Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3938_519-25
Betreft zaak: B&U regulier

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit[1] als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

INLEIDING

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: 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 burgerlijke & utiliteitsbouw (hierna: B&U-sector). Naar aanleiding van deze onderzoeksactiviteiten, alsmede naar aanleiding van informatie die in het kader van de clementieregeling[2] bij de NMa is ingediend door een aantal ondernemingen, heeft de Raad van Bestuur van de NMa (hierna: de Raad) een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw laten opmaken (hierna: het Rapport[3]). Het Rapport is op 6 september 2005 vastgesteld en vervolgens naar 689 betrokken ondernemingen verzonden.

2. De in het Rapport omschreven overtredingen zijn begaan door ondernemingen. Deze ondernemingen kunnen bestaan uit één of meerdere rechtspersonen, die in concernrelatie tot elkaar staan en die ten aanzien van de betrokken overtredingen in mededingingsrechtelijke zin gezamenlijk als één onderneming moeten worden beschouwd.[4]

---

[1] Als rechtsopvolger van de d-g NMa, 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, Stcrt. 2005, 172.

[2] Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 6 juncto 56, 57 en 62 Mw, besluit van de d-g NMa van 28 juni 2002, Stcrt. 2002, nr. 122, p. 16, gew. Stcrt. 2004, nr. 82, p. 40.

[3] Zie bijlage 1 bij dit besluit.

[4] Vgl. GvEA, arrest van 15 juni 2005, gevoegde zaken T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, Carbon e.a. vs Cie, n.n.g., r.o. 54 en 60 en HvJ EG, arrest van 16 november 2000, Zaak C-286/98P, Stora, Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 27-29.

3. In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat de onderneming Bouwbedrijf Clabbers heeft deelgenomen aan afspraken en/of gedragingen in de B&U-sector in Nederland in de periode van januari 1998 tot en met december 2001, zoals uiteengezet in het Rapport. Bedoelde afspraken en/of gedragingen vormen een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG.

4. Ingevolge het Rapport bestaat de onderneming Bouwbedrijf Clabbers uit Bouwbedrijf Clabbers B.V. en alle werkmaatschappijen waarover deze rechtspersoon in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 volledige zeggenschap heeft gehad en die actief zijn in de B&U-sector (hierna tezamen aangeduid als 'de Onderneming'). Blijkens het Rapport maakt Bouwbedrijf Clabbers B.V. vanaf 4 april 2001 onderdeel uit van de onderneming Wijnen Bouwgroep Someren.[5]

ACHTERGROND OPTREDEN NMa

5. In december 2002 toonde de Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid zich in haar eindrapport geschokt door de omvang van de '*structurele kartelvorming, gefundeerd in ingenestelde gewoontes en de cultuur van de bouwnijverheid*.'[6] De enquêtecommissie constateerde dat het hoog tijd was '*om de ingesleten gewoontes uit te bannen en daadwerkelijk tot fundamentele veranderingen te komen*.'[7]

6. Op 19 februari 2004 startte de NMa het onderzoek in de B&U-sector. In het voorjaar van 2004 riepen de NMa en het Kabinet de bouwsector dringend op om schoon schip te maken. Het Kabinet riep de bouwbedrijven, die op enigerlei wijze betrokken waren bij verboden kartelpraktijken, op daartoe een clementieverzoek bij de NMa in te dienen voor 1 mei 2004.[8] In totaal hebben 473 bouwbedrijven, afkomstig uit verschillende delen van de bouwsector, gehoor gegeven aan deze oproep door vrijwillig voor 1 mei 2004 informatie over hun kartelgedrag - en de betrokkenheid daarbij van anderen - aan te leveren bij de NMa.[9] Het voorgaande verschafte de NMa veel informatie over mededingingsbeperkende praktijken in de bouw.

[5] Wijnen Bouwgroep Someren heeft bij besluit van 29 juni 2006 inzake zaaknummer 3938_616/20 in het kader van de versnelde procedure een boete gekregen van EUR 51.529,00. Hiertegen is geen bezwaar ingesteld.

[6] De bouw uit de schaduw, TK 2002-2003, 28 244, nrs. 5-6, p. 11.

[7] Idem noot 6, p. 12.

