

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 2873/ 611

Betreft zaak: 2873/ Noord-Holland Acht (Ballast Nedam)

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen zijn besluit van 15 september 2006 met kenmerk 2873/501.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 18 december 2003 met kenmerk 2873/ 334 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) vastgesteld dat een aantal bouwondernemingen, waaronder Ballast Nedam Infra Noord-West B.V. en Ballast Nedam Infra B.V., statutair gevestigd te Nieuwegein, (hierna gezamenlijk: Ballast Nedam) inbreuk heeft gemaakt op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw), wegens deelname aan afspraken en gedragingen rond de aanbesteding van grote infrastructurele projecten in de regio Haarlemmermeer/ Schiphol.¹ De d-g NMa heeft in bedoeld besluit aan Ballast Nedam een boete opgelegd van EUR 14.548.000. Het aan deze zaak ten grondslag liggende rapport in de zin van artikel 59 Mw dateert van 16 januari 2003.²
2. Het onderzoek in de onderhavige zaak heeft plaatsgevonden in de periode van eind 2001 tot en met eind 2002. In deze periode heeft de NMa diverse onderzoeken naar overtredingen in de bouwsector verricht, die in april en december 2003 tot diverse sanctiebesluiten hebben geleid waarbij aan ruim twintig bouwondernemingen boetes zijn opgelegd.
3. In het begin van 2004 kwamen – opnieuw – berichten in de publiciteit dat bouwondernemingen op grote schaal de mededingingsregels zouden hebben overtreden. Hierop hebben de NMa en het Kabinet de bouwsector dringend opgeroepen om 'schoon schip' te maken.³ Onder 'schoon schip' maken verstaat het Kabinet: het op korte termijn komen tot genormaliseerde verhoudingen in de bouw door een toekomstgerichte aanpak.⁴ Hieronder werd ook verstaan het geven van openheid over praktijken in het verleden. Het Kabinet riep de bouwbedrijven op daartoe voor 1 mei 2004 een clementieverzoek in te dienen bij de NMa.⁵ Ook de NMa heeft bouwbedrijven hiertoe opgeroepen.⁶

¹ Zie dossierstuk 2873/ 334.

² Zie dossierstuk 2873/ 182-189.

³ Brief van de minister van EZ van 19 januari 2004, TK 2003-2004, 28 244, nr. 58.

⁴ Brief van de minister van EZ van 14 oktober 2004, TK 2004-2005, 28 244, nr. 85.

⁵ Brief van de ministers van EZ en Justitie van 20 februari 2004, TK 2003-2004, 28 244, nr. 64.

4. In totaal hebben hierop 473 bouwondernemingen, afkomstig uit verschillende delen van de sector aan deze schoon schip oproep gehoor gegeven door informatie over hun kartelgedrag – en de betrokkenheid daarbij van anderen – aan te leveren bij de NMa.⁷ Dit verschaft de NMa veel informatie over mededingingsbeperkende praktijken in de bouwsector. De NMa heeft vervolgens in haar onderzoeken en de daarop volgende sanctieprocedures een aanpak gekozen, die het meest recht doet aan enerzijds het belang om handhavend op te treden en anderzijds het door het Kabinet, de NMa en de sector onderkende belang om een sectorbrede gedragsverandering te bewerkstelligen en daarbij een toekomstgerichte aanpak te kiezen. Deze afwikkeling en aanpak van onderzoeken en sanctieprocedures voortvloeiend uit de ‘schoon schip oproep’ wordt ook wel aangeduid als de ‘schoon schip operatie’.
5. Ballast Nedam heeft op 28 januari 2004 pro forma bezwaar ingediend tegen het besluit van 18 december 2003 met kenmerk 2873/ 334.⁸ Vanwege voorgaand beschreven ontwikkelingen, met name de ‘schoon schip operatie’ en de in dit kader ingediende grote aantallen clementieverzoeken (onder andere ook door Ballast Nedam) is met instemming van betrokken partijen de behandeling van de respectieve bezwaren aangehouden. De NMa heeft bij brieven van 21 april 2004⁹ en 10 juni 2004¹⁰ uitstel verleend aan partijen voor het aanvullen van de gronden van bezwaar.
6. Op 11 september 2006 heeft Ballast Nedam, evenals overige betrokken partijen, haar bezwaren tegen het besluit van 18 december 2003 met kenmerk 2873/ 334 ingetrokken.¹¹
7. Bij besluit van 15 september 2006 met kenmerk 2873/ 501 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad)¹² de aan Ballast Nedam opgelegde boete verlaagd. Hierbij heeft hij onder meer in aanmerking genomen dat Ballast Nedam in het kader van de ‘schoon schip operatie’ een zelfstandige financiële bijdrage heeft geleverd aan een collectieve regeling van financiële claims van overheidsopdrachtgevers. Daarnaast heeft de Raad in aanmerking genomen dat aan Ballast Nedam boetes zijn opgelegd in de procedures naar aanleiding van de rapporten in zaak 3183 (WO6/ C6), 4155 (GWW), zaak 3938_1 (B&U), zaak 4146 (Kabel- en Leidingwerken), zaak 4695

⁶ Zie bijvoorbeeld het persbericht van de NMa d.d. 3 mei 2004: ‘Bijna 400 vrijwillige meldingen van bouwbedrijven bij de NMa’.

⁷ Brief van de minister van EZ van 14 oktober 2004, TK 2004-2005, 28 244, nr. 85.

⁸ Zie document 2873/ 354.

⁹ Zie document 2873/ 391.

¹⁰ Zie document 2873/ 400.

¹¹ Zie document 2873/ 510.

¹² Met ingang van 1 juli 2005 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (“de Raad”) de d-g NMa opgevolgd; zie Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, Stb. 2005, 172.

(Groenvoorziening) en zaak 4232 (Prefab betonnen heipalen) en dat Ballast Nedam in bedoelde zaken heeft deelgenomen aan de zogenoemde versnelde procedures.

8. De Raad heeft op grond van het voorgaande 10% van de bijdrage van Ballast Nedam aan de Collectieve Regeling Bouwnijverheid¹³ in mindering gebracht op de aan Ballast Nedam opgelegde boetes in sanctiebesluiten d.d. 18 december 2003¹⁴. Voorts heeft de Raad het resterende boetebedrag verminderd met 45%. Dit heeft erin geresulteerd dat het bestreden besluit het besluit van 18 december 2003 met kenmerk 2873/334 in die zin heeft gewijzigd dat de aan Ballast Nedam opgelegde boete is verlaagd van EUR 14.548.000 naar EUR 7.893.185,23. Voor het overige is het besluit van 18 december 2003 met kenmerk 2873/334 in stand gebleven.
9. Ballast Nedam heeft op 25 oktober 2006 bezwaar aangetekend tegen het bestreden besluit.¹⁵ Op 20 februari 2007 heeft zij de gronden van haar bezwaar aangevuld.¹⁶
10. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de Raad de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).
11. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is Ballast Nedam op 13 september 2007 naar aanleiding van de ingediende bezwaren ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit door de Adviescommissie gehoord. Bij dezelfde gelegenheid is ook Vermeer Infrastructuur B.V. gehoord, daar deze onderneming ook bezwaar heeft aangetekend tegen het aan haar gerichte besluit van 15 september 2006 met kenmerk 2873/506. Van het horen is een verslag gemaakt. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld opmerkingen over het verslag te maken.
12. Op 6 november 2007 heeft de Adviescommissie haar advies (hierna: het Advies) uitgebracht. Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.

II. Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

13. De Adviescommissie komt tot de volgende conclusies en advies:

- *De bezwaren op grond van het ne bis in idem beginsel en op grond van het gelijkheidsbeginsel dienen [...] te worden verworpen.*¹⁷

¹³ Akkoord Collectieve Regeling Bouwnijverheid tussen vertegenwoordigers van Bouwend Nederland en de betrokken overheden d.d. 24 juni 2005.

¹⁴ Zaken 2873 en 3064.

¹⁵ Zie document 2873/566.

¹⁶ Zie document 2873/578.

¹⁷ Advies, rnr. 29

- *De Adviescommissie ziet [...] aanleiding om de Raad te adviseren op grond van randnummer 28 van de Algemene Boeterichtsnoeren de boete naar beneden bij te stellen. Zij neemt daarbij het volgende in aanmerking.¹⁸ In de eerste plaats[...] dat de GWW-Boeterichtsnoeren onvoldoende duidelijkheid bieden over hun precieze reikwijdte. Ten tweede[...] dat de GWW-Boeterichtsnoeren weliswaar pas zijn vastgesteld na het primaire besluit, maar dat daar tegenover is te stellen dat de datum van het wijzigingsbesluit ná de datum van de vaststelling van de GWW-Boeterichtsnoeren gelegen is. Ten derde heeft de Raad soortgelijke overtredingen die wél onder de GWW-Boeterichtsnoeren vielen, in betekenende mate lichter bestraft, terwijl, zoals gesteld, het toepassingsbereik van dat – voor de bezwaarde gunstiger – beleid niet ondubbelzinnig in de beleidsregels is vastgesteld.”¹⁹ [...] Tezamen gezien met de noodzaak voor de Raad om de bezwaren ex nunc te toetsen, is de Adviescommissie van oordeel dat de boete in zoverre verlaagd dient te worden dat deze in het licht van het hiervoor overwogene evenredig dient te worden geacht”.*²⁰

14. Na zich ervan te hebben vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen en te hebben vastgesteld dat het Advies naar zijn oordeel inhoudelijk concludent is, heeft de Raad besloten conform het Advies te beslissen, behoudens de overwegingen van de Adviescommissie ten aanzien van de reikwijdte van de Boetebekendmaking GWW en de hoogte van de boete, en onder aanvulling van de overwegingen ten aanzien van de beweerdelijke schending van het *ne bis in idem*-beginsel. Ter motivering van dit besluit:
 - i. verwijst de Raad ex artikel 3:49 Awb naar het Advies;
 - ii. verwijst de Raad naar hoofdstuk III van dit besluit dat voorziet in een nadere motivering ten aanzien van de bezwaren met betrekking tot het *ne bis in idem*-beginsel;
 - iii. verwijst de Raad naar hoofdstuk IV van dit besluit voor een afwijkende motivering ten aanzien van de reikwijdte van de Boetebekendmaking GWW en de hoogte van de boete.

III. Aanvullende motivering met betrekking tot de beweerdelijke schending van het *ne bis in idem*-beginsel

15. De Adviescommissie heeft de Raad geadviseerd de bezwaren van Ballast Nedam op grond van het *ne bis in idem*-beginsel te verwerpen.²¹ In aanvulling op het Advies op dit punt overweegt de Raad als volgt.
16. Op het gebied van het communautaire mededingingsrecht verbiedt het *ne bis in idem*-beginsel dat een onderneming opnieuw wordt veroordeeld of vervolgd door de Europese Commissie wegens een mededingingsversturende gedraging waarvoor zij is bestraft of niet-aansprakelijk

¹⁸ Advies, rnr. 36.

¹⁹ Advies, rnr. 37.

²⁰ Advies, rnr. 38.

²¹ Advies, rnr. 29.

is verklaard bij een eerdere beschikking van de Commissie waartegen geen beroep meer openstaat. De toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel is volgens het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen afhankelijk van de drievoudige voorwaarde dat de feiten, de overtreder en het beschermde rechtsgoed dezelfde zijn.²²

17. De Raad is – evenals de Adviescommissie – van oordeel dat de feiten in de onderhavige zaak geenszins dezelfde zijn als in zaak 4155/ GWW, zodat het beroep van Ballast Nedam op het *ne bis in idem*-beginsel faalt. De Raad sluit zich in dit verband met name aan bij de overweging in randnummer 24 van het Advies waarin wordt geconcludeerd dat de litigieuze gedragingen in de onderhavige zaak als “*een aparte verschijningsvorm van verboden vooroverleg*” dienen te worden aangemerkt. Dienaangaande overweegt de Raad – in aanvulling op het Advies – als volgt.

