Advies in de zaak 3938_519, Bouwbedrijf Clabbers B.V.

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof. mr J.H. Jans (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn (secretaris) en mr R.J. Hekket.

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 25 oktober 2006 in zaaknummer 3938_519 (hierna: het besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat Bouwbedrijf Clabbers B.V. (hierna: Clabbers) inbreuk heeft gemaakt op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81, eerste lid, EG.[1]

2. Op grond van de vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG heeft de Raad een boete opgelegd aan Clabbers.

3. Tegen het besluit werd op 1 december 2006 een bezwaarschrift ingediend.[2]

4. Bij brief van 7 mei 2007 werd aan de partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 19 juni 2007 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).

5. Bij brief van 6 juni 2007 heeft Clabbers aangegeven af te zien van het recht te worden gehoord.[3]

2. Besluit

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

3. Bezwaren en beoordeling

Deelname aan de overtreding

7. Clabbers voert een bewijsverweer.[4]

<u>Beoordeling</u>

8. Allereerst wenst de Adviescommissie de Raad in overweging te geven het betoog van de Raad zoals geformuleerd in de zienswijze, voor zover de in de zienswijze gegeven overwegingen niet voldoende verwoord zijn in het besluit, in het besluit op bezwaar op te nemen, teneinde de bewijsvoering voor bezwaarde nader te specificeren en daarmee voor bezwaarde inzichtelijker te maken.

9. Zij interpreteert het bezwaar van Clabbers mede als een bezwaar tegen de zgn. “2+2” bewijsregel. Daarnaast ziet het bezwaar op de beoordeling van het concrete bewijs van deelname aan de algemene structuur van verboden vooroverleg in het geval van Clabbers. Clabbers stelt daarnaast dat de door de Raad aangevoerde bewijsvoering niet zou aantonen dat de onderneming heeft deelgenomen aan verboden vooroverleg.

[1] Prismanummer 3938_519/20.
[2] Prismanummer 3938_519/23.
[3] Prismanummer 3938_519/32.
[4] Pagina’s 1 en 2 van het bezwaarschrift.

10. De Adviescommissie kan Clabbers in dit betoog niet volgen. Blijkens het dossier staat vast dat er in de periode 1998-2001 sprake was van een algemene structuur van verboden vooroverleg. Op grond van de vrije bewijsleer heeft de NMa beleid gevormd om te bepalen in hoeverre individuele ondernemingen aan die structuur hebben deelgenomen. De “2+2”-regel maakt hier deel van uit. Het voldoen aan de “2+2”-regel maakt het aannemelijk dat de onderneming aan de algemene structuur van verboden vooroverleg heeft deelgenomen, behoudens tegenbewijs.

11. Het bezwaar tegen de “2+2”-regel dient te worden verworpen.

12. De Adviescommissie heeft bovendien kennisgenomen van de overwegingen van de Raad in het besluit[5] en de zienswijze[6] op grond waarvan de Raad concludeert tot deelname van Clabbers aan de algemene structuur van verboden vooroverleg.

13. Deze overwegingen en de zienswijze versterken, naar het oordeel van de Adviescommissie, de aannemelijkheid dat de onderneming heeft deelgenomen aan de algemene structuur van verboden vooroverleg.

14. Vervolgens dient te worden beoordeeld of Clabbers in het leveren van voldoende tegenbewijs is geslaagd. Naar de mening van de Adviescommissie is dit niet het geval, nu het betoog van Clabbers in wezen bestaat uit de enkele ontkenning aan de projecten opgenomen in het bewijsdossier, te hebben deelgenomen. De bewijsvoering zoals opgenomen in het besluit kan daarmee de slotsom dragen dat Clabbers de artikelen 6 Mw en 81 EG heeft overtreden.

15. De bezwaren dienen derhalve te worden verworpen.

Verjaring

16. Clabbers stelt dat de gedragingen zijn verjaard.[7]

Beoordeling

17. In het besluit stelt de Raad vast dat de overtreding tot en met 31 december 2001 heeft geduurd.[8] Tot aan de datum van het besluit van 25 oktober 2006 zijn geen vijf jaren verstreken.

18. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Ijkjaar / boetegrondslag / hoogte boete

19. Clabbers maakt bezwaar tegen de boetesystematiek van de Raad, daar deze tot willekeurige boeteoplegging zou leiden.[9] Clabbers maakt tevens bezwaar tegen het hanteren van het ijkjaar 2001. Clabbers meent daarnaast dat de Raad maximaal 3/12 van de Aanbestedingsomzet 2001 had mogen hanteren, daar Clabbers vanaf 4 april 2001 tot een andere onderneming is gaan behoren.

Beoordeling

[5] Zie de randnummers 15-20 van het besluit.
[6] Zie de randnummers 50-60 van de zienswijze.
[7] Pagina 3 van het bezwaarschrift.
[8] Zie ook randnummer 10 van dit advies.
[9] Pagina’s 4 en 5 van het bezwaarschrift.

20. Voor het slagen van dit bezwaar dient Clabbers aan te tonen dat de Raad bij het vaststellen van de Aanbestedingsomzet 2001 zijn beleidsruimte zou hebben overschreden.

21. Ten aanzien van het overschrijden van de beleidsruimte is de Adviescommissie van oordeel dat de bezwaren onvoldoende zijn geadstueerd, nu de bezwaren uitsluitend een suggestie vormen hoe de Raad de Aanbestedingsomzet 2001 op andere wijze had kunnen definiëren. Niet aanwezig in dat betoog zijn echter argumenten die aantonen dat de Raad niet tot de huidige definitie had mogen komen. Dat een andere definitie andere boetes had opgeleverd, is voor de Adviescommissie onvoldoende grond om te oordelen dat de Raad onzorgvuldig te werk is gegaan, dan wel zijn beleidsruimte heeft overschreden.

22. Ten aanzien van het ijkjaarverweer heeft Clabbers geen nadere stukken aangaande Aanbestedingsomzet in de andere jaren van de overtreding overgelegd, waardoor dit bezwaar niet kan worden beoordeeld.

23. De Adviescommissie is van mening dat de overname van Clabbers per 4 april 2001 op een juiste wijze in de boete is verdisconteerd, nu de Raad deze op 39/48^{e} deel heeft vastgesteld, d.w.z. voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 maart 2001.[10]

24. De bezwaren dienen derhalve te worden verworpen.

Korting versnelde procedure

25. Clabbers acht het onredelijk dat haar de 15% korting behorende bij deelname aan de versnelde procedure is onthouden, ook al heeft zij de reguliere procedure doorlopen. Van Clabbers mocht namelijk in haar specifieke geval niet gevergd worden dat zij afstand zou doen van het recht op inzage in het individuele bewijsdossier, nu de huidige directie over de gedragingen van Clabbers vóór 4 april 2001 niet op de hoogte was. De partij die Clabbers per 4 april 2001 heeft verkocht aan de huidige eigenaar van Clabbers heeft een garantie gegeven dat in de periode voordien niet in strijd met de Mededingingswet is gehandeld.[11]

Beoordeling

26. De Adviescommissie is van oordeel dat de omstandigheid dat Clabbers is verkocht met de garantie dat Clabbers de Mededingingswet niet zou hebben overtreden voor de behandeling van het bezwaar relevantie mist, daar de garantie enkel tussen de verkopende en de kopende partij een rol speelt.

27. Voor het overige stelt de Adviescommissie vast dat Clabbers om inzage in het individuele bewijsdossier heeft verzocht en ook daadwerkelijk inzage daarin heeft gekregen. Derhalve is de Adviescommissie van oordeel dat Clabbers thans niet met succes een korting kan vorderen die mede voortvloeit uit het afzien van het recht op inzage.

28. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.

Slotoverweging

[10] Zie rn. 70 van de zienswijze van de Raad.
[11] Pagina 6 van het bezwaarschrift.

29. 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.

4. Slotsom en Advies

30. De bezwaren dienen te worden verworpen in voege als voormeld.

W.g.
Prof. mr J.H. Jans
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 3938_519
Voorzitter

W.g.
dr J.F. Appeldoorn
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 3938_519
Secretaris

-/-