[8] Brief van de Ministers van EZ en Justitie van 20 februari 2004, TK 2004-2005, 28 244, nr. 64, p. 2.

[9] Brief van de Minister van EZ van 14 oktober 2004, TK 2004-2005, 28 244, nr. 85.

VERLOOP PROCEDURE IN DEZE ZAAK

7. De NMa heeft de Onderneming het Rapport toegezonden waarin uiteengezet is op basis van welke feiten en omstandigheden de NMa het vermoeden heeft dat de Onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG. In een begeleidende brief is aangekondigd dat de Onderneming in een sanctieprocedure wordt betrokken. De NMa heeft hierbij aan de Onderneming de keuze gelaten deel te nemen aan hetzij de versnelde procedure hetzij de reguliere procedure, zoals normaliter volgend op een Rapport ex artikel 59 Mw. De Onderneming heeft aan de NMa kenbaar gemaakt deel te willen nemen aan de reguliere sanctieprocedure. Om die reden heeft de NMa de reguliere sanctieprocedure gestart. Overeenkomstig de artikelen 59 tot en met 61 Mw heeft de NMa toepassing gegeven aan de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke & utiliteitsbouw (hierna: de Boetebekendmaking).[10]

8. De NMa heeft conform de artikelen 59 tot en met 61 Mw de op de zaak betrekking hebbende stukken die ten grondslag liggen aan het opstellen van het Rapport met ingang van 1 mei 2006 gedurende zes weken ter inzage gelegd ten kantore van de NMa. Van deze op de zaak betrekking hebbende stukken zijn de stukken waarin de Onderneming is genoemd in verband met haar vermoedelijke deelname aan de overtreding aan de Onderneming verzonden (hierna: het individuele bewijsdossier).

9. De Onderneming is in de gelegenheid gesteld mondeling en/of schriftelijk haar zienswijze op het Rapport te geven. De Onderneming heeft van één van deze mogelijkheden gebruik gemaakt door per brief van 8 juni 2006 haar zienswijze naar voren te brengen.

10. Er is opgave gedaan van de aanbestedingsomzet 2001 zoals bedoeld in de Boetebekendmaking.

[10] Bekendmaking van 6 september 2005, Stcrt. 2005, nr. 172, p. 12. Rectificatie van 12 oktober 2005, Stcrt 2005 nr. 198, p. 22.

DE FEITEN

11. Dit besluit is gebaseerd op het Rapport, dat als bijlage aan dit besluit is gehecht en integraal deel uitmaakt van dit besluit. Hierna volgt een toelichting en/of aanvulling op het feitencomplex zoals dit is opgenomen in het Rapport.

Het systeem van vooroverleg

12. Uit de diverse verklaringen van clementieverzoekers, tevens bedrijven die in de B&U-sector werkzaam zijn, blijkt dat in de B&U-sector in Nederland in de periode van 1998 tot en met 2001, sprake was van vooroverleggen en afspraken, waarbij een groot aantal ondernemingen betrokken was en die verband hielden met elkaar en één voortdurend systeem vormden van afstemming van het inschrijfgedrag en het vaststellen van een rekenvergoeding voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken.[11] Aldus was sprake van een landelijk dekkend systeem van vooroverleg in de B&U-sector in Nederland in de periode van 1998 tot en met 2001.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van het systeem van vooroverleg

13. De Onderneming betwist ongemotiveerd het bestaan van een systeem van vooroverleg.

Beoordeling zienswijze door de Raad

14. De Onderneming heeft haar zienswijze niet feitelijk onderbouwd. Bij gebreke van een feitelijke onderbouwing gaat de Raad uit van het bestaan van een systeem van vooroverleg zoals omschreven in het Rapport.

Deelname aan het systeem van vooroverleg

15. Gegeven het bestaan van een landelijk dekkend systeem van vooroverleg, heeft de NMa onderzocht ten aanzien van welke ondernemingen kan worden vastgesteld dat zij hebben deelgenomen aan dat systeem. In de onderzoeksfase is uitgegaan van de in het Rapport omschreven 2+2 bewijsregel.[12] Op basis daarvan is de Onderneming als

[11] Rapport randnrs. 40-91 (mechanisme van vooroverleg), randnrs. 137-153 (duur en geografisch gebied).

[12] Zie randnr. 135 van het Rapport. De 2+2 bewijsregel houdt, kort gezegd, in dat deelname van een onderneming aan het systeem van vooroverleg is vastgesteld indien ten minste twee clementieverzoekers hebben verklaard dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen (eerste twee), en deze verklaringen worden bevestigd door ten minste twee schriftelijke bewijsstukken (tweede twee). Deze bevestiging kan volgen uit schriftelijke bewijsstukken afkomstig van ten minste twee clementieverzoekers ten aanzien van ten minste één project (≥ 2 clementieverzoekers, ≥ 1 project) of kan volgen uit

vermoedelijke deelnemer aan het systeem van vooroverleg in de procedure betrokken. In de sanctiefase heeft de Raad, in de context van de afgelegde verklaringen over het systeem van vooroverleg en de ingebrachte mondelinge en schriftelijke zienswijzen, de nodige kennis vergaard omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. In dat kader heeft de Raad tevens de stukken in het individuele bewijsdossier beoordeeld.

16. De Raad acht van belang dat ten minste twee clementieverzoekers onafhankelijk van elkaar hebben verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. Deze verklaringen worden ondersteund door verschillende stukken die zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier, die betrekking hebben op ten minste vier projecten. Op basis van deze ter inzage gelegde bewijsstukken, die in onderlinge samenhang zijn bezien, en met inachtneming van de zienswijze van de Onderneming, stelt de Raad vast dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg zoals hiervoor bedoeld.

17. De Raad baseert zich hierbij onder meer op de volgende stukken die betrekking hebben op vooroverleg voorafgaande aan de aanbesteding van de volgende projecten.

18. Het individuele bewijsdossier bevat verscheidene pagina's die afkomstig zijn van Koninklijke BAM Groep N.V. Een van deze stukken betreft het project '**Winkelcentrum + woningen Gemert**'.[13] De naam '**Clabbers Horst**' is vermeld met het bedrag '**7.289.000**'. Zes andere ondernemingen zijn vermeld. Als '**vergoeding**' is '**7x 25.000**' vermeld.

19. Op een ander bewijsstuk, eveneens afkomstig van Koninklijke BAM Groep N.V., is de naam '**Clabbers Horst**' tweemaal vermeld.[14] Het stuk betreft een '**Clearing NvE Eindhoven 1-12-2000**'.[15] Bij '**Clabbers Horst**' zijn de projecten '**Leolux Blerick**' en '**v Rensch Horst**' vermeld. In de kolom '**Ontvangen**' zijn als bedragen '**15.000**' en '**7500**' vermeld.

20. Het individuele bewijsdossier bevat een overzicht afkomstig van Aannemingsmaatschappij Welling-JTC B.V.[16] Aannemingsmaatschappij Welling-JTC B.V. heeft verklaard dat de Onderneming betrokken is geweest bij vooroverleg ten aanzien van het project '**Nieuwbouw basisschool de Tovercirkel**' te '**Malden**', met besteknummer '**10406-18FE**', en met aanbestedingsdatum '**19-02-98**'. De naam

---

schriftelijke bewijsstukken afkomstig van ten minste één clementieverzoeker ten aanzien van ten minste twee (verschillende) projecten (≥ 1 clementieverzoeker, ≥ 2 projecten).

[13] Bewijsstuk met paginanummer 39510100000414.

[14] Bewijsstuk met paginanummer 39510100000040.

[15] Bewijsstuk met paginanummer 39510100000038.

[16] Bewijsstuk behorend tot nummer 3938_106/10.

'**Clabbers Bouwbedr., Horst'** is vermeld als één van de betrokken ondernemingen.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van deelname aan het systeem van vooroverleg

21. De Onderneming stelt dat haar deelname aan het systeem van vooroverleg niet, althans onvoldoende, is aangetoond. De Onderneming stelt dat geen sprake is van een structurele deelname.

Beoordeling zienswijze door de Raad

22. Allereerst merkt de Raad op dat, zoals hiervóór en ook in het Rapport is uiteengezet, sprake was van een landelijk dekkend systeem van vooroverleg in de B&U-sector in Nederland in de periode van 1998 tot en met 2001. Gemeenschappelijk doel van dit systeem betrof het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland. Dit systeem is in het Rapport gekwalificeerd als een voortdurende inbreuk op de mededingingsregels.

23. De Raad merkt in dit verband op dat gedragingen die de mededinging verstoren, doorgaans clandestien worden verricht met een beperkte documentatie.[17] In het algemeen worden ten bewijze van een inbreukgedraging slechts weinig stukken ontdekt waaruit de inbreukgedraging met zoveel woorden blijkt. Stukken zoals bijvoorbeeld notulen van een vergadering zullen gewoonlijk slechts sporadisch worden gevonden en zullen bovendien noodzakelijkerwijs fragmentarisch zijn, zodat details vaak via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst derhalve worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen, die in hun totaliteit beschouwd bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.

24. In dit geval hebben ten minste twee clementieverzoekers verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. De stukken waarop clementieverzoekers de namen van deelnemende ondernemingen hebben genoemd, maken deel uit van de clementieverzoeken en zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier. Deze verklaringen worden ondersteund door bewijsstukken die zien op ten minste vier projecten, waarvan een aantal hiervoor is besproken, die eveneens deel

[17] HvJ EG 7 januari 2004, gev. Zaken C-204/OOP ea, randnrs. 55-57; zie ook: besluit op bezwaar Raad van Bestuur zaaknr. 3689, randnr. 53 en conclusie A-G van 8 december 2005 zaak C-113/04, randnr. 40.

uitmaken van de clementieverzoeken en zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier.

25. Dat de Onderneming, naar zij stelt, niet op structurele basis zou hebben deelgenomen, doet niet af aan de vaststelling dat voldoende is aangetoond dat zij heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg in de B&U-sector, waarmee zij een bijdrage heeft geleverd aan (de instandhouding van) het systeem. Gesteld noch gebleken is dat de Onderneming zich daadwerkelijk publiekelijk heeft gedistantieerd van het systeem van vooroverleg met alle onderlinge (financiële) rechten en verplichtingen die daaruit voortvloeien.[18]

Conclusie

26. Het vorengaande leidt tot de conclusie dat de Onderneming in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het afstemmen van inschrijfgedrag en het vaststellen van een rekenvergoeding voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland en daarmee een bijdrage heeft geleverd aan de instandhouding van dit systeem.

JURIDISCHE KWALIFICATIE VAN DE FEITEN / CONCLUSIE

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van de juridische kwalificatie van de feiten

27. De Onderneming stelt dat het systeem van vooroverleg de mededinging niet heeft beperkt. Daartoe voert de Onderneming aan dat de invloed van het systeem minder ingrijpend was dan in het Rapport omschreven. Zij wijst erop dat het doel van vooroverleg slechts het verkrijgen van een rekenvergoeding was. De Onderneming stelt dat geen afstemming plaatsvond omtrent de laagste inschrijver. Zij voert aan nooit enige financiële rekenvergoeding te hebben ontvangen.

Beoordeling zienswijze door de Raad

28. De Onderneming onderbouwt haar standpunt onder meer door op het doel te wijzen van het in het Rapport omschreven vooroverleg, te weten het verkrijgen van een rekenvergoeding voor verrichte werkzaamheden. Daarmee erkent zij naar het oordeel

[18] GvEA van 8 juli 2004, gev. zaken T-67/00, T-68/00 en -71/00, Naadloze stalen buizen en pijpen, n.n.g., r.o. 327.

van de Raad het bestaan en de inhoud ervan. Dat hierdoor sprake is van een ernstige beperking van de mededinging is reeds naar voren gekomen in het Rapport.

29. Zoals uit het Rapport verder blijkt, vond het litigieuze vooroverleg plaats voorafgaand aan aanbestedingen. Kenmerkend voor alle vormen van aanbesteding is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Dit stelt de aanbestedende partij in staat om de meest efficiënte 'inkoop' te doen voor de uitvoering van een bepaald werk. De beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders komt tot uitdrukking in de verschillende aanbiedingen waartoe de gegadigden elk zelfstandig zijn gekomen. Dit 'model' veronderstelt dat de aanbieders in de fase vóór de indiening van de offerte onderling geen contact hebben over de betreffende opdracht, en - met name - niet over de parameters waarop de individuele aanbieders bij de inschrijving onderling concurreren, zoals het inschrijfcijfer, onderliggende calculaties, en in voorkomende gevallen bijvoorbeeld ook het ontwerp. Het is evident dat de werking van de aanbesteding ernstig wordt verstoord, indien aanbieders door onderlinge afstemming in de fase vóórafgaande aan de inschrijving de uitslag van de aanbesteding sturen en aldus de mededinging beperken. De onderlinge concurrentie, die juist kenmerkend is voor een aanbesteding, wordt op die manier teniet gedaan, althans aanzienlijk beperkt.[19]

30. Daarnaast wijst de Raad erop dat ook het enkel afspreken van een rekenvergoeding de mededinging verstoort. Met het afspreken van een rekenvergoeding wordt *aan een concurrent* een vergoeding gegeven voor de gemaakte calculatiekosten. De risico's die zijn verbonden aan het inschrijven op een aanbesteding, te weten wel de kosten van een offerte maar niet het verkrijgen van de opdracht, worden uitgeschakeld dan wel tenminste verminderd. In een situatie van werkzame concurrentieverhoudingen gebeurt dit niet en bepalen ondernemingen zelfstandig hun marktgedrag. Dat er naar eigen zeggen van de Onderneming geen werkverdelingsafspraken zijn gemaakt doet hier niet aan af.

31. Ten slotte wijst de Raad erop dat het voor de vaststelling van de overtreding en het opleggen van de boete niet van belang is of de Onderneming daadwerkelijk heeft geprofiteerd van de overtreding.[20]

[19] Randnummers 22 en 23 Rapport.

[20] HvJEG, gev. zaken 96/82 e.a. (I.A.Z./Commissie), Jur. 1983, p. 3369, TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

Conclusie

32. De Raad stelt vast dat de gedragingen zoals hiervoor omschreven ertoe strekken de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen en als zodanig één voortgezette inbreuk op artikel 6 Mw en artikel 81 EG vormen.

SANCTIE

33. De Raad is van oordeel dat wegens de hiervoor vastgestelde overtreding een boete ingevolge artikel 56 Mw op zijn plaats is.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van de bevoegdheid tot opleggen van een sanctie

34. De Onderneming stelt dat de bevoegdheid van de Raad om een boete op te leggen is vervallen omdat de overtreding meer dan vijf jaar geleden zou zijn begaan. Onder verwijzing naar pagina 32 van het Rapport stelt de Onderneming bovendien dat het voortgezette karakter van de inbreuk '**kennelijk**' alleen gericht is op algemene sanctieoplegging zonder verfijning naar concrete deelname en met terzijde stelling van artikel 57 en 64 Mw. De Onderneming is van mening dat voor sanctieoplegging concreet bewijs van deelname '**na juni 2001**' sprake moet zijn.

Beoordeling zienswijze door de Raad

35. Op grond van artikel 64 Mw vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 56, eerste lid, Mw vijf jaar nadat de overtreding is begaan. Bij voortdurende inbreuken begint de termijn pas te lopen als de overtreding is beëindigd.[21]

36. Vast is komen te staan dat de Onderneming in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 heeft deelgenomen aan één voortgezette inbreuk op artikel 6 Mw en artikel 81 EG. De Onderneming heeft immers in die periode noch publiekelijk afstand genomen van deelname aan het systeem noch haar activiteiten in de B&U-sector beëindigd. In tegenstelling tot hetgeen de Onderneming kennelijk veronderstelt is niet de datum van het laatste vooroverleg waaraan zij heeft deelgenomen bepalend voor het eindigen van haar deelname aan de overtreding. Hiermee miskent de Onderneming dat sprake is van deelname aan een *voortdurende* inbreuk, zoals uiteengezet in met name randnummers 168 tot en met 180 van het Rapport. Op het moment van de

[21] Kamerstukken II, 1995/96, 24707, nr. 3 (MvT), p. 93.

ondertekening van dit besluit was de termijn zoals genoemd in artikel 64 Mw nog niet verstreken. Op dat moment was de Raad derhalve bevoegd tot het opleggen van een sanctie.

37. Deze zienswijze dient derhalve te worden verworpen.

Toerekening

38. Onder het regime van het Nederlandse en communautaire mededingingsrecht zijn het ondernemingen die een overtreding van de materiële mededingingsregels kunnen begaan. De Raad kan ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw en de artikelen 88 en 89 Mw bij een overtreding van respectievelijk artikel 6 Mw en artikel 81 EG, een boete opleggen aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend.

39. In het onderhavige geval is de overtreding begaan door de Onderneming genoemd in randnummer 3 van dit besluit. De overtreding wordt toegerekend aan de met name genoemde rechtspersoon in randnummer 4 van dit besluit.

Boetesystematiek

40. Voor de vaststelling van de hoogte van de boete hanteert de Raad de Boetebekendmaking. In de Boetebekendmaking heeft de Raad gekozen voor een boetesystematiek die aansluit bij de geconstateerde overtreding. De boete wordt gebaseerd op de aanbestedingsomzet van de Onderneming. Voor de bepaling van de hoogte van de boete wordt de aanbestedingsomzet van één jaar in aanmerking genomen. Als ijkjaar is daarbij voor 2001 gekozen. Dit jaar kan redelijkerwijs als representatief worden beschouwd. Verder houdt het jaar 2001 direct verband met de overtreding, aangezien de verboden praktijken in dit jaar nog volop voorkwamen en aangezien dit jaar het meest recente jaar van de overtreding betreft.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van de boetesystematiek

41. Het boetesysteem gebaseerd op de aanbestedingsomzet 2001 acht de Onderneming onaanvaardbaar. De Onderneming stelt dat het Rapport geen enkel onderscheid maakt naar de gestelde mate van betrokkenheid. Volgens de Onderneming komt dit onderscheid ook niet tot uitdrukking in de gehanteerde boetegrondslag (aanbestedingsomzet 2001).

Beoordeling zienswijze door de Raad

42. Alle ondernemingen waarvan deelname aan het systeem van vooroverleg is komen vast te staan, hebben bijgedragen aan (de instandhouding van) dat systeem en worden op gelijke wijze beboet. De NMa heeft bij de toepassing van de discretionaire sanctiebevoegdheid gekozen voor een op bedoelde overtreding eenvoudig en eenduidig toepasbaar boetesysteem dat is vastgelegd in de Boetebekendmaking. Daarmee is afgeweken van het algemene boetebeleid zoals vastgelegd in de Richtsnoeren boetetoemeting[22] dat is toegesneden op individuele kartels, waarin een directe relatie wordt gelegd tussen de verboden aanbestedingsafspraak ten aanzien van één of meerdere bepaalde transacties of projecten en de daaruit behaalde omzet. In plaats daarvan is in deze zaak en vergelijkbare zaken in de B&U-sector gekozen voor een nader te bepalen percentage van de aanbestedingsomzet in de betreffende deelsector over één jaar van de vier jaar durende overtreding (2001). De Raad is van oordeel dat hiermee is bijgedragen aan een effectieve handhaving van de Mededingingswet gericht op specifieke preventie ten aanzien van de Onderneming en algemene preventie ten aanzien van de gehele bouwsector om een daadwerkelijke cultuuromslag te bewerkstelligen. Het geldend wettelijk kader, waaronder uitdrukkelijk de discretionaire bevoegdheid ex artikel 56 Mw, en de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting, biedt ruimte voor een dergelijke specifieke aanpak.

43. De mate van betrokkenheid van de individuele onderneming is in zijn algemeenheid tot uitdrukking gekomen in de gekozen boetegrondslag (aanbestedingsomzet 2001). Hoe lager de aanbestedingsomzet 2001, des te geringer de deelname en bijdrage van de betreffende onderneming aan (de instandhouding van) dit systeem. Aldus bezien komt de mate van betrokkenheid voldoende tot uitdrukking in de gekozen boetegrondslag.

44. Deze zienswijze dient derhalve te worden verworpen.

Toepassing van de Boetebekendmaking

Boetegrondslag

45. Conform randnummer 13 van de Boetebekendmaking en op basis van de door de Onderneming overgelegde stukken wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op EUR 1.036.912,00.

[22] Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge art. 57 van de Mededingingswet, besluit van de d-g NMa van 19 februari 2001, Stcrt. 21 december 2001, 248, p. 90 zie ook: www.nmanet.nl.

46. Aangezien Bouwbedrijf Clabbers B.V. na 4 april 2001 deel is gaan uitmaken van een andere, in het rapport genoemde, onderneming (Wijnen Bouwgroep Someren), is de aanbestedingsomzet 2001 naar rato – in verhouding tot de totale periode van de overtreding – meegenomen in de boetegrondslag en daarmee de bruto-boete voor de Onderneming.

47. De Raad overweegt dat niet, zoals in het Rapport gesteld, bij (vrijwel) alle aanbestedingen in de B&U-sector in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt. Dit is voor de Raad aanleiding het boetepercentage niet vast te stellen op het maximum van 12%, zoals genoemd in de Boetebekendmaking, maar op 10%. Hierbij neemt de Raad mede het verschil van de overtredingen in de B&U-sector ten opzichte van de andere sectoren in de bouw in aanmerking. In zijn besluiten met betrekking tot de Grond-, Wegen- en Waterbouwsector en de Installatiesector heeft de Raad vastgesteld dat sprake is van het onderling verdelen van werken en het afstemmen van het inschrijfgedrag, terwijl in de B&U-sector als overtreding het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van het inschrijfgedrag is vastgesteld.

48. Gelet op het voorgaande gaat de Raad ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag van EUR 103.691,00 (hierna: de bruto-boete).

Boeteverhogende omstandigheden

49. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverhogende omstandigheden, waarvan in dit geval niet is gebleken. De Raad neemt in deze procedure dan ook geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.

Boeteverlagende omstandigheden

50. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverlagende omstandigheden.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van boeteverlagende omstandigheden

51. De Onderneming stelt dat zij in dit verband ook in aanmerking komt voor de 15% boetevermindering die aan alle deelnemers van de zogenaamde versnelde procedure is verleend. De Onderneming wijst er voorts op dat zij andere ondernemingen niet heeft aangezet tot deelname aan het systeem van vooroverleg.

Beoordeling van de zienswijze door de Raad

52. Ten aanzien van de zienswijze dat de Onderneming ook in aanmerking zou komen voor de 15% boetevermindering die aan deelnemers van de versnelde procedure is verleend, overweegt de Raad als volgt. De Raad stelt vast dat de Onderneming heeft afgezien van deelname aan de versnelde procedure. De Onderneming heeft niet voldaan aan de vooraf bekendgemaakte voorwaarden om te kunnen deelnemen aan de versnelde procedure. Zo ziet een onderneming die deelneemt aan de versnelde procedure onder meer af van het recht om zelf het individuele bewijsdossier in te zien. Ook ziet zij van de mogelijkheid af om de feiten en essentie van het Rapport aan te vechten. De Onderneming heeft aan al deze voorwaarden niet voldaan. Dit betekent naar het oordeel van de Raad dat de Onderneming dan ook niet in aanmerking komt voor een boetevermindering van 15%.

53. Evenmin vormt het feit dat de Onderneming andere ondernemingen niet heeft aangezet tot deelname aan het systeem van vooroverleg een boeteverminderende omstandigheid. Zoals hiervoor uiteengezet, heeft de Raad vastgesteld dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. Zelfs zonder actieve bijdrage, wat daar ook van zij, heeft de Onderneming bijgedragen aan de instandhouding van dit systeem. De Raad ziet daarin dan ook geen aanleiding om de boete te verminderen.

54. De Raad neemt in de onderhavige zaak voor het overige geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.

Boeteberekening

55. Het vorenstaande leidt tot een boete van: EUR 103.691,00.

56. De Raad is van oordeel dat de boete evenredig is in verhouding tot de met het gevoerde boetebeleid te dienen doelen en overigens ook billijk is.

BESLUIT

De Raad legt een boete op van EUR 103.691,00 aan Bouwbedrijf Clabbers B.V., gevestigd te Horst.

Dit besluit richt zich tot bovengenoemde rechtspersoon.

Datum: 25 oktober 2006

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

W.g.
P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, DEN HAAG.