Gedragingen in NH8-verband

18. De overtreding die aan de orde is in de onderhavige zaak betreft markt- en werkverdelingsafspraken tussen acht bouwondernemingen voor bepaalde grote infrastructurele werken in en rondom de regio Haarlemmermeer, waaronder de luchthaven Schiphol. De markt- en werkverdelingsafspraken golden voor een periode van meerdere jaren en voor vooraf benoemde bepaalde soorten infrastructurele werken. De acht betrokken ondernemingen vormden een vaste groep – de ‘Noord Holland Acht’ (NH8) – die regelmatig bijeen kwam. Het onderliggende uitgangspunt was om de omzet van deze vooraf benoemde soorten werken binnen de groep (“aan tafel” of “in huis”) te houden en de omzetten en marges ten aanzien daarvan onderling pondsgewijs te verdelen (ieder 1/8 deel).²³
19. Ten tijde van het maken van de initiële afspraken is niet vastgelegd welke concrete werken onder de verdelingsafspraken zouden vallen, aangezien zulks op dat moment (nog) niet volledig voorzienbaar was. Er vond evenwel op reguliere basis overleg plaats tussen de acht betrokken ondernemingen, binnen welk kader de werkverdelingsafspraken werden gemaakt ruim voordat de aanbestedingsprocedure voor de betreffende werken daadwerkelijk door de opdrachtgever werd gestart (door bekendmaking of verzending van de uitnodiging tot deelname aan de aanbesteding).

²² HvJEG, 7 januari 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P (Aalborg Portland e.a./ Commissie), Jurispr. blz. I-123, punt 338.

²³ Zie randnummer 44 (over het rapport) en hoofdstuk 2, met name de randnummers 56-59, 62, 68, 78, 87, 117, 183, 194, 204 en 210-215, en hoofdstuk 3.2, onderdelen C-E, met name randnummers 287, 299 en 300 van het besluit van de d-g NMa van 18 december 2003 (document 2873/334).

20. De afstemming van het concrete inschrijfgedrag dan wel de inschrijfprijs bij de daadwerkelijke aanbesteding van de werken tussen de betrokken ondernemingen, vloeide voort uit de overkoepelende en eerder gemaakte 'voorafspraken'.²⁴ Bij deze overkoepelende 'voorafspraken' voorafgaand aan de vooroverleggen bij de aanbesteding van de werken, ofwel het 'voor-vooroverleg', waren uitsluitend de NH8 ondernemingen betrokken. Derde ondernemingen kwamen pas eventueel in beeld na de daadwerkelijke bekendmaking van of uitnodiging tot deelname aan de aanbesteding van een werk, in het geval deze ook geïnteresseerd waren in de uitvoering van het betreffende werk. Deze derde ondernemingen werden dan betrokken bij het vooroverleg voor de aanbesteding van dat werk (over afstemming van het inschrijfgedrag dan wel de inschrijfprijs) waarbij alle NH8 deelnemers betrokken waren. Er werden onderling tussen de acht ondernemingen afspraken gemaakt over het aan die derde aanbieden van een op geld waardeerbare tegenprestatie, teneinde te voorkomen dat zij de binnen NH8 afgesproken verdeling zouden doorkruisen.²⁵ Derde ondernemingen waren dus niet betrokken bij de overkoepelende 'voorafspraken' in NH8 verband, maar incidenteel bij de vooroverleggen bij of vlak voor de aanbesteding van een 'NH8-werk'.

Gedragingen in zaak 4155/GWW

21. In zaak 4155/GWW is geconcludeerd dat de betrokken bouwondernemingen deel hebben genomen aan overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG door overeenkomsten te sluiten en/of hun gedrag structureel onderling af te stemmen door middel van een systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland. Deze gedragingen hingen nauw met elkaar samen, er was sprake van één systeem van overeenkomsten en/of onderling afgestemd feitelijk gedragingen dat als één voortgezette inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw is aangemerkt. Er was derhalve sprake van een voortdurend proces van onderlinge afstemming hoe de ondernemingen zich ten aanzien van deze werken jegens elkaar zouden gedragen of zich van een bepaald gedrag zouden onthouden.²⁶
22. De afzonderlijke vooroverleggen en afspraken beschreven in het rapport in zaak 4155 hielden in zoverre verband met elkaar dat zij, omdat er door de ondernemingen over en weer 'rechten' en 'plichten' werden opgebouwd, direct of indirect gevolgen hadden voor het vooroverleg bij andere aanbestedingen. Op die manier vormden zij één voortdurend systeem van werkverdeling en afstemming van inschrijfgedrag bij de aanbesteding van werken in de GWW-sector in Nederland in de periode 1998-2001.²⁷ De samenstelling en grootte van de groep die vooroverleg voerde en het inschrijfgedrag of de inschrijfprijs voor een bepaald

²⁴ Zie randnummers 53, 56-59, 62, 68, 87, 190-193, 203 en 214 van het besluit van de d-g NMa van 18 december 2003 (document 2873/334).

²⁵ Zie met name randnummers 112-114, 117 en 215 van het besluit van de d-g NMa van 18 december 2003 (document 2873/334).

²⁶ Zie randnummers 167 en 168 van rapport 4155.

²⁷ Zie randnummers 35-46 van rapport 4155.

werk afstemde, was steeds afhankelijk van de in het bepaalde werk geïnteresseerde ondernemingen of de door de opdrachtgever van het betreffende werk uitgenodigde ondernemingen en er golden geen concrete, vooraf bepaalde verdelingsafspraken. De Raad verwijst in dit verband naar randnummers 31-34 en 76 van het rapport in zaak 4155/ GWW.

23. Zaak 4155/ GWW betreft (uitsluitend) het afstemmen van inschrijfgedrag c.q. de inschrijfprijs bij of kort voor de concrete aanbesteding van een werk.²⁸ Zoals ook in zaak 4155/ GWW is vastgesteld, was bij het landelijk systeem van vooroverleg(gen) bij de aanbesteding van werken géén sprake van een vaste groep van ondernemingen die afspraken maakten over de verdeling van een bepaald soort werken of werken in bepaalde regio, etc. Ook gaat het in zaak 4155/ GWW niet om overkoepelende (markt- en werkverdelings)afspraken reeds voorafgaand aan de bekendmaking van de aanbesteding van de werken door de opdrachtgever, noch om afspraken die voor een langere periode golden. Samengevat: het betreft geen situaties van zogenaamd 'voor-vooroverleg'.
24. In zaak 4155/ GWW is niet geconstateerd dat er binnen een vaste groep van ondernemingen afspraken voor langere periodes of voor vooraf benoemde werken werden gemaakt, noch dat er bredere, overkoepelende markt- of werkverdelingsafspraken werden gemaakt. In ieder geval is genoemde samenhang tussen de afzonderlijke vooroverleggen en de daarbij gemaakte afspraken wezenlijk anders dan de afspraken zoals in de onderhavige zaak, die zijn te vergelijken met een marktaandeelquotasysteem. De afspraken in de onderhavige zaak werden niet alleen gemaakt in een vaste besloten kring, voor een periode van meerdere jaren, voor bepaalde werken en geruime tijd voor het vooroverleg bij de concrete aanbesteding van de werken, maar betroffen ook een vaste pondsgewijze verdeling van omzetten en marges (ieder 1/8 deel). Op basis van de reeds gerealiseerde omzetten per onderneming en de afgesproken pondsgewijze verdeling van omzetten en marges werd binnen NH8-verband bepaald wie er aan de beurt was om een werk uit te voeren.
25. Naar het oordeel van de Raad is het betoog van Ballast Nedam, dat NH8 'slechts' een van de in het rapport in zaak 4155/ GWW beschreven methodieken van vooroverleg zou zijn, dan ook onjuist. De in het besluit van 18 december 2003 beschreven gedragingen in NH8 verband komen ook niet overeen met één van de in zaak 4155/ GWW beschreven methodieken van vooroverleg.²⁹ De in het rapport in zaak 4155/ GWW beschreven "rechten" of "claims" gaven ook geen rechtstreeks recht op uitvoering van een werk, maar deze konden de onderneming in staat stellen om een laag "maakcijfer" of "biedcijfer" in het vooroverleg in te dienen, dan wel hoge "claims" of uitkeringen aan de overige deelnemers aan het vooroverleg aan te bieden.

²⁸ Zie met name randnummer 23, 29, 123 en 152 van het rapport in zaak 4155/ GWW.

²⁹ De op deze plaats beschreven 'methodieken van vooroverleg' zijn "blanken", "Italianen" of vragen van preferentie. Zie randnummers 78-90 van het rapport in zaak 4155/ GWW.

26. De afstemming bij het vooroverleg bij de concrete aanbesteding van NH8-werken vloeide, zoals gezegd, voort uit de eerder gemaakte overkoepelende afspraken in het kader van het voor-vooroverleg, eventueel aangevuld met afstemming over het buiten de deur houden of 'afkopen' van derden. Er is dan ook sprake van twee afzonderlijke overtredingen – enerzijds de verdelingsafspraken in besloten kring en voor een langere periode voor 'NH8 werken' en anderzijds de (algemene) landelijke structuur van vooroverleg bij aanbesteding van GWW-werken – die ook ieder op zichzelf beboetbaar zijn.

Geslotenheid systeem NH8

27. De NH8-ondernemingen brachten in beginsel geen 'rechten' of 'claims' ten aanzien van de NH8-werken in in het algemene systeem, maar regelden dit onderling. De Raad wijst er in dit verband opnieuw op dat het uitgangspunt van de NH8 was om de omzet van de vooraf benoemde soorten werken binnen de groep ("aan tafel" of "in huis") te houden en de omzetten en marges ten aanzien daarvan onderling pons-ponsgewijs te verdelen (ieder 1/8 deel).³⁰ Zeer incidenteel vond er, als de 1/8 verdeling van omzet niet was gerealiseerd, een bepaalde vorm van 'nivellering' plaats tussen de acht ondernemingen via andere vereffeningssystemen, waaronder wellicht ook het algemene systeem als vastgesteld in zaak 4155/ GWW. Dit maakt weliswaar dat het NH8-systeem in die zin niet volledig gesloten was, maar toont – anders dan Ballast Nedam betoogt – geenszins aan dat NH8 in feite onderdeel uitmaakt van het systeem van vooroverleg als vastgesteld in zaak 4155/ GWW, zodat het in feite om één voortdurend systeem zou gaan.
28. Immers, van een verband tussen afzonderlijke 'clubs' die overkoepelende voor-voorafspraken maakten, zoals NH8, en de (algemene) landelijke structuur van vooroverleg is – in tegenstelling tot wat Ballast Nedam betoogt – niet gebleken.³¹ Ook de Koop Tjuchem-administratie (ook wel aangeduid als de "Bosboekhouding", hierna: de KT-administratie) toont een dergelijk verband niet aan. In tegendeel, hieruit blijkt juist dat enerzijds de algemene structuur van vooroverleg kort voor aanbesteding van werken en anderzijds de overkoepelende 'voorafspraken' in het kader van NH8 (in besloten kring voor bepaalde werken, langere periodes en met een vaste pons-ponsgewijze verdeling), naast elkaar bestonden en apart werden geadministreerd.
- De 'administratie' van NH8 staat op aparte bladzijden in de KT-administratie vermeld. Anders dan Ballast Nedam acht de Raad het niet aannemelijk dat dit enkel om praktische redenen gebeurde. De separate administratie vormt naar het oordeel van de Raad een belangrijke bevestiging dat het NH8-systeem en het algemene systeem daadwerkelijk naast elkaar bestonden.

³⁰ Zie randnummer 44 (over het rapport) en hoofdstuk 2, met name de randnummers 56-59, 62, 68, 78, 87, 117, 183, 194, 204 en 210-215, en hoofdstuk 3.2, onderdelen C-E, met name randnummers 287, 299 en 300 van het besluit van de d-g NMa van 18 december 2003 (document 2873/334).

³¹ Zie randnummer 11 van het rapport in zaak 4155/ GWW.

29. Ten slotte bevestigt het feit, dat slechts één onderdeel van alle werken, die in de onderhavige zaak tezamen de bij de overtreding betrokken omzet vormen niet aan één van de NH8-ondernemingen is gegund maar aan een derde onderneming (project *Wegtracé Zuidtangent en N22*, onderdeel *Spieringweg*) het oordeel van de Raad dat er sprake was van een separaat functionerend systeem van werkverdeling.³²

Conclusie

30. Gezien het voorgaande vormen de gedragingen in NH8-verband die aan de orde zijn in de onderhavige zaak een afzonderlijke overtreding, die los staat van, dan wel naast de overtreding staat zoals aan de orde in zaak 4155/ GWW. Van schending van het ne bis in idem-beginsel is naar het oordeel van de Raad dan ook geen sprake.
31. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verklaart de Raad het bezwaar ongegrond.

IV. Afwijkende motivering met betrekking tot de reikwijdte van de Boetebekendmaking GWW en de hoogte van de boete

32. De Adviescommissie heeft de Raad ten aanzien van de hoogte van de boete geadviseerd “op grond van randnummer 28 van de Algemene Boeterichtsnoeren de boete naar beneden bij te stellen. Zij neemt daarbij het volgende in aanmerking.³³ In de eerste plaats[...] dat de GWW-Boeterichtsnoeren onvoldoende duidelijkheid bieden over hun precieze reikwijdte. Ten tweede[...] dat de GWW-Boeterichtsnoeren weliswaar pas zijn vastgesteld na het primaire besluit, maar dat daar tegenover is te stellen dat de datum van het wijzigingsbesluit ná de datum van de vaststelling van de GWW-Boeterichtsnoeren gelegen is. Ten derde heeft de Raad soortgelijke overtredingen die wél onder de GWW-Boeterichtsnoeren vielen, in betekenende mate lichter bestraft, terwijl, zoals gesteld, het toepassingsbereik van dat – voor de bezwaarde gunstiger – beleid niet ondubbelzinnig in de beleidsregels is vastgesteld.”³⁴ [...] Tezamen bezien met de noodzaak voor de Raad om de bezwaren *ex nunc* te toetsen, is de Adviescommissie van oordeel dat de boete in zoverre verlaagd dient te worden dat deze in het licht van het hiervoor overwogene evenredig dient te worden geacht”.³⁵
33. De Raad is van oordeel, dat de in het bestreden besluit opgelegde (verlaagde) boete geenszins onevenredig is. De Raad ziet dan ook geen aanleiding om de in het bestreden besluit opgelegde boete (verder) te verlagen, ook niet in de volgens de Adviescommissie daartoe redengevende omstandigheden. Hiertoe overweegt de Raad het volgende.

³² Zie rnr. 323 van het besluit van de d-g NMa van 18 december 2003 (document 2873/ 334).

³³ Advies, rnr. 36.

³⁴ Advies, rnr. 37.

³⁵ Advies, rnr. 38.

Reikwijdte Boetebekendmaking GWW

34. De Raad constateert dat de Adviescommissie in haar oordeel op dit punt centraal heeft gesteld dat de Boetebekendmaking GWW³⁶ onduidelijkheid zou bieden over haar precieze reikwijdte. De Raad kan zich in dit oordeel niet vinden en wijkt hier dan ook onder navolgende motivering van af.
35. De Raad stelt voorop dat hij evenals de Adviescommissie van oordeel is dat de Boetebekendmaking GWW niet van toepassing is op de zogenaamde 'oude' bouwzaken, waaronder ook de onderhavige zaak. Met 'oude' bouwzaken wordt bedoeld: bouwgerelateerde zaken waarvan het onderzoek niet (deels) gebaseerd is op het (omvangrijke) clementiemateriaal dat naar aanleiding van de 'schoon schip oproep' van de NMa en het Kabinet begin 2004 bij de NMa is ingediend.
36. De bijzondere Boetebekendmaking GWW is nauw en onlosmakelijk verbonden met de 'schoon schip operatie'. Bij de inrichting en afwikkeling van die schoon schip operatie, inclusief de wijze van beboeting, was van groot belang de noodzaak en keuze van de NMa om een sectorbrede gedragsverandering te bewerkstelligen en het snel en efficiënt kunnen afwikkelen van de grote hoeveelheid sanctiezaken die uit het clementiemateriaal naar aanleiding van de schoon schip oproep voortvloeide. De (bouwgerelateerde) zaken van vóór de 'schoon schip operatie' betreffen wezenlijk andere situaties waarbij deze elementen niet aanwezig zijn. De Boetebekendmaking GWW is dan ook enkel van toepassing op zaken die de GWW-sector betreffen én na de 'schoon schip oproep' – (mede) op basis van het daarop door de NMa verkregen clementiemateriaal – als onderdeel van de 'schoon schip operatie' tot een sanctieprocedure hebben geleid. Dit is ook onderschreven door de Rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 24 juli 2007, in de zaak Erdo B.V. tegen de Raad.³⁷

“Verweerder heeft bij het bepalen van de boetes zijn ten tijde van het nemen van de bestreden besluiten geldende Richtsnoeren boetetoemeting (hierna: Boeterichtsnoeren) in acht genomen. Eiseres heeft met een beroep op het gelijkheidsbeginsel aangevoerd dat verweerder de boetemethodiek die gehanteerd wordt in de GWW-sector, had moeten toepassen. Dit beroep op het gelijkheidsbeginsel faalt. De bijzondere boetebekendmaking voor de GWW-deelsector is een bijzondere regeling in de context van de grote bouwonderzoeken die de NMa is gestart naar aanleiding van de clementieverzoeken die in het voorjaar 2004 zijn ingediend, de zogenoemde schoon-schip-operatie. Onderdeel van die schoon-schip-operatie vormen de per deelsector opgestelde bijzondere boetebekendmakingen. De constatering van de onderhavige overtredingen vloeit niet voort uit onderzoek dat naar aanleiding van bedoelde clementieverzoeken heeft plaatsgevonden, zodat het beroep op het gelijkheidsbeginsel faalt.”

³⁶ Bekendmaking van 13 oktober 2004, Stcrt. 14 oktober 2004, nr. 198, p. 33.

³⁷ MEDED 06/411 en 412 WILD en MEDED 06/414 en 415 STRN.

37. Naar het oordeel van de Raad bestaat reeds op grond van het voorgaande geen enkele onduidelijkheid over de precieze reikwijdte van de Boetebekendmaking GWW. Bovendien is uit de tekst van de bekendmaking zelf de reikwijdte als hierboven beschreven af te lezen. De Raad wijst in dit verband op randnummer 2 van de Boetebekendmaking GWW:

“De d-g NMa heeft deze Bekendmaking opgesteld vanwege de aard en omvang van het gebleken kartelgedrag in de bouwsector in Nederland en de gevolgen die het onverkort toepassen van de Ficht snoeren boetetoemeting voor de sector in zijn geheel zou hebben. Met deze Bekendmaking geeft de d-g NMa invulling aan deze bijzondere omstandigheden en de oproepen van de NMa en de regering aan de ondernemingen in de bouwsector om ‘schoon schip te maken’. De methodiek geldt voorshands enkel voor de GWW-deelsector. De Ficht snoeren boetetoemeting zijn van toepassing, voor zover daarvan bij deze Bekendmaking niet wordt afgeweken.”

Hieruit blijkt duidelijk het verband tussen de Boetebekendmaking GWW en de ‘schoon schip oproep’. Het gaat om de afwikkeling van de vele overtredingen die (mede) bekend zijn geworden of beboet konden worden door het clementiemateriaal dat naar aanleiding van die oproep is ingediend. Deze afwikkeling vindt plaats in diverse deelsectoren van de bouw. Ook om die reden valt de beboeting van de overtreding in de onderhavige zaak buiten het kader van de Boetebekendmaking GWW. De overtreding is ruim vóór de ‘schoon schip oproep’ door de NMa onderzocht, bewezen en beboet.

38. Voorts staat in randnummer 1 Boetebekendmaking GWW onder meer:

“Deze Bekendmaking geldt voor de beboeting van overtredingen in de GWW-deelsector, zoals bij de NMa bekend en waarvan het redelijk vermoeden is vastgelegd in een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw.”

De Boetebekendmaking GWW is gepubliceerd op 14 oktober 2004. Het is dan ook duidelijk dat deze niet geldt voor zaken waarin op het moment van uitbrengen van de Boetebekendmaking GWW reeds een inbreuk reeds was vastgesteld en die derhalve het ‘rapportstadium’ (ofwel: het stadium van het redelijk vermoeden van een overtreding) al waren gepasseerd, zoals de onderhavige zaak – deze bevond zich destijds immers al geruime tijd in de bezwaarfase.

39. Ten overvloede wijst de Raad nog op zijn persbericht van 14 oktober 2004, waarin de start van de versnelde sanctieprocedure in de GWW-sector en de publicatie van de Boetebekendmaking GWW worden aangekondigd, en op de brief van de minister van EZ van 14 oktober 2004.³⁸ Ook hieruit blijkt duidelijk dat de bijzondere Boetebekendmaking GWW is gericht op beboeting van de zaken 4155 en 3138 en de afwikkeling van de ‘schoon schip-operatie’.

³⁸ Zie de brief van de minister van EZ van 14 oktober 2004, TK 2004-2005, 28 244, nr. 85, p. 2 en de brief van de d-g NMa van 12 oktober 2004 aan de minister van EZ als bijlage daarbij, rnr. 5 en 13.

40. Dat de beboeting op basis van de speciale Boetebekendmaking GWW nauw is verbonden met de 'schoon schip oproep' en daaruit voortvloeiende zaken, is ten slotte nog eens bevestigd in het persbericht van 24 januari 2005 waarin de boeteparameters voor de eerste tranche bouwzaken in versnelde procedure bekend zijn gemaakt: "(...) *"Deze wijze van afdoening is uniek en wordt uitsluitend ingegeven door de zeer bijzondere omstandigheden van dit geval", verklaart directeur-generaal Pieter Kalbfleisch van de NMa. "De NMa treedt handhavend op; onze boetes moeten realistisch zijn. Door onze wijze van afdoening is het de bouwsector mogelijk voort te gaan op de ingeslagen weg om "schoon schip" te maken tegenover de NMa en de samenleving."*
41. Uit de Boetebekendmaking GWW zelf, noch uit de communicatie daarom heen kan worden afgeleid dat deze van toepassing is op de onderhavige zaak (of andere 'oude' bouwzaken). Evenmin is op andere wijze door de Raad het vertrouwen gewekt dat dit wel het geval was.
42. De bereidheid van de NMa om de hoogte van de in een drietal 'oude' bouwzaken³⁹ opgelegde boetes los van de Boetebekendmaking GWW te heroverwegen, is kort na publicatie van de Boetebekendmaking GWW gecommuniceerd.⁴⁰ In het persbericht van 24 januari 2005 over afronding van de eerste tranche bouwzaken in de versnelde procedure stelt de NMa hierover: *"De NMa legde eerder, in december 2003, ook boetes op aan 22 bedrijven in de GWW-sector. De NMa is bereid, onder voorwaarden, de hoogte van deze boetes in heroverweging te nemen, aangezien de GWW-sector heeft aangegeven nu volledig 'schoon schip' te maken. [...] Ook hierbij is van belang dat de bouwsector 'schoon schip' maakt in de relatie met opdrachtgevers"*⁴¹
43. De Raad erkent dat Ballast Nedam ná de 'schoon schip oproep' en ná de totstandkoming van de sanctiebesluiten in de 'oude' bouwzaken stappen heeft ondernomen om daadwerkelijk 'schoon schip' te maken, ook richting de overheidsopdrachtgevers. De Raad heeft daarin aanleiding gezien om de reeds opgelegde boetes in de onderhavige zaak substantieel te verlagen. Dit maakt naar het oordeel van de Raad echter niet dat de onderhavige zaak door de coöperatieve houding van Ballast Nedam *achteraf* ook een zogenaamde 'schoon schip-zaak' is geworden en conform deze aanpak dient te worden beboet.

³⁹ De onderhavige zaak alsook de zaken 3054/ Atletiekbanen en 3064/ Asfaltzware Wegenprojecten Noord-Nederland.

⁴⁰ Dit standpunt is bij brief met kenmerk 4274/56 medegedeeld aan de gezamenlijke gemachtigde van de bouwondernemingen die deelnamen aan de versnelde procedure in de zaak 4155/ GWW, waaronder ook alle in de onderhavige zaak betrokken partijen.

⁴¹ Persberichten van de NMa zijn te vinden op de website www.nmanet.nl. Zie ook de aankondiging in de brief van 22 januari 2005 van de NMa aan de minister van EZ: "Een aantal van de eerder (in 2003) door de NMa opgelegde boetes had ook betrekking op de activiteiten in de GWW-sector. [...] Naar aanleiding van de bij de NMa kenbaar gemaakte zienswijzen van de betreffende beboete bouwbedrijven neem ik de hoogte van die eerder opgelegde boetes in heroverweging indien zij bijdragen aan het aan de overheid te betalen bedrag. [...] Voor de goede orde: ook hier geldt dat er uiterlijk op 15 februari a.s. overeenstemming tussen de bouwsector en de overheid moet zijn en dat het betreffende bouwbedrijf bijdraagt aan het aan de overheid te betalen bedrag."

44. Op dit punt verschilt de onderhavige zaak dan ook – anders dan Ballast Nedam stelt – wezenlijk van de zaken WO6 en C6. Deze zaken vallen wel onder de ‘schoon schip operatie’ en derhalve ook onder de Boetebekendmaking GWW, omdat het onderzoek naar deze zaken op het moment van de ‘schoon schip oproep’ nog niet was afgerond. De clementieverzoeken (onder andere van Ballast Nedam) die naar aanleiding van de ‘schoon schip oproep’ bij de NMa zijn ingediend, konden in de zaken WO6 en C6 dan ook nog additionele waarde leveren voor het onderzoek van de NMa.
45. De stelling van Ballast Nedam, dat de onderzoeken in deze zaken gelijk zouden hebben opgelopen met het onderzoek in de onderhavige zaak, is evenmin juist. Het rapport in de onderhavige zaak dateert immers van 16 januari 2003;⁴² terwijl het rapport in de zaken WO6 en C6 op 13 oktober 2004 is uitgebracht.⁴³ Met de omstandigheid dat het onderzoek in laatstgenoemde zaken ten tijde van indiening van de clementieverzoeken naar aanleiding van de ‘schoon schip oproep’ in een relatief vergevorderd stadium was, is door de Raad rekening gehouden bij de vaststelling van de hoogte van de clementiepercentages.

Conclusie

46. Gezien het voorgaande is de Raad van oordeel dat de bijzondere Boetebekendmaking GWW niet van toepassing is op de onderhavige zaak, ook niet bij het vaststellen van de gewijzigde (hoogte van de) boete. Het vertrouwensbeginsel brengt evenmin mee dat deze zou moeten worden toegepast, aangezien de NMa steeds duidelijk is geweest dat de boetes in de ‘oude’ bouwzaken los van de Boetebekendmaking GWW zouden worden heroverwogen. Over de reikwijdte van de Boetebekendmaking GWW bestaat naar het oordeel van de Raad dan ook geen onduidelijkheid, zodat dit geen aanleiding vormt om een verdere boeteverlaging toe te passen.

Hoogte van de boete

47. Vastgesteld is dat de bijzondere boetesystematiek van de ‘schoon schip operatie’ niet van toepassing is op de onderhavige zaak, en dat er evenmin sprake is van enige onduidelijkheid hieromtrent. Derhalve heeft naar het oordeel van de Raad tevens te gelden, dat de boetes die op grond van die boetesystematiek in *andere* zaken zijn opgelegd, geen doorslaggevend effect kunnen hebben in het kader van de beoordeling van de evenredigheid van de boeteoplegging in de *onderhavige* zaak. De karakteristieken en context van de onderscheidelijke zaken verschillen immers op relevante punten als hierboven uiteengezet, hetgeen het verschil in gehanteerde boetesystematiek en op grond daarvan verschillende uitkomsten in de hoogte van de boetes rechtvaardigt.

⁴² Zie dossierstukken 2873/ 182-189.

⁴³ Rapport in zaak 3183.

48. Nog afgezien van het feit dat gezien het voorgaande de boetes op grond van de afzonderlijke systematieken niet met elkaar kunnen worden vergeleken, gaat de door Ballast Nedam gemaakte vergelijking met (de opgelegde boetes in) de ‘schoon schip operatie’ (ook) niet op omdat de Raad in die zaak – onder vaststelling van bijzonder boetebeleid – heeft gekozen voor een boetesystematiek die aansluit bij de aard van de geconstateerde overtreding, te weten een structurele en wijdverbreide praktijk van mededingingsbeperkende gedragingen en afspraken, en de – ook door de sector – gewenste toekomstgerichte aanpak en snelheid en slagvaardigheid bij de afwikkeling van de sanctieprocedures. De Raad heeft dan ook een andere boetegrondslag gehanteerd dan de ‘betrokken omzet’ die bij toepassing van de algemene Richtsnoeren Boetetoemeting, thans de Boetecode 2007, wordt gehanteerd.⁴⁴
49. Daarnaast schetst de door Ballast Nedam gemaakte vergelijking van boetes een onjuist beeld. Ballast Nedam vergelijkt haar boete in de onderhavige zaak met de *uiteindelijke* boetebedragen die haar in de ‘schoon schip operatie’ zijn opgelegd. Ballast Nedam heeft echter – onder andere vanwege haar medewerking in de vorm van het indienen van een clementieverzoek en deelname aan de versnelde procedures – kunnen profiteren van aanzienlijke boeteverlagingen op de boetes in het kader van de ‘schoon schip operatie’. Dit verschil tussen de onderhavige zaak en de zaken waarop Ballast Nedam wijst, is evenwel nu juist zeer relevant in het kader van de beoordeling van de evenredigheid van de boete. De boetes van Ballast Nedam voor aftrek van deze boeteverlagingen bedragen in zaak 4570/C6 & WO6 EUR 1.460.320 (C6) en EUR 1.095.240 (WO6)⁴⁵ en in zaak 4155/GWW EUR 7.301.600.⁴⁶
50. De Raad is het op grond van het voorgaande niet eens met het oordeel van de Adviescommissie, dat de Raad “soortgelijke overtredingen” in betekende mate lichter zou hebben bestraft, noch dat dit de in het bestreden besluit opgelegde boete onevenredig zou maken. De aan Ballast Nedam in de onderhavige zaak opgelegde boete dient op zijn eigen “merites”, dat wil zeggen op basis van de karakteristieken en context van de zaak NH8, te worden beoordeeld. In dit kader overweegt de Raad het volgende.

⁴⁴ Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit – inhoudende regels voor de toemeting van boetes op grond van de wetgeving waarmee de Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast, Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123, zoals gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 9 oktober 2007, Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196. Hierin zijn opgenomen de voordien geldende Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, Stcrt. 21 december 2001, nr. 248, zoals gewijzigd bij besluit van de directeur-generaal van de NMa van 27 juni 2005, Stcrt. 28 juni 2005, nr. 122.

⁴⁵ Besluit van de d-g NMa d.d. 29 maart 2005 met kenmerk 4570/13.

⁴⁶ Besluit van de d-g NMa d.d. 29 maart 2005 met kenmerk 4572/23, als gewijzigd bij besluit van de d-g NMa d.d. 28 december 2005 met kenmerk 4572/47.

51. De primair opgelegde boete is naar het oordeel van de Raad tot stand gekomen na zorgvuldige en redelijke weging van de ernst en duur van de vastgestelde inbreuk van Ballast Nedam op art. 6 Mw.⁴⁷ Voor de uitgebreide motivering hiervan verwijst de Raad naar randnummer 321 tot en met 360 van het besluit van 18 december 2003 met kenmerk 2873/ 334.

De belangrijkste aspecten van de beoordeling zijn – in samenvatting – de volgende: In het besluit van 18 december is als *boetegrondslag* vastgesteld - conform de Boeterichtsnoeren - 10% van de betrokken omzet. Randnummer 11 van de Boeterichtsnoeren merkt verboden aanbestedingsafspraken (*bidrigging*), waarvan in casu sprake is, aan als zeer zware overtredingen. Het gaat om verboden aanbestedingsafspraken, zodat de overtreding als zeer zwaar is gekwalificeerd. Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van randnummer 20 van de Boeterichtsnoeren een rekenfactor van 1,5 tot 3. Met die factor wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd om de ernst van de overtreding in de boete tot uitdrukking te brengen. Gelet op de aard van de overtreding en de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden, waarbij met name wordt gewezen op het voortgezette en structurele karakter van de overtreding, de grootte en het belang van projecten waarop de overtreding betrekking heeft (grote infrastructurele werken), de grootte van de betrokken ondernemingen en de (potentiële) schade, acht de d-g NMa een rekenfactor van 2,25 aangewezen. Aangezien de ondernemingen niet onkundig konden zijn van het verboden karakter van afspraken en gedragingen zoals de onderhavige, heeft de d-g NMa aanleiding gezien de boete voor ieder van de betrokken ondernemingen te verhogen met 10%.

52. De boete is, ook na wijziging, gebaseerd op de door de onderhavige overtreding besmette omzet van Ballast Nedam staat zo in verhouding tot de bijdrage aan de overtreding en het belang daarbij van iedere deelnemer. De Raad is dan ook van oordeel dat de opgelegde boete niet disproportioneel hoog is ten opzichte van de vastgestelde overtreding. Evenmin is de opgelegde boete onevenredig ten opzichte van de aan de andere NH8-ondernemingen opgelegde boetes.
53. De Raad is van oordeel dat de in het bestreden besluit opgelegde boete ook met in aanmerking neming van de overige relevante factoren alleszins proportioneel is. De Raad overweegt in dit verband dat hij, ondanks dat de onderhavige zaak geen onderdeel vormt van de 'schoon schip operatie', bij de beboeting in het bestreden besluit rekening heeft gehouden met de boetes die in het kader van de 'schoon schip operatie' aan Ballast Nedam zijn opgelegd, haar deelname aan de versnelde procedures in dat kader en de compensatie van de opdrachtgevers middels de bijdrage van Ballast Nedam aan de collectieve regeling van financiële claims van overheidsopdrachtgevers. In dat verband is de boete bij het bestreden besluit aanzienlijk verlaagd ten opzichte van de boete zoals die aanvankelijk, met

⁴⁷ De Rechtbank Rotterdam heeft in dit kader in haar uitspraak d.d. 18 juli 2007 in de zaak Giant Europe e.a. v. de Raad (MEDED 06/ 12, 06/ 26 en 06/ 28 WILD) overwogen, dat "[v]olgens vaste jurisprudentie, ook van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het HvJ, de rechter de hoogte van een opgelegde boete "vol" [dient] te toetsen. Dat wil zeggen dat de rechter ten volle beoordeelt of, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, onevenredigheid bestaat tussen de overtreding en de opgelegde boete. Deze norm ligt besloten in zowel artikel 3:4, tweede lid, van de Awb als in artikel 6 van het EVRM."

inachtneming van de algemene Richtsnoeren Boetetoemeting, bij besluit van 18 december met kenmerk 2873/334 was bepaald.

54. De stelling van Ballast Nedam dat vanuit het oogpunt van preventieve werking de boete voor haar overtreding in de onderhavige zaak volledig zou dienen te vervallen, gaat voorbij aan het feit dat het hier een afzonderlijke overtreding betreft, waarvoor een boete op zijn plaats is en blijft. Ook vanuit het oogpunt van zowel speciale als generale preventie is dat het geval. Dit geldt te meer nu in de onderhavige zaak sprake is van een voortdurend en besloten systeem van werkverdeling tussen de grootste spelers in de GWW-sector in Nederland met betrekking tot een aanzienlijk aantal projecten met grote economische waarde.

Conclusie

55. Gezien het voorgaande is de Raad van oordeel dat de aan Ballast Nedam in de onderhavige zaak opgelegde boete, in ieder geval na wijziging daarvan in de bestreden besluiten, alleszins redelijk is en niet disproportioneel. Dit geldt ook ten opzichte van de boetes die aan de andere deelnemers aan de overtreding in de onderhavige zaak zijn opgelegd en de boetes die in het kader van de 'schoon schip operatie' aan Ballast Nedam zijn opgelegd. Daarnaast bestaat er vanuit het oogpunt van preventie nog steeds alle reden om voor de overtreding in de onderhavige zaak een boete op te leggen.
56. Voorts heeft de Raad naar zijn oordeel in het bestreden besluit in afdoende mate rekening gehouden met de ontwikkelingen die zich na oplegging van het primaire besluit voordeden, door de boete die in dit besluit was opgelegd in die zin te wijzigen dat deze nagenoeg is gehalveerd.
57. Het bezwaar dient te worden verworpen.

Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- A) Verklaart de bezwaren tegen zijn besluit van 15 september 2006 met kenmerk 2873/501, ongegrond;
- B) Handhaaft de bij zijn besluit van 15 september 2006 met kenmerk 2873/501 opgelegde boete.

Datum: 18 december 2007

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze,
overeenkomstig het door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit genomen besluit,

w.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50 951, 3007 BM Rotterdam.