

## Advies in de zaak 7094, Limburgse Bouwzaken

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr J.P. Fokker (voorzitter), prof. dr E.E.C. van Damme, mr R.J. Hekket en mr M.J.S. Korteweg-Wiers. De subcommissie werd bijgestaan door dr I.E. Wendt (secretaris).

### 1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 29 oktober 2010 in zaaknummers 6494 en 6836 stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat Janssen de Jong Infra B.V., Janssen de Jong Groep B.V. en Janssen de Jong Infrastructuur Nederland B.V. (hierna: Janssen de Jong) en Aannemers- en Wegenbouwbedrijf "Limburg" B.V., Stichting Administratiekantoor Loutin Management en Loutin Management B.V. (hierna: WBL) inbreuk hebben gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw).<sup>1</sup>
2. Daarbij heeft de Raad een boete opgelegd van respectievelijk € 3.000.000 (Janssen de Jong) en € 100.000 (WBL).
3. Tegen het besluit heeft Janssen de Jong op 6 december 2010 een pro-forma bezwaarschrift ingediend.<sup>2</sup> Dit bezwaarschrift is nader aangevuld bij brief van 31 januari 2011.<sup>3</sup>
4. Verder heeft de Raad bij afzonderlijke besluiten van 29 oktober 2010 vastgesteld dat de heren [C] en [B] tijdens hun functie als [vertrouwelijk] respectievelijk [vertrouwelijk] van Janssen de Jong leiding hebben gegeven aan de overtreding van Janssen de Jong in de zin van artikel 56, vierde lid, Mw (oud).
5. Daarbij heeft de Raad een boete opgelegd van respectievelijk € 250.000 ([C]), en € 100.000 ([B]).
6. Tegen de hen betreffende besluiten hebben de heren [C] en [B] op 9 december 2010 eenieder een pro-forma bezwaarschrift ingediend. De bezwaarschriften zijn nader aangevuld bij brief van 28 februari 2011.<sup>4</sup>
7. Bij brief van 5 april 2011 werd aan bezwaarden en aan de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 19 mei 2011 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).<sup>5</sup> Op 19 mei 2011 vond deze hoorzitting plaats waarbij bezwaarden en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie.
8. Het verslag van de hoorzitting werd op 13 juli 2011 aan partijen rondgestuurd.

---

<sup>1</sup> Prismanummers 6494/286 en 6836/184.

<sup>2</sup> Prismanummer 7094/1.

<sup>3</sup> Prsmanummer 7094/14.

<sup>4</sup> Primsanummers 7094/3 en 7094/13.

<sup>5</sup> Prismanummers 7094/18.

9. Janssen de Jong heeft na de hoorzitting correspondentie aan de Adviescommissie gestuurd. De Adviescommissie heeft deze doorgestuurd naar de NMa om het daarheen te leiden dat daarmee het noodzakelijke wordt gedaan.

## **2. Besluit**

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

## **3. Bezwaar en beoordeling Janssen de Jong**

### Zienswijze van de NMa

11. Ter hoorzitting heeft Janssen de Jong gesteld dat de Raad zijn zienswijze in strijd met artikel 7:4 en 8:58 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) niet tijdig, d.w.z. minder dan tien dagen voor de hoorzitting zou hebben ingediend.

### Beoordeling

12. Allereerst stelt de Adviescommissie vast dat niet is bestreden dat de zienswijze van de Raad partijen meer dan een week voorafgaande aan de hoorzitting ter beschikking stond, in overeenstemming met artikel 7:4, lid 2, Awb. De Adviescommissie is van oordeel dat de zienswijze een nadere uiteenzetting betreft omtrent het standpunt dat de Raad in het bestreden besluit heeft ingenomen. In haar betoog tijdens de hoorzitting is Janssen de Jong inhoudelijk op de nadere motivering van de Raad uitdrukkelijk ingegaan. De Adviescommissie acht daarom de processuele belangen van Janssen de Jong niet geschaad door de mogelijke geringe overschrijding van de tien dagentermijn. In het belang van de goede procesorde kan de zienswijze van de Raad worden meegenomen, nu de daartegen bij wijze van verweer aangevoerde argumenten anders evenmin zouden kunnen worden meegewogen.

### Aanwezig bewijs

13. Janssen de Jong is van mening dat de Raad het van het Openbaar Ministerie (hierna: OM) ontvangen bewijsmateriaal (audio-opnamen en tapverslagen van telefoongesprekken) niet mocht gebruiken omdat voor de informatievervalsing aan de NMa geen wettelijke grondslag bestaat en de verstrekking van de tapgegevens door het OM aan de NMa onrechtmatig is. Janssen de Jong stelt dat hierdoor haar persoonlijke levenssfeer is geschonden omdat de Raad nu over gegevens beschikt die hij in het kader van zijn eigen wettelijke bevoegdheden niet kan vergaren. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen.
14. Janssen de Jong stelt dat de aan de Raad verstrekte tapgegevens niet zijn te kwalificeren als 'strafvorderlijke gegevens' in de zin van artikel 1 sub b van de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens (hierna: Wjsg). Daarom is niet de Wjsg, maar de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) en de Wet op de Politiegegevens (Wpg) van toepassing.

15. Janssen de Jong stelt dat de NMa als onderdeel van de Staat gebonden is aan de rechtsregels die beperkingen stellen aan het gebruik en doorgifte van door de Staat met strafrechtelijke dwangmiddelen verkregen informatie en meent dat de Raad zich daarom niet kan conformeren aan het oordeel van het College van procureurs-generaal of de gemandateerde van dit college.
16. Verder stelt Janssen de Jong dat artikel 16 Wbp het verstrekken van strafrechtelijke gegevens door het OM aan de NMa verbiedt omdat ten tijde van de gegevensverstrekking geen strafrechtelijke veroordeling bestond en geen van de uitzonderingen op artikel 16 Wbp van toepassing is.
17. Voor zover geoordeeld zou worden dat de Wjsg van toepassing is, stelt Janssen de Jong dat de Raad vóór toestemming door het OM, en daarom zonder wettelijke grondslag, inzage had gekregen in (een deel van) de telefoontapegegevens. Janssen de Jong stelt dat artikel 39f lid 1 Wjsg niet als grondslag kan dienen voor het verstrekken van het ontvangen bewijsmateriaal omdat het vergemakkelijken van onderzoek door de NMa geen zwaarwegend algemeen belang is als bedoeld in artikel 8, lid 2 EVRM. Artikel 6 lid 1 Mw is niet van openbare orde en een overtreding ervan kan in beginsel niet kwalificeren als een zwaarwegend algemeen belang. Verder is Janssen de Jong van mening dat het OM zijn taakstelling heeft overschreden omdat het bestuurlijk toezicht door de NMa niet nauw samenhangt met de strafrechtpleging, de NMa op basis van de wetsgeschiedenis geen ontvangende instanties kan zijn van strafvorderlijk verkregen informatie, de verstrekte informatie geen 'verwerkte' gegevens betrof en er ten tijde van de verstrekking geen vonnis van de strafrechter (of een spoedeisend belang tot eerdere verstrekking) bestond. Voorts meent Janssen de Jong dat de verstrekking door het OM de bij de strafrechtspleging behorende waarborgen miskent en inbreuk maakt op artikel 6 EVRM omdat op basis van artikelen 126m lid 1 juncto 67 lid 1 Sv het af luisteren van telefoongesprekken alleen mogelijk is voor een limitatieve lijst van misdrijven.
18. Indien het OM op grond van de Wjsg de tapgegevens mocht verstrekken, stelt Janssen de Jong dat de Wjsg niet verenigbaar is met het internationale recht, met name voor wat betreft het begrip 'zwaarwegend algemeen belang' dat moet voldoen aan artikel 8 EVRM. Voorts stelt Janssen de Jong dat de verstrekte informatie in strijd is met artikel 5 en 9 lid 2 van het Verdrag geautomatiseerde verwerking persoonsgegevens omdat de verstrekking niet kan worden gerechtvaardigd op grond van geldelijke belangen van de Staat.
19. Bovendien is Janssen de Jong van mening dat het verkregen strafrechtelijk bewijs buiten toepassing dient te blijven omdat het op een wijze is verkregen die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht. Volgens Janssen de Jong heeft de NMa in strijd gehandeld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur omdat zij een zelfstandige beoordeling van de verkrijging en het gebruik van het strafrechtelijk bewijs heeft achterwege gelaten.

### Beoordeling

20. Allereerst stelt de Adviescommissie vast dat voor het opnemen van de omstreden telefoongesprekken, zoals wettelijke vereist, machtiging is verleend door de rechter-commissaris in strafzaken. Bij het opnemen stuitte de politie op gesprekken waarin het leek alsof bouwbedrijven onderling prijsafspraken maakten. Alle tapverslagen, dus ook die betreffende deze eventuele afspraken, behoren tot het strafvorderlijk onderzoek

omdat deze gegevens de vruchten zijn van een en hetzelfde strafvorderlijk onderzoek. Het is in de eerste plaats het OM dat bepaalt of gegevens in het strafdossier worden verwerkt. Het OM heeft de vraag of de omstreden tapverslagen behoren tot het strafdossier bevestigend beantwoord en de adviescommissie ziet niet in waarom de NMa aan dat antwoord had moeten twijfelen. De Adviescommissie neemt in aanmerking dat een definitie van 'processtukken' of 'strafdossier' in de wet ontbreekt. Zoals eerder door de voorzieningenrechter in kort geding uiteengezet, wordt het begrip 'processtukken' in de praktijk ruim opgevat en worden in het strafdossier kort samengevat alle stukken gevoegd die redelijkerwijs van belang kunnen zijn voor de beantwoording van de vraag van de artikelen 348 en 350 Sv.<sup>6</sup> Alle gegevens die worden toegevoegd door het OM vormen processtukken, waaronder de onderhavige telefoontaps (banden en verslagen). Voor zover het OM de omstreden tapverslagen niet in het voor de strafzitting samengestelde dossier heeft opgenomen, omdat het die niet van belang vond voor de bewijslevering, sluit de gang van zaken niet uit dat zij zijn verkregen in het kader van, en behoren tot, het strafvorderlijk onderzoek.. Hierdoor is de Wjsg op de onderhavige zaak van toepassing.<sup>7</sup> De tapverslagen moesten voor 27 januari 2009 (datum waarop de politie een grootschalige actie zou houden in deze zaak) worden verstrekt. Daarmee was de spoedeisendheid gegeven.

21. Naar het oordeel van de BAC mocht de NMa gebruik maken van de tapverslagen, nu niet is gebleken dat deze onrechtmatig aan de NMa zijn verstrekt. De BAC neemt in aanmerking dat de wet (artikel 39f lid 1 onder c Wjsg) het OM onder voorwaarden toestaat strafvorderlijke gegevens te verstrekken aan derden, in dit geval was dat de NMa. De verstrekking moet volgens de wet plaatsvinden met het oog op het uitoefenen van toezicht op de naleving van regelgeving. Aan die eis is voldaan, nu het hier gaat om toezicht op naleving van de Mw. Volgens het tweede lid van artikel 39f Wjsg moet ook voldaan worden aan de voorwaarde dat de gegevens noodzakelijk zijn met het oog op een zwaarwegend algemeen belang. Ook die voorwaarde is vervuld: toezicht op de naleving van de Mw is zeker een zwaarwegend algemeen belang.
22. De BAC acht op de door de NMa in randnummers 110 tot en met 115 van het bestreden besluit gebezigde gronden noch het EVRM noch het Verdrag geautomatiseerde verwerking persoonsgegevens geschonden. Samenvattend is de Adviescommissie van oordeel dat de Raad het van het OM ontvangen bewijsmateriaal mocht gebruiken.

#### Overtreding artikel 6 Mw

23. Janssen de Jong is van mening dat zij artikel 6 Mw niet heeft overtreden. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen.
24. Met betrekking tot de aanbesteding 'Groot onderhoud asfaltwegen' te Kerkrade stelt Janssen de Jong dat de afspraak om "niet voor een achterlijke prijs" te gaan inschrijven, niet de mededinging beperkt.

---

<sup>6</sup> Rechtbank 's-Gravenhage, vonnis in kort geding van 26 juni 2009, Janssen de Jong tegen Staat der Nederlanden, LJN: BJ0047, r.o. 4.4., en Kamerstukken II 2001-2003, 28 886, nr. 3, blz. 3 en 4.

<sup>7</sup> Zie ook Rechtbank 's-Gravenhage, vonnis in kort geding van 26 juni 2009, Janssen de Jong tegen Staat der Nederlanden, LJN: BJ0047, r.o. 4.2. ev.

25. Met betrekking tot de Aanbesteding 'Groot onderhoud wegen' te Simpelveld stelt Janssen de Jong dat zij de ontvangen informatie over de schijninschrijving van WBL niet heeft gebruikt in haar overwegingen haar eigen inschrijfprijs niet te verlagen tot een niveau dat nodig was om de aanbesteding te winnen.
26. Met betrekking tot de Aanbesteding 'Onderhoudsbestek' te Heerlen stelt Janssen de Jong dat zij haar inschrijfprijs zelfstandig heeft vastgesteld en deze niet heeft aangepast naar aanleiding van de telefoongesprekken met de heer [A].
27. Met betrekking tot de Aanbesteding 'Klein onderhoud asfalt' te Meerssen stelt Janssen de Jong dat het nooit de intentie is geweest om inschrijfprijzen af te stemmen of werk te verdelen, maar dat louter de inschrijfprijs van Janssen de Jong hoger lag dan de inschrijfprijs van een reële inschrijver.
28. Met betrekking tot de Aanbesteding 'Optimalisering parkeerterrein Hotel Van der Valk' te Heerlen stelt Janssen de Jong dat zij het offerteprocess niet heeft gemanipuleerd omdat er nimmer sprake is geweest van een aanbesteding, maar slechts van een vrijblijvend advies over de optimalisering van het parkeerterrein van dit hotel.
29. Met betrekking tot de Aanbesteding 'Reconstructie Callistusstraat' te Kerkrade stelt Janssen de Jong dat zij louter wist wat de inschrijfprijs zou zijn van één van de vijf inschrijvers.
30. Met betrekking tot de Aanbesteding 'herinrichting Thibaltstraat' te Valkenburg stelt Janssen de Jong dat zij haar inschrijfprijs zelfstandig heeft vastgesteld omdat alleen WBL hoger dan Janssen de Jong wilde inschrijven.
31. Met betrekking tot de Aanbesteding 'Riolverzwarend M.L. Kingstraat' te Eijsden stelt Janssen de Jong dat de passage "Dan doe ik daar pas op de plaats" geen voldoende bewijs vormt van informatie-uitwisseling.
32. Met betrekking tot de Aanbesteding 'Renovatie huisaansluitingen en wegconstructie Patronaatstraat' te Kerkrade stelt Janssen de Jong dat zij haar inschrijfprijs niet heeft gecommuniceerd aan WBL en deze slechts zeker wou zijn dat haar inschrijfprijs hoger zou liggen dan die van Janssen de Jong.
33. Met betrekking tot de Aanbesteding 'Herinrichting Humcoverstraat' te Meerssen stelt Janssen de Jong dat de Raad over geen bewijsmiddel beschikt om te kunnen onderbouwen dat zij WBL zou hebben geholpen door aan te geven dat WBL lager kon inschrijven zonder angst dat WBL de opdracht gegund zal krijgen.
34. Met betrekking tot de Aanbesteding 'Groot onderhoud wegen 2008' te Valkenburg stelt Janssen de Jong dat zij haar inschrijfprijs louter hoger wilde laten zijn dan die van WBL.
35. Janssen de Jong stelt verder dat de gevallen van schijninschrijving ofwel 'cover pricing' geen overtreding van artikel 6 Mw zijn omdat de schijninschrijving van een partij niet alleen de kansen van Janssen de Jong verhoogt de aanbesteding te winnen, maar ook de daadwerkelijke kansen van de overige deelnemers aan de aanbesteding. Daarom zou de daadwerkelijke mededinging in de context van de desbetreffende aanbestedingen niet zijn aangetast.

36. Verder stelt Janssen de Jong dat de mededinging niet merkbaar is belemmerd omdat de relevante markt in een aanbestedingsprocedure dient afgebakend te worden als zijnde tussen alle partijen waaruit de betreffende aanbestedende dienst potentieel kan kiezen voor het doen van een inschrijving, of alle partijen die potentieel geïnteresseerd zouden kunnen zijn te reageren op een oproep tot mededinging. De Raad diende daarom de marktaandeelen van Janssen de Jong en WBL in de relevante product- en geografische markt voor de aanbesteedde opdrachten in aanmerking te nemen, en had in het bestreden besluit niet kunnen volstaan met de vaststelling dat Janssen de Jong en WBL een kwart tot twee derde van de inschrijvers in de getroffen aanbestedingen uitmaakten. Ook op strekkingsbedingen zou een merkbaarheidsvereiste van toepassing zijn op basis van de zaak *C-8/08, T-Mobile Netherlands e.a.*<sup>8</sup> Tenslotte doet Janssen de Jong uitdrukkelijk beroep op een voorgenomen wetwijziging van artikel 7 lid 2 Mw waarmee horizontale ‘hard core’ kartels met een marktaandeel tot 10% niet langer onder het verbod van artikel 6 lid 1 Mw zullen vallen. Hiertoe stelt Janssen de Jong dat zij gezamenlijk met WBL in 2008 op de markt voor GWW-werken “in Nederland of (Zuid)-Limburg” een marktaandeel van minder dan 10% had.

### Beoordeling

37. Ten aanzien van de aanbesteding ‘Groot onderhoud asfaltwegen’ te Kerkrade overweegt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 28 tot en met 34 van het door Janssen de Jong bestreden besluit onvoldoende heeft aannemelijk gemaakt dat Janssen de Jong en WBL op basis van de uitgewisselde informatie hun marktgedrag onzelfstandig hebben bepaald. De Adviescommissie geeft de Raad daarom in overweging om duidelijker en meer uitgebreid te motiveren waarom de tussen Janssen de Jong en WBL uitgewisselde informatie als geschikt werd geacht de mededinging in merkbare mate te beperken.
38. Ten aanzien van de aanbesteding ‘Groot onderhoud wegen’ te Simpelveld oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 35 tot en met 39 van het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL in het kader van deze aanbesteding relevante inschrijfcijfers hebben uitgewisseld. Voor de juridische beoordeling van de informatie-uitwisseling in het kader van artikel 6 Mw is doorslaggevend dat informatie-uitwisseling over prijzen een afspraak is die geschikt is de mededinging te beperken. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad voldoende aannemelijk gemaakt dat Janssen de Jong op basis van de uitgewisselde kost- en inschrijfprijzen van WBL haar marktgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig heeft bepaald.
39. Ten aanzien van de aanbesteding ‘Onderhoudsbestek’ te Heerlen oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 40 tot en met 45 van het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL in het kader van deze aanbesteding relevante inschrijfcijfers hebben uitgewisseld. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad voldoende aannemelijk gemaakt dat Janssen de Jong op basis van de uitgewisselde kost- en inschrijfprijzen van WBL haar marktgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig heeft bepaald.

---

<sup>8</sup> Hof van Justitie van de Europese Unie, arrest van 4 juni 2009.

40. Ten aanzien van de aanbesteding 'Klein onderhoud asfalt' te Meersen oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 46 tot en met 49 van het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL in het kader van deze aanbesteding relevante inschrijfcijfers hebben uitgewisseld. Voor de juridische beoordeling van de informatie-uitwisseling in het kader van artikel 6 Mw is de subjectieve waarneming door partijen van de plaatsgevonden afstemming van inschrijfprijzen zonder betekenis. Bovendien heeft Janssen de Jong ter hoorzitting toegegeven in deze aanbesteding op basis van de verkregen prijzen van WBL een schijninschrijving, dat wil zeggen zonder de intentie het werk gegund te krijgen, te hebben gedaan. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad voldoende aannemelijk gemaakt dat Janssen de Jong op basis van de uitgewisselde kost- en inschrijfprijzen van WBL haar marktgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig heeft bepaald.
41. Ten aanzien van het project 'Optimalisering parkeerterrein Hotel Van der Valk' te Heerlen oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 50 tot en met 55 van het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL in het kader van deze offerteaanvraag hebben afgesproken het offerteproces te manipuleren. Het feit dat het bij deze offerteaanvraag door een particulier niet om een aanbesteding in de technische zin ging, is voor de juridische beoordeling van de uitgewisselde informatie in het kader van artikel 6 Mw zonder betekenis omdat het afstemmen van offertecijfers een afspraak is die geschikt is de mededinging te beperken. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad voldoende aannemelijk gemaakt dat Janssen de Jong en WBL hun offertecijfers in deze offerteaanvraag hebben uitgewisseld en op elkaar hebben afgestemd. Aldus heeft Janssen de Jong op basis van de met WBL uitgewisselde offertecijfers haar marktgedrag in deze offerteaanvraag niet zelfstandig bepaald.
42. Ten aanzien van de aanbesteding 'Reconstructie Callistusstraat te Kerkrade oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 56 tot en met 61 van het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL in het kader van deze aanbesteding relevante inschrijfcijfers hebben afgestemd. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad voldoende aannemelijk gemaakt dat Janssen de Jong op basis van de door WBL onthulde inschrijfprijs haar marktgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig heeft bepaald. Het argument van Janssen de Jong dat zij louter wist wat de inschrijfprijs zou zijn van één van de vijf inschrijvers acht de Adviescommissie een beroep op de merkbaarheid van de afstemming, waarop later terug te komen is (zie randnummer 49).
43. Ten aanzien van de aanbesteding 'Herinrichting Thibaltstraat' te Valkenburg overweegt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 62 tot en met 67 van het bestreden besluit onvoldoende heeft aangetoond dat Janssen de Jong en WBL informatie hebben uitgewisseld die ertoe heeft geleid dat zij hun marktgedrag in deze aanbesteding onzelfstandig hebben bepaald. Meer specifiek is de Adviescommissie van oordeel dat het gebruikte bewijs te mager is en onvoldoende aantoont dat de vermoede afstemming daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en dat de door de Raad getrokken conclusie louter berust op overwegingen van vermeende plausibiliteit. De Adviescommissie geeft de Raad daarom in overweging om duidelijker en meer uitgebreid aan te tonen op welke wijze Janssen de Jong en WBL mededingingsrechtelijk relevante informatie in deze aanbesteding zouden hebben uitgewisseld.

44. Ten aanzien van de aanbesteding 'Riolverzwaring M.L. Kingstraat' te Eijsden oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 68 tot en met 71 van het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL in het kader van deze aanbesteding relevante informatie over het inschrijfgedrag hebben uitgewisseld. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad voldoende aannemelijk gemaakt dat Janssen de Jong op basis van de door haar gemaakte toezegging om "pas op de plaats" te doen, de context van de aan deze aanbesteding voorafgaande situatie (afpraak om persoonlijk over deze aanbesteding informatie uit te wisselen) en het resultaat van deze inschrijving (Janssen de Jong schreef hoger in dan WBL) WBL in staat heeft gesteld haar marktgedrag aan te passen. Hierdoor heeft Janssen de Jong haar eigen marktgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig bepaald.
45. Ten aanzien van de aanbesteding 'Renovatie huisaansluitingen en wegconstructie Patronaatstraat' te Kerkrade oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 72 tot en met 79 voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL in het kader van deze aanbesteding relevante informatie over het inschrijfgedrag hebben uitgewisseld en hebben gepoogd de drie deelnemers aan de aanbesteding op een lijn te krijgen om gezamenlijk de aanbesteding te manipuleren.
46. Ten aanzien van de aanbesteding 'Herinrichting Humcoverstraat' te Meerssen oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 80 tot en met 86 van het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL in het kader van deze aanbesteding relevante inschrijfcijfers hebben uitgewisseld. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad voldoende aannemelijk gemaakt dat Janssen de Jong en WBL op basis van de uitgewisselde kost- en inschrijfprijzen hun marktgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig hebben bepaald.
47. Ten aanzien van de aanbesteding 'Groot onderhoud wegen 2008' te Valkenburg oordeelt de Adviescommissie dat de Raad in randnummers 187 tot en met 195 van het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Janssen de Jong en WBL in het kader van deze aanbesteding relevante inschrijfcijfers hebben uitgewisseld. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft de Raad voldoende aannemelijk gemaakt dat Janssen de Jong en WBL op basis van de uitgewisselde kost- en inschrijfprijzen hun marktgedrag in deze aanbesteding niet zelfstandig hebben bepaald.
48. Aangaande het argument van Janssen de Jong over schijninschrijving ofwel 'cover pricing' stelt de Adviescommissie vast dat het afstemmen van inschrijfcijfers een afspraak is die geschikt is de mededinging te beperken. In randnummer 139 van zijn besluit beschrijft de Raad de negatieve gevolgen van het afstemmen van inschrijfprijzen: (i) het verminderen van het aantal (daadwerkelijk) concurrerende inschrijvingen in de betreffende aanbesteding, (ii) het beperken van de opdrachtgever in het zoeken van vervangende aannemers die een concurrerend bod willen uitbrengen, en (iii) het onvolledig geïnformeerd vormgeven van volgende aanbestedingen door de opdrachtgever dat de door hem nagestreefde mate van concurrentie verzekert. Aangaande het eerste argument (i) overweegt de Adviescommissie dat het daadwerkelijke aantal inschrijvingen in de betreffende aanbesteding niet is verminderd. Verder is de Adviescommissie van oordeel dat het aantal *concurrerende* inschrijvingen niet vermindert *als gevolg van* de informatie-uitwisseling omdat een onderneming die een 'cover price' vraagt al van tevoren heeft besloten om niet serieus mee te bieden. De conclusie van de Raad op dit punt acht de Adviescommissie daarom niet correct. Ten



overvloede, en in tegenstelling met het in randnummer 91 van het bestreden besluit gestelde, is de Adviescommissie van oordeel dat de onderneming aan wie een cover price is gevraagd, niet een grotere kans heeft de aanbesteding te winnen, maar louter een kans op een grotere marge indien zij de aanbesteding daadwerkelijk wint. Het verwachte prijseffect hangt hierbij af van het aantal inschrijvers en is dalend in aantal. Aangaande het tweede argument (ii) overweegt de Adviescommissie dat het zoeken van vervangende aannemers voor een bijkomend concurrerend bod mede afhangt van het tijdstip op welk de uitgenodigde onderneming gehouden zal zijn de aanbestedende dienst te informeren dat zij geen reële interesse heeft in het uitvoeren van het werk. De conclusie van de Raad op dit punt in randnummer 141 van het bestreden besluit acht de Adviescommissie daarom te weinig geadstrueerd. Het laatste door de Raad beschreven gevolg (iii) acht de Adviescommissie irrelevant nu bij een volgende aanbesteding de marktcondities substantieel gewijzigd kunnen zijn. De interesse van een inschrijvende partij hangt vooral af van haar bezettingsgraad welke fluctueert. De Adviescommissie geeft de Raad daarom in overweging om duidelijker en meer uitgebreid te motiveren waarom aannemelijk is dat opdrachtgevers geschaad zijn door het afstemmen van inschrijfcijfers bij aanbestedingen en offerteaanvragen.

49. Aangaande de merkbaarheid van de mededingingsbeperking stelt de Adviescommissie allereerst vast dat een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging slechts aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ontkomt wanneer zij, wegens de zwakke positie van partijen op de relevante markt, de mededinging op de markt slechts in zeer geringe mate kan beïnvloeden.<sup>9</sup> In gevallen van afstemming van inschrijfprijzen bestaat de relevante markt van een aanbesteding op dat moment enkel uit die aanbesteding met aan de aanbodzijde enkel de ondernemingen die mededingen naar de opdracht in kwestie.<sup>10</sup> De Raad mocht daarom bij zijn beoordeling van de beïnvloeding van de mededinging uitgaan van de partijen die bij de onderzochte aanbestedingen hebben deelgenomen. Voor het overige heeft de Raad naar het oordeel van de Adviescommissie onvoldoende aangetoond waarom de merkbaarheid van de mededingingsbeperking af te leiden valt uit het feit dat er steeds 3 à 8 ondernemingen aan de onderzochte aanbestedingen deelnamen. Het aantal deelnemers zegt niets over de positie van Janssen de Jong als aanbieder in de afzonderlijke aanbestedingen. Op basis van de algemene bewijslastregels dient de Raad aan te tonen waarom er sprake is van een overtreding van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient de Raad daarom aan te tonen waarom er in het kader van de economische context van de afzonderlijke aanbestedingen geen sprake is van een zodanig zwakke positie van Janssen de Jong dat zij de mededinging op de relevante markt slechts in zeer geringe mate kon beïnvloeden, nu niet valt uit te sluiten dat Janssen de Jong onder deze uitzondering zou kunnen vallen (zie de notitie van Lexonomics<sup>11</sup>).
50. Ten aanzien van het laatste argument van Janssen de Jong is de Adviescommissie van oordeel dat de Raad met toekomstige wetgeving geen rekening hoeft te houden en dat het desbetreffende argument van Janssen de Jong irrelevant is in de onderhavige zaak.

---

<sup>9</sup> Zie CBb, 31 december 2007, *Mobiele Operators*, AWB 06/657, LJN: BC1396, r.o. 9.5.4. en CBb, 7 december 2005, *Secon en G-Star/Basilicum en Chilly*, AWB 04/249, LJN: AU8309, r.o. 6.5.

<sup>10</sup> Rechtbank Rotterdam 1 juli 2010, *Boomkwekers*, LJN BM9911.

<sup>11</sup> Zie bijlage 6 bij de schriftelijke zienswijze van Janssen de Jong, prisma-nummer 6494\_1/223.

### Toerekening

51. Janssen de Jong is van mening dat de handelingen van twee van haar werknemers van een (neven)vestiging van een dochteronderneming niet aan haar kunnen worden toegerekend op basis van artikel 56 Mw omdat deze in strijd waren met de interne gedragsregels van de onderneming en niet kenbaar waren voor de onderneming.

### Beoordeling

52. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient dit bezwaar te worden afgewezen op grond van het volgende. Op grond van het van het OM ontvangen bewijsmateriaal en de overige bewijsstukken in het dossier heeft de Raad in de ogen van de Adviescommissie voor negen van de elf aanbestedingen voldoende aangetoond dat de in randnummer 1 van dit advies genoemde ondernemingen in weerwil van wettelijke regels tot een vorm van afstemming zijn gekomen die voor hen in de plaats van gewoonlijke concurrentie is getreden. De bewijsvoering die de Raad daartoe in het besluit heeft gehanteerd, acht de Adviescommissie voldoende. In het bijzonder is niet gebleken dat Janssen de Jong in de praktijk geen rekening heeft gehouden met de uitgewisselde informatie en zij zelfstandig haar inschrijfprijzen zou hebben bepaald en aldus een zelfstandig commercieel beleid zou hebben gevoerd.
53. Voor wat betreft de gedragingen van de [vertrouwelijk] van Janssen de Jong vermag de Adviescommissie niet in te zien op welke gronden deze niet aan Janssen de Jong moeten worden toegerekend, nu uit het dossier blijkt dat de bedoelde persoon als [vertrouwelijk] van Janssen de Jong optreedt en in die hoedanigheid deel nam aan afstemming van het inschrijfgedrag. De Adviescommissie acht daarbij de gestelde omstandigheid dat de persoon in kwestie in strijd heeft gehandeld met de interne gedragsregels mededingingsrechtelijk niet van belang, nu Janssen de Jong niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat en op welke wijze de controle op de naleving van de gedragsregels de vastgestelde handelingen had moeten voorkomen, of waarom zij niet verantwoordelijk is voor de handelingen die haar werknemer in het kader van zijn functie voor Janssen de Jong heeft uitgevoerd. Voor zover de stellingen van Janssen de Jong dienaangaande aannemelijk moeten worden geacht, spelen deze uitsluitend een rol in de verhouding tussen Janssen de Jong en haar [vertrouwelijk], zodat deze in casu geen verdere bespreking behoeven. Het beroep op artikel 56 Mw faalt daarmee eveneens.
54. Voor wat betreft een toerekening van handelingen van de voormalig [vertrouwelijk] van Janssen de Jong komt de Adviescommissie terug in randnummer 81.

### Hoogte boete

55. Volgens Janssen de Jong hebben de verweten handelingen geen merkbaar gevolg voor de mededinging omdat zij niet hebben geleid tot voor de opdrachtgevende gemeenten hogere prijzen in vergelijking met het geval dat de informatie-uitwisseling achterwege zou zijn gebleven.
56. Janssen de Jong is van mening dat de opgelegde boete geen grondslag vindt in het bestreden besluit. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen.

57. Janssen de Jong stelt dat de kwalificatie van de ernst van de overtreding als ‘zeer zwaar’ niet juist is en meent dat de verhoging van de basisboete met een factor van 1,75 achterwege dient te blijven.
58. Janssen de Jong is van mening dat er geen sprake is van recidive omdat eerder door de Raad aan Janssen de Jong opgelegde boetes in de periode 2005-2006 ter hoogte van ruim EUR 1,5 miljoen wegens overtreding van het kartelverbod in de periode 1998 tot december 2001 niet voor een vergelijkbare mededingingsrechtelijke overtreding waren opgelegd. In tegenstelling tot de besluiten in zaken *GWW*<sup>12</sup>, *Betonnen straatstenen*<sup>13</sup>, en *B&U*<sup>14</sup> leidde de handelingen in de onderhavige zaak niet tot een kunstmatig tot stand gekomen winnend bod en het wegnemen van alle onzekerheid bij de inschrijvers. Bovendien ontbreekt in de NMa Boetecode 2007 een normering en/ of beperking in de tijd van de omschrijving van het begrip recidive (zo als in het strafrecht). Dit is volgens Janssen de Jong in strijd met het legaliteitsbeginsel van artikel 7 lid 1 EVRM, artikel 6 EVRM en de artikelen 47 t/m 50 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.
59. Verder stelt Janssen de Jong dat de verhoging van de basisboete tot 3 miljoen Euro onevenredig en onvoldoende gemotiveerd is omdat zij van mening is dat de preventieve werking van de basisboete, het geringe gewicht van Janssen de Jong en de afwezigheid van recidive deze verhoging niet toestaan.
60. Voorts is Janssen de Jong van mening dat de boete op basis van de bestuursrechtelijke zorgvuldigheid en proportionaliteit niet dient te worden opgelegd of aanzienlijk te worden verlaagd omdat de handelingen van haar [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] tot verstreckende gevolgen hebben geleid voor Janssen de Jong (imago schade, uitsluiting van aanbestedingen, sluiting van vier vestigingen en ca. 250 ontslagen).

### Beoordeling

61. De Adviescommissie acht aangewezen dat de NMa in gaat op de gestelde afwezigheid van het merkbaar gevolg voor de mededinging.
62. Aangaande de ernstfactor is de Adviescommissie van mening dat de Raad de ernstfactor van 1,75 niet voldoende heeft gemotiveerd. In randnummers 280 ev. van het bestreden besluit verwijst de Raad naar randnummer 28 van de NMa Boetecode 2007 en geeft aan “dat verboden aanbestedingsafspraken – *bid rigging* – deel uit maken van horizontale [marktverdelingafspraken]”. Verder verwijst de Raad in randnummer 123 van zijn schriftelijke toelichting erop dat, “hoewel de gedragingen geen klassieke bid-rigs zijn, de gedragingen een herhalend karakter hadden”. Allereerst stelt de Adviescommissie vast dat de onderhavige zaak geen horizontale afstemming tussen (bijna) alle uitgenodigde inschrijvers bij een specifieke aanbesteding betreft, maar gekarakteriseerd is door bilaterale afstemmingen tussen twee deelnemers ervan. Deze afwijking van een klassiek bid rigging dient naar het oordeel van de Adviescommissie bij de beoordeling van de ernst van de overtreding te worden meegewogen. Dienaangaande stelt de Adviescommissie vast dat de uitkomst van beleidsregels volgens vaste rechtspraak

<sup>12</sup> Besluiten van d-g NMa van 29 april 2005 en 28 december 2005, zaken 4353, 4324 en 4395.

<sup>13</sup> Besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 16 mei 2006, zaak 5263/5264.

<sup>14</sup> Besluiten van de Raad van Bestuur van de NMa van 22 augustus 2006, zaken 3938-619, 3938-568, 3938-606.

steeds evenredig dient te zijn aan de omstandigheden van ieder individueel geval. Uitgangspunt hierbij is dat de hoogte van de boete verband moet houden met de ernst van de overtreding en de verwijtbaarheid. Hoewel de Raad hierbij een beoordelingsvrijheid toekomt, is de Adviescommissie van oordeel dat de Raad onvoldoende heeft onderbouwd op basis van welke concrete omstandigheden en overwegingen een zwaardere ernstfactor opportuun is in de gevallen van de onderzochte aanbestedingsafspraken waarin sprake is van een overtreding, d.w.z. de gevallen die 'cover pricings' betreffen en geen klassieke bid riggings. Omdat de gevolgen van cover pricing vanuit economische oogpunt minder zwaar zijn dan van klassieke bid riggings, acht de Adviescommissie een lagere boete uit het oogpunt van algemene preventie voldoende afschrikwekkend en adequaat.

63. Aangaande de recidive is de Adviescommissie van mening dat de Raad de verhoging van de basisboete niet voldoende heeft gemotiveerd. In randnummer 298 van het bestreden besluit verwijst de Raad naar randnummer 48 van de NMa Boetecode 2007 waarin als voorbeeld van een boeteverhogende omstandigheid genoemd is "de omstandigheid dat een bevoegde autoriteit [...] reeds eerder onherroepelijk een vergelijkbare mededingingsrechtelijke overtreding door de onderneming heeft vastgesteld". Hoewel vaststaat dat Janssen de Jong eerder artikel 6 Mw heeft overtreden, heeft de Raad naar het oordeel van de Adviescommissie onvoldoende aangetoond waarom de onderhavige gevallen van cover pricing of andersoortige *bilaterale* afstemming soortgelijke overtredingen opleveren als de in randnummer 299 van het bestreden besluit en randnummer 125 van de schriftelijke toelichting van de Raad genoemde eerdere overtredingen door Janssen de Jong. Voorts heeft de Raad de verhoging van de basisboete tot 3.000.000 Euro onvoldoende onderbouwd in het licht van de evenredigheid hiervan. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient de Raad hierin mee te wegen dat de diverse vormen van bilaterale informatie uitwisseling mogelijk een gering effect sorteerden.
64. Samenvattend geeft de Adviescommissie ten aanzien van de in het besluit gehanteerde vermenigvuldigingsfactor de Raad in overweging om duidelijker en meer uitgebreid te motiveren waarom in de onderhavige zaak een ernstfactor van 1,75 en een verhoging van de basisboete wegens recidive gerechtvaardigd wordt geacht.
65. Ten aanzien van het beroep van Janssen de Jong op boeteverlagende omstandigheden oordeelt de Adviescommissie dat de door Janssen de Jong aangevoerde argumenten geen belangen betreffen waarmee in het kader van een mededingingsrechtelijk onderzoek rekening kan worden gehouden.

#### **4. Bezwaar en beoordeling van [C] en [B]**

##### Aanwezig bewijs

66. Net als Janssen de Jong zijn de heren [C] en [B] van mening dat de Raad het van het OM ontvangen bewijsmateriaal (audio-opnamen en tapverslagen van telefoongesprekken) niet mocht gebruiken omdat voor de informatieverschaffing aan de NMa geen wettelijke grondslag bestaat en de verstrekking van de tapgegevens door het OM aan de NMa onrechtmatig is. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen.

67. Aanvullend op de argumenten gebruikt door Janssen de Jong stellen de heren [C] en [B] dat de Raad hun persoonlijke levenssfeer als natuurlijke personen in de zin van artikel 8 EVRM heeft geschonden omdat het ter beschikking stellen van de telefoontaps door het OM aan de NMa en het gebruik ervan door de Raad niet voorzienbaar was en het plaatsen van telefoontaps niet minder ernstig is dan de overdracht daarvan. De Adviescommissie begrijpt dit verweer zo dat bedoeld wordt dat de overdracht van telefoontaps niet minder ernstig is dan het plaatsen ervan.
68. De heren [C] en [B] stellen dat zij door de vervolging door de Raad een tweede keer worden gestraft.
69. [C] en [B] stellen dat de verstrekking van de tapgegevens niet noodzakelijk was omdat de NMa zelfstandig over verschillende opsporingsbevoegdheden beschikt die zij diende te gebruiken. Hieraan doet niet aan af dat deze niet in alle gevallen even effectief zijn.
70. [C] en [B] stellen dat artikel 8 EVRM alle kracht wordt ontnomen als het bewijs wel toelaatbaar zou zijn. Onder verwijzing naar onder andere zaak T-224/00, *Archer Daniels Midland tegen Commissie*,<sup>15</sup> stellen zij dat het gebruik van clandestiene geluidsopnamen door een mededingingsautoriteit buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat anders de belangen van de verdachte worden geschonden die voortvloeien uit artikel 6 EVRM.

#### Beoordeling

71. Eerder heeft de Adviescommissie vastgesteld dat voor het opnemen van de omstrede telefoongesprekken machtiging is verleend door de rechter-commissaris in strafzaken, zoals wettelijk vereist, en dat de Raad het van het OM ontvangen bewijsmateriaal mocht gebruiken (zie boven randnummers 20 tot en met 22). De persoonlijke levenssfeer van de [vertrouwelijk] en de [vertrouwelijk] is door het gebruik van het ontvangen bewijsmateriaal niet een tweede keer aangetast. De aantasting ervan is geschied door het plaatsen van de telefoontaps, welke plaatsing echter, zoals hiervoor vastgesteld, voldeed aan de wettelijke vereisten.
72. Aangaande de stelling dat de [vertrouwelijk] en de [vertrouwelijk] door het mededingingsrechtelijke onderzoek een tweede keer worden gestraft, stelt de Adviescommissie vast dat het mededingingsrechtelijke onderzoek andere feitencomplexen betreft dan het strafrechtelijke onderzoek. Er is dus geen sprake van dat betrokkenen twee maal voor het zelfde feitencomplex worden gestraft.
73. Ten aanzien van de noodzakelijkheid van de verstrekking van de tapgegevens door het OM verwijst de Adviescommissie naar het eerder in randnummer 21 vastgestelde met betrekking tot het zwaarwegend algemeen belang.
74. Aangaande de stelling dat de belangen van de [vertrouwelijk] en de [vertrouwelijk] geschonden zouden zijn door het toelaten van het ontvangen bewijsmateriaal stelt de Adviescommissie vast dat, anders dan in de zaak T-224/00, *Archer Daniels Midland tegen Commissie*, in de onderhavige zaak geen sprake is van 'clandestiene' geluidsopnamen. De telefoongesprekken zijn met toestemming van de rechter-

---

<sup>15</sup> Gerecht van Eerste Aanleg (sedert: Gerecht van de Europese Unie), arrest van 9 juli 2009, *Archer Daniels Midland e.a. tegen Commissie*.

commissaris opgenomen en legaal aan de NMa verstrekt. Het beroep op artikelen 6 en 8 EVRM faalt daarmee eveneens.

#### Overtreding artikel 6 Mw en feitelijk leidinggeven

75. [C] en [B] zijn van mening dat Janssen de Jong artikel 6 Mw niet heeft overtreden en sluit zich in deze aan bij de argumenten van Janssen de Jong.
76. Subsidiair stellen de heren [C] en [B] dat zij geen leiding hebben gegeven aan de overtreding van artikel 6 Mw omdat zij niet bewust de aanmerkelijke kans hebben aanvaard dat het beboetbare feit zich voordoet. Bij het beoordelen van (voorwaardelijk) opzet dient volgens [C] en [B] als relevante omstandigheid te worden meegewogen dat aannemelijk is dat zij niet op de hoogte waren van de plicht tot handelen omdat het mededingingsrecht een domein van wet- en regelgeving betreft dat bijzonder complex is.
77. Voorts stelt de heer [C] dat niet bewezen is dat hij – ondanks zijn hiërarchische positie als [vertrouwelijk] – de mogelijkheid had om de (vermeende) verboden gedragingen van Janssen de Jong te voorkomen. Bovendien toont volgens [C] het door de Raad gebruikte bewijsmateriaal niet aan dat hij daadwerkelijk op de hoogte was van de vermeende afstemming. Het ontbrekend bewijs onderbouwt de Raad volgens [C] met enkele aannames over de inhoud van het contact tussen de [vertrouwelijk] en de [vertrouwelijk]. Met name de verwijzing naar het gesprek tussen [C] en [B] over de aanbesteding 'Binnenring 2<sup>e</sup> fase' kan in de onderhavige zaak niet als bewijs dienen voor een feitelijk leidinggeven in de aanbestedingsprocedures die in de hier bestreden besluiten aan de orde zijn.

#### Beoordeling

78. Zoals met betrekking tot het bezwaar van Janssen de Jong werd overwogen<sup>16</sup>, is de Adviescommissie van oordeel dat de onderneming Janssen de Jong artikel 6 Mw in negen van de elf door de NMa onderzochte aanbestedingsafspraken heeft overtreden. Voorts is de Adviescommissie van oordeel dat met betrekking tot twee van de aanbestedingsafspraken<sup>17</sup> onvoldoende is aangetoond dat Janssen de Jong en WBL hun marktgedrag onzelfstandig hebben bepaald.
79. De Adviescommissie acht de overtreding van artikel 6 Mw in de andere negen aanbestedingsafspraken echter niet in gelijke mate toerekenbaar aan de heren [C] en [B].
80. Ten aanzien van de verantwoordelijkheid van de heer [B] in de negen aanbestedingsafspraken is de Adviescommissie van oordeel dat de heer [B] in zijn hoedanigheid van [vertrouwelijk] van Janssen de Jong in de onderzochte periode toerekenbaar leiding in de zin van artikel 56, vierde lid Mw (oud) heeft gegeven aan deze overtredingen. Zoals de Raad in randnummer 7 van het door de heer [B] bestreden besluit vaststelt, kan als (feitelijk) leidinggever in de zin van artikel 51 Sr degene worden aangemerkt die maatregelen ter voorkoming van de verboden gedraging achterwege

<sup>16</sup> Zie hierboven randnummers [37 en volgende].

<sup>17</sup> Zie hierboven randnummers [37 en 43] met betrekking tot de aanbestedingen 'Groot onderhoud asfaltwegen' te Kerkrade en 'Herinrichting Thibaltstraat' te Valkenburg.

heeft gelaten, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was, en bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de gedragingen zich zouden voordoen, zodat hij die gedragingen opzettelijk heeft bevorderd.<sup>18</sup> Op basis van zijn hoedanigheid van [vertrouwelijk] van Janssen de Jong op het moment van de overtredingen was de heer [B] bevoegd en gehouden om het ontstaan van de aanbestedingsafspraken te voorkomen. Noch in het primaire besluit noch in het betoog van de heer [B] heeft de Adviescommissie gronden gevonden waaruit blijkt dat [B] niet bewust de kans heeft aanvaard dat de aanbestedingsafspraken met WBL gingen ontstaan.

81. Ten aanzien van de verantwoordelijkheid van de heer [C] overweegt de Adviescommissie als volgt. In zijn besluit betreffende de voormalig [vertrouwelijk] gaat de Raad uit van een verantwoordelijkheid voor de aanbestedingsafspraken die de voormalige [vertrouwelijk] van Janssen de Jong met WBL heeft gemaakt. Zoals de Raad in randnummer 7 van het door de heer [C] bestreden besluit vaststelt, kan als (feitelijk) leidinggever in de zin van artikel 51 Sr degene worden aangemerkt die maatregelen ter voorkoming van de verboden gedraging achterwege heeft gelaten, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was, en bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de gedragingen zich zouden voordoen, zodat hij die gedragingen opzettelijk heeft bevorderd.<sup>19</sup> Hoewel de heer [C] op basis van zijn hoedanigheid van [vertrouwelijk] van Janssen de Jong op het moment van de overtredingen bevoegd was om het ontstaan van de aanbestedingsafspraken te voorkomen, is de Adviescommissie van oordeel dat de Raad onvoldoende heeft aangetoond dat de voormalig [vertrouwelijk] concreet kennis heeft gehad van de in het bestreden besluit onderzochte gevallen van afstemming van inschrijvingen door de voormalige [vertrouwelijk] van Janssen de Jong. Zonder bewijs dat specifiek ziet op de in het bestreden besluit onderzochte overtredingen kan niet worden beoordeeld of de voormalig [vertrouwelijk] bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat de beboete overtredingen van artikel 6 Mw zich zouden voordoen. Het vermoede leidinggeven betreft immers overtredingen waarop het bestreden besluit ziet en betreft niet kennis die de voormalig [vertrouwelijk] heeft van afstemmingen in andere, niet in het bestreden besluit beboete afstemming van inschrijvingen. Het indirecte bewijs dat de Raad in randnummers 16 tot en met 20 van het door de voormalig [vertrouwelijk] bestreden besluit aanvoert voldoet niet aan de strenge vereisten waaraan het te benutten bewijs dient te voldoen. Ten aanzien van het in randnummer 17 van het bestreden besluit gebruikte bewijs is de Adviescommissie van mening dat de Raad onvoldoende heeft aangetoond dat de in het gesprek genoemde “[vertrouwelijk]” de heer [C] betreft omdat het bestreden besluit uitgaat van plausibele vermoedens in plaats van concreet bewijs. Ten aanzien van het in randnummer 18 van het bestreden besluit gebruikte verwijzing naar het telefoongesprek betreffende de aanbesteding ‘Binnenring 2e fase’ te Heerlen is de Adviescommissie van mening dat dit gesprek niet als bewijs kan worden gebruikt, omdat de aanbesteding ‘Binnenring 2e fase’ buiten het feitencomplex valt waarvoor een boete aan Janssen de Jong is opgelegd in het door de onderneming bestreden besluit. De Adviescommissie geeft de Raad daarom in overweging om duidelijker en uitgebreider te motiveren op basis van welke feiten de voormalig [vertrouwelijk] op de hoogte was van de negen van de elf in het besluit beboete specifieke afstemmingen van inschrijvingen door de [vertrouwelijk] van Janssen de Jong met WBL.

---

<sup>18</sup> Zie HR 16 december 1986 (*Slavenburg II*), NJ 1987, 321, r.o. 5.1.1.

<sup>19</sup> Zie HR 16 december 1986 (*Slavenburg II*), NJ 1987, 321, r.o. 5.1.1.

### Hoogte boete

82. [C] en [B] zijn van mening dat er boeteverlagende en specifieke individuele omstandigheden in de onderhavige zaak van toepassing zijn. Deze hebben betrekking op de samenloop van de strafzaak, het ontbreken van eerdere precedentes en de excessieve en voortdurende media-aandacht waar [C] en [B] doorlopend aan bloot worden gesteld.

### Beoordeling

83. Allereerst stelt de Adviescommissie vast dat niet alle door de Raad als overtreding aangemerkte gedragingen van de onderneming Janssen de Jong als overtreding van artikel 6 Mw kunnen worden aangemerkt, en dat derhalve de boetes opgelegd aan deze personen dienen te worden gematigd.
84. Ten aanzien van de hoogte van de aan de voormalige [vertrouwelijk] van Janssen de Jong opgelegde boete acht de Adviescommissie zich niet in staat op dit onderdeel van het bezwaar van de heer [B] thans te adviseren, gezien het advies met betrekking tot de ernst van de overtredingen door de onderneming Janssen de Jong.
85. Ten aanzien van de hoogte van de aan de voormalig [vertrouwelijk] van Janssen de Jong opgelegde boete acht de Adviescommissie zich niet in staat op dit onderdeel van het bezwaar van de heer [C] thans te adviseren, gezien het advies met betrekking tot de ernst van de overtredingen door de onderneming Janssen de Jong en gezien het advies met betrekking tot het vermoede leidinggeven door de voormalig [vertrouwelijk].

### Slotoverweging

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

## **5. Slotsom en Advies**

87. De Adviescommissie adviseert de Raad om in het besluit op bezwaar duidelijker en meer uitgebreid te motiveren op grond van welk bewijs de Raad in de onderhavige zaak uitgaat van elf afstemmingen van inschrijvingen, in voege als voormeld.
88. De Adviescommissie adviseert de Raad om in het besluit op bezwaar duidelijker en meer uitgebreid aan te tonen waaruit de merkbaarheid van de mededingingsbeperking af te leiden valt, in voege als voormeld en met name rekening houdende met de economische context van de afzonderlijke aanbestedingen.
89. De Adviescommissie adviseert de Raad om in het besluit op bezwaar duidelijker en meer uitgebreid te motiveren op grond van welke overwegingen de Raad in de onderhavige zaak een ernstfactor van 1,75 en een verhoging van de basisboete tot 3 miljoen opgelegd aan Janssen de Jong aangewezen acht, in voege als voormeld.



90. De Adviescommissie adviseert de Raad om in het besluit op bezwaar duidelijker en uitgebreider te motiveren op grond van welk bewijs de Raad in de onderhavige zaak uitgaat van leidinggeven door de voormalig [vertrouwelijk] van Janssen de Jong, in voege als voormeld.

91. De overige bezwaren dienen te worden verworpen.

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 7094

mr J.P. Fokker  
Voorzitter

dr I.E. Wendt  
Secretaris