Doordat de wet en wetsgeschiedenis onduidelijk zijn, zou Heijmans van de overtreding geen verwijt in de zin van artikel 69, tweede lid, Mw kunnen worden gemaakt.

49. Dit betoog kan niet worden gevolgd. Van Heijmans mag worden verwacht dat zij op de hoogte is van de inhoud van de Mededingingswet en de Algemene wet bestuursrecht. Heijmans is een grote onderneming die tijdens het onderzoek is bijgestaan door een advocaat. Uit de wet en de wetsgeschiedenis volgt dat de d-g NMa van een onderneming kan vorderen dat zij inlichtingen verschaft door het (laten) horen van een van haar werknemers. De niet-medewerking door Heijmans deed zich daarenboven voor na de totstandkoming van het besluit van de d-g NMa in zaak 2463 (Texaco), waarin de d-g NMa toepassing heeft gegeven aan artikel 69, eerste lid, Mw juncto artikel 5:20, eerste lid, Awb in de hiervoor bedoelde zin.[6] Heijmans heeft er uitdrukkelijk voor gekozen om te weigeren de betrokken werknemer te laten horen en heeft daaraan bewust de daaraan verbonden risico's in het kader van de medewerkingsplicht genomen. Van het ontbreken van verwijtbaarheid in de zin van artikel 69, tweede lid, Mw is geen sprake.

50. Nu Heijmans geen verzachtende omstandigheden heeft aangevoerd en ook overigens niet van verzachtende omstandigheden is gebleken, acht de d-g NMa een boete van EUR 4.500 passend.

VIII. Besluit

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

a) stelt vast dat de onder randnummer 44 omschreven gedraging een overtreding oplevert van artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, en rekent deze toe aan Heijmans Beton- en Waterbouw B.V.;

b) legt een boete van EUR 4.500 (zegge: vierduizend vijfhonderd euro) op aan Heijmans Beton- en Waterbouw B.V., statutair gevestigd te 's-Hertogenbosch.

c) bepaalt dat de onder b) vastgestelde geldboete overeenkomstig artikel 67, eerste lid, van de Mededingingswet binnen dertien weken na verzending van dit besluit moet worden betaald door storting op bankrekeningnummer 19.23.24.233 ten name van de Nederlandse Mededingingsautoriteit te Den Haag onder vermelding van het kenmerk van dit besluit. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn wordt overeenkomstig artikel 67, tweede lid, van de Mededingingswet deze geldboete vermeerderd met de wettelijke rente.

Dit besluit is gericht tot: Heijmans Beton- en Waterbouw B.V.

Datum: w.g. 3 september 2002

A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene wiens belang daarbij rechtsreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Directie Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. 50951, 3007 BM Rotterdam.

[1] Arrest van het Europese Hof van de Rechten van de Mens van 16 april 2002, Colas Est e.a. c. France, Requête no. 37971/97.

[2] Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren Mededingingswet, Staatscourant 1998, nr. 1.

[3] Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 81.

[4] Wet van 27 september 2001 tot aanpassing van wetten in verband met de vervanging van de gulden door de euro (Aanpassingswet euro); Stb. 2001, 481.

[5] Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, Pb. 1962, nr. 13, p. 204.

[6] Zaak 2463, Besluit op bezwaar d-g NMa 14 december 2001