

BESLUIT

Nummer **3938_807-37**

Betreft zaak: **B&U**

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit¹ 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 clementieregeling² 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 Rapport³). 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

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.

mededingingsrechtelijke zin gezamenlijk als één onderneming moeten worden beschouwd.⁴

3. In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat de onderneming Bouwbedrijf de Vries en Verburg 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 de Vries en Verburg uit Bouwbedrijf De Vries en Verburg 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 aangeduid als 'de Onderneming').

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.*'⁵ De enquêtecommissie constateerde dat het hoog tijd was '*om de ingesleten gewoontes uit te bannen en daadwerkelijk tot fundamentele veranderingen te komen.*'⁶
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 2004.⁷ 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.⁸ Het voorgaande verschafte de NMa veel informatie over mededingingsbeperkende praktijken in de bouw.

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.

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

⁶ Idem noot 5, p. 12.

⁷ Brief van de Ministers van EZ en Justitie van 20 februari 2004, TK 2004-2005, 28 244, nr. 64, p. 2.

⁸ 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).⁹
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 deze mogelijkheden gebruik gemaakt door per brief van 15 juni 2006 haar zienswijze naar voren te brengen. De Onderneming heeft daarnaast op de hoorzitting van 3 juli 2006 mondeling haar zienswijze naar voren gebracht. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 31 augustus 2006 aan de Onderneming is verzonden.
10. De Onderneming heeft opgave gedaan van haar aanbestedingsomzet 2001 zoals bedoeld in de Boetebekendmaking.

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

⁹ Bekendmaking van 6 september 2005, Stcrt. 2005, nr. 172, p. 12. Rectificatie van 12 oktober 2005, Stcrt 2005 nr. 198, p. 22.

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.¹⁰ 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.
13. De Onderneming heeft het bestaan van het systeem van vooroverleg niet betwist. Onder verwijzing naar de onderbouwing in het Rapport gaat de Raad van het bestaan van dit systeem uit.

Deelname aan het systeem van vooroverleg

14. 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.¹¹
15. Op basis daarvan is de Onderneming als 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.

¹⁰ Rapport randnrs. 40-91 (mechanisme van vooroverleg), randnrs. 137-153 (duur en geografisch gebied).

¹¹ 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 tenminste 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 tenminste twee clementieverzoekers ten aanzien van tenminste één project (2 clementieverzoekers, 1 project) of kan volgen uit schriftelijke bewijsstukken afkomstig van tenminste één clementieverzoeker ten aanzien van ten minste twee (verschillende) projecten (1 clementieverzoeker, 2 projecten).

16. De Raad acht van belang dat tenminste zes clementieverzoekers onafhankelijk van elkaar hebben verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. Deze verklaringen zijn bevestigd en worden ondersteund door verschillende stukken die zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier, die betrekking hebben op zeven projecten. Op basis van deze ter inzage gelegde bewijsstukken, die in onderlinge samenhang zijn gezien 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. Clementieverzoeker Beheermaatschappij Smits Zoetermeer B.V. heeft in een meldingsformulier verklaard dat op 9 februari 2000 ten aanzien van het project '*Nieuwbouw kantoor Rorema groep te Leidschendam*' tussen een aantal nader aangeduide ondernemingen, waaronder '*De Vries en Verburg*', vooroverleg heeft plaatsgevonden ter vaststelling van de rechthebbende en een rekenvergoeding. Zij heeft daarbij een handgeschreven overzicht overgelegd, waarin onder de naam van voormeld project onder meer de namen van de betrokken ondernemingen en '*RV 4 x 25.000*' is aangegeven.
19. Op een door clementieverzoeker TBI Bouwgroep B.V. overgelegde lijst van aanbestedingsafspraken is achter het project '*Hal Waddinxveen*' als aanbestedingsdatum '*04.05.01*' vermeld en als opdrachtgever '*Dammes Laban Onroerend Goed*'. Voorts is als laagste aannemer '*De Vries en Verburg*' genoemd en als één van de betrokken ondernemers '*Ballast Nedam*'. In de kolom '*afpraak per inschr.*' staat het bedrag '*35.000*' vermeld. Op een eveneens door TBI Bouwgroep B.V. overgelegd verrekeningsoverzicht is achter de naam '*De Vries en Verburg*' onder meer het hier bedoelde project en voormeld bedrag vermeld. Op een van clementieverzoeker Ballast Nedam N.V. afkomstig overzicht van projecten waarbij afspraken zijn gemaakt, is achter het project '*Damas Laban*' de datum '*17-05-01*' en de naam '*De Vries en Verburg*' vermeld. Verder is aangegeven '*Rekenvergoeding*' en '*fl. 35.000*'.
20. Op voormelde, door clementieverzoeker TBI Bouwgroep B.V. overgelegde lijst van aanbestedingsafspraken, is achter het project '*Pelmolenlaan*' te '*Woerden*' de aanbestedingsdatum '*20.02.98*', de opdrachtgever, de aanneemsom en de aannemer van het project vermeld. In de kolom '*betrokken ondernemers*' wordt onder meer '*De Vries en Verburg*' genoemd.

21. Clementieverzoeker Koninklijke Aannemingmaatschappij Van Waning B.V. heeft in een meldingsformulier verklaard dat in april 2001 tussen 'De Vries & Verburg' en haarzelf ten aanzien van het project '*Dekker Tankopslag BV: bouw 3 tankpark te Ouderkerk a/d IJssel*' met besteknummer '2010' afspraken zijn gemaakt over de verschuldigdheid van '*opzetgeld*' aan de onderneming die het werk niet zou verkrijgen.
22. In een door clementieverzoeker 'Van Wijnen Holding B.V.' overgelegd handgeschreven verrekeningsoverzicht is onder de naam 'Vries & Verburg' bij het project 'De Stolk' te 'Stolwijk' de datum '7-12-98' en het bedrag '+ 10.000,-' vermeld. Bij het project 'Rabo's Vlist' is de datum '9-6-00' en het bedrag '-20.000,-' vermeld.
23. In een door clementieverzoeker Aannemersbedrijf P. van Leeuwen B.V. overgelegd overzicht van projecten waarbij afspraken zijn gemaakt staat bij het project 'Jaleco' te 'Nieuw Lekkerland' de naam 'De Vries en Verburg', de datum '10-04-2000' en het bedrag '4.537,80' vermeld.

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

24. De Onderneming stelt dat niet is aangetoond dat zij structureel betrokken is geweest bij het systeem van vooroverleg en evenmin dat zij in incidentele gevallen aan vooroverleg heeft deelgenomen. Volgens de Onderneming werkt zij voornamelijk op basis van zogenoemde één-op-één-relaties met haar opdrachtgevers. Zij stelt dat de verklaringen van clementieverzoekers bewijskracht missen, nu deze laatste concurrerende bouwondernemingen zijn. De Onderneming wijst er daarbij op dat zij een aantal keren opdrachtgevers heeft behoed voor een dreigend kartel en dat, gelet hierop, aan haar vermelding op de hiervoor vermelde stukken door andere bouwondernemingen mogelijk rancune ten grondslag ligt. Ook geeft zij andere redenen aan waarom de verklaringen en/of stukken van de clementieverzoekers bewijskracht zouden missen.

Beoordeling zienswijze door de Raad

25. De Raad verwerpt deze verweren. Hