

BESLUIT

Nummer 4374-21

Betreft zaak: GWW

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

INLEIDING

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) heeft onderzoek verricht naar overtreding(-en) van artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) in de deelsector grond-, wegen- en waterbouw (hierna: GWW). Naar aanleiding van deze onderzoeksactiviteiten, alsmede naar aanleiding van informatie die in het kader van de clementieregeling bij de NMa is ingediend door een aantal ondernemingen, is een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw opgesteld (hierna: het Rapport). In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat Hendriks Infra V.O.F. , werkzaam in de GWW (hierna: de Onderneming), heeft/hebben deelgenomen aan afspraken en gedragingen in de GWW-deelsector in Nederland, in de periode januari 1998 tot en met december 2001, zoals uiteengezet in het Rapport. Bedoelde afspraken en gedragingen vormen een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG.

BESLUIT

De d-g NMa legt een boete op van EUR 105.822,00 aan:
G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V., gevestigd te Oud Gastel
Gijs Hendriks Holding B.V., gevestigd te Rotterdam
Heros Beheer B.V., gevestigd te Roosendaal

Bovengenoemde rechtspersonen zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

Dit besluit richt zich tot ieder van bovengenoemde rechtspersonen.

VERLOOP PROCEDURE

2. De NMa heeft de Onderneming het Rapport¹ toegezonden met een begeleidende brief waarin aan haar onder meer de keuze is geboden deel te nemen aan hetzij de versnelde procedure hetzij de reguliere procedure, zoals normaliter volgend op een rapport ex artikel 59 Mw. Door middel van de versnelde procedure heeft de d-g NMa de Onderneming in de gelegenheid gesteld snel schoon schip te maken.
3. Onderneming heeft aan de NMa kenbaar gemaakt te kiezen voor voornoemde versnelde procedure. Door te opteren voor de versnelde procedure heeft de Onderneming ingestemd met het afzien van gehele of gedeeltelijke betwisting van de juridische beoordeling en feiten uit het Rapport en het recht om individueel te worden gehoord. De Onderneming heeft een vertegenwoordiger gemachtigd (hierna: de Gemachtigde) die tevens optreedt namens de andere partijen in de versnelde procedure en die namens deze partijen op generieke wijze een zienswijze naar voren brengt. De d-g NMa heeft vooraf aangegeven dat hij in geval van deelname aan de versnelde procedure – en daarmee het bijdragen aan het snel schoon schip maken in de bouwsector – de aan de Onderneming op te leggen boete zal verminderen met 15%.
4. Na toezending van het Rapport heeft op 15 december 2004 een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van de NMa waarbij de Onderneming door de Gemachtigde werd vertegenwoordigd. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat aan de Onderneming is toegezonden.
5. In de loop van de procedure zijn door de Gemachtigde namens de Onderneming generiek toepasselijke argumenten naar voren gebracht die volgens de Gemachtigde door de d-g NMa in acht moeten worden genomen bij de beoordeling van de feiten zoals uiteengezet in het Rapport. Tevens is de Onderneming de mogelijkheid geboden om relevante omstandigheden die haar individueel raken, doch niet de essentie van het Rapport treffen, aan te voeren.

BEOORDELING

Algemeen

6. Vaststaat dat de Onderneming heeft deelgenomen aan afspraken en gedragingen, zoals nader beschreven in het Rapport. Voor een nadere omschrijving van de betrokken afspraken en gedragingen alsmede de materiële beoordeling daarvan in het licht van

¹ Zie bijlage 1 bij dit besluit.

artikel 6 Mw en artikel 81 EG, verwijst de d-g NMa naar paragraaf 5 van het Rapport, dat als bijlage 1 is aangehecht aan dit besluit en geacht moet worden daarvan deel uit te maken. Ter illustratie van het verboden karakter van bovenbedoelde afspraken en gedragingen, volstaat de d-g NMa hier met het volgende citaat uit het Rapport (rnr. 155):

"De betrokken gedragingen hebben (tevens) ten gevolge dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De meeste opdrachten voor de uitvoering van werken worden toegekend op basis van inschrijvingsprocedures waarbij de bedoeling is dat ondernemingen om de verkrijging van het werk concurreren. Opdrachtgevers hebben de rechtmatige verwachting dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de inschrijvende ondernemingen. Ten aanzien van de aanbesteding van GWW-werken in Nederland is deze verwachting in ieder geval in de periode januari 1998 tot en met december 2001 ernstig geschonden, doordat de Deelnemende Ondernemingen onderlinge afspraken hebben gemaakt omtrent werkverdeling en inschrijfgedrag, waardoor de opdrachtgevers het kartel niet of nauwelijks hebben kunnen ontlopen."

7. Het verboden karakter van bovenbedoelde afspraken en gedragingen en haar deelname daaraan is door de Onderneming niet betwist. De d-g NMa stelt derhalve vast dat in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 het kartelverbod ex artikel 6 Mw en artikel 81 EG is overtreden door de Onderneming genoemd in randnummer 1 van dit besluit.
8. Met betrekking tot de beoordeling van de zienswijzen van de Onderneming maakt de d-g NMa onderscheid tussen (generiek) verweer, zoals aangevoerd door de Gemachtigde en het individuele verweer, zoals aangevoerd door de Onderneming.

Beoordeling argumenten aangevoerd door de Gemachtigde

9. Namens de Onderneming heeft de Gemachtigde diverse argumenten aangevoerd waarmee de d-g NMa, naar het oordeel van de Gemachtigde, bij het opleggen van een boete rekening dient te houden.
10. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat niet, zoals in het Rapport is gesteld, bij (vrijwel) alle aanbestedingen in de GWW-deelsector kartelafspraken zijn gemaakt.
11. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat de overheid in aanbestedingsprocedures dikwijls de verboden afspraken en gedragingen van de Onderneming heeft begunstigd.

12. De Gemachtigde heeft ten slotte aangevoerd dat, mede als gevolg van de SPO-zaak,² in brede kringen rond de bouw structurele (financiële) problemen gemeengoed zijn geworden.
13. De d-g NMa is van oordeel dat de door de Gemachtigde aangevoerde argumenten, ook afgezien van de summiere feitelijke onderbouwing daarvan, in geen geval het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen teniet kunnen doen. De d-g NMa ziet evenwel in bedoelde argumenten, en met name in het argument dat niet aannemelijk is dat bij vrijwel alle aanbestedingen in de GWW-deelsector in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt, wel aanleiding de boete zoals omschreven in randnummer 11 van de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-deelsector,³ vast te stellen op 10% van de boetegrondslag.

Beoordeling omstandigheden aangevoerd door de Onderneming

14. Door de Onderneming zijn individuele omstandigheden aangevoerd, waarop hieronder wordt ingegaan, doch alleen voor zover zulks naar het oordeel van de d-g NMa relevant is voor het te nemen besluit in de onderhavige versnelde procedure.

[Vertrouwelijk]

15. *[Vertrouwelijk]*^{4 5}

16. *[Vertrouwelijk]*

SANCTIE

17. In en door het vorenstaande heeft de d-g NMa naar zijn oordeel alle relevante argumenten en verweren, zoals door de Onderneming aangevoerd, behandeld en dient te worden overgegaan tot het opleggen van een sanctie. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.
18. De d-g NMa heeft vastgesteld dat in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 de overtreding van het kartelverbod (ex artikel 6 Mw en artikel 81 EG) is begaan door de Onderneming genoemd in randnummer 1 van dit besluit.

² Beschikking van de Commissie van 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), Pb. 1992, L 92/1.

³ Bekendmaking van de d-g NMa van 13 oktober 2004, Stcrt. 2004, nr. 198, p. 33.

⁴ Vertrouwelijk

⁵ Vertrouwelijk

19. Onder het regime van het Nederlandse en communautaire mededingingsrecht zijn het ondernemingen die een overtreding van de materiële mededingingsregels kunnen begaan. Aangezien de d-g NMa ingevolge artikel 56, lid 1 Mw en de artikelen 88 en 89 Mw bij een overtreding van respectievelijk artikel 6 Mw en artikel 81 EG, alleen een boete kan opleggen aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend, dient de d-g NMa waar sprake is van in concernverband opererende rechtspersonen, binnen het concern de geëigende rechtspersonen te kiezen. Dit zijn naast de rechtspersonen die blijkens het bewijs rechtstreeks bij de overtreding zijn betrokken, andere rechtspersonen die voor de gedragingen van deze rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld.⁶
20. In het onderhavige geval wordt de overtreding begaan door de Onderneming genoemd in randnummer 1 van dit besluit, toegerekend aan de rechtsperso(en) genoemd in randnummer 2 van dit besluit.

Boete

21. Met het oog op een transparante toepassing van zijn in artikel 56 Mw neergelegde discretionaire bevoegdheid, heeft de d-g NMa op 13 oktober 2004 de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-deelsector (hierna: Bekendmaking) vastgesteld en bekendgemaakt.⁷
22. Conform randnummer 10 van de Bekendmaking wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op EUR 1.464.665,00. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 10%, gaat de d-g NMa ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag EUR 146.466,00 (hierna: de bruto-boete).
23. De d-g NMa ziet conform randnummer 19 van de Bekendmaking reden om de boete te verminderen met een percentage van 15% van bruto-boete ad EUR 146.466,00, gezien de deelname van de Onderneming aan de versnelde procedure. Dit resulteert in een vermindering van EUR 21.970,00 van de bruto-boete.
24. Het bedrag dat resulteert na vermindering in verband met [(1) de clementietoezegging en (2)] het deelnemen aan de versnelde procedure, wordt aangeduid als netto-boete. In het onderhavige geval bedraagt de netto-boete EUR 124.497,00.

⁶ HvJEG, zaak 48/69, ICI, Jur. 1972, p. 619, pt. 132-135.

⁷ Bekendmaking van de d-g NMa van 13 oktober 2004, Stcrt. 2004, nr. 198, p. 33.

25. De d-g NMa houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.
26. De d-g NMa neemt in deze (versnelde) procedure geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.
27. Naar aanleiding van het individueel aangevoerde verweer ziet de d-g NMa geen aanleiding de boete te verlagen.
28. De d-g NMa ziet conform randnummer 20 van de Bekendmaking aanleiding de netto-boete lager vast te stellen om de navolgende redenen.
29. Gelet op de relatieve grootte van de Onderneming – in casu bedraagt de concernomzet minder dan EUR 10 miljoen – ziet de d-g NMa aanleiding de netto-boete te verlagen met 15%. Dit resulteert in een verlaging van EUR 18.674,00.
30. Het voorgaande resulteert in een boete van: EUR 105.822,00.

Datum: 29 maart 2005

W.g.

Mr. P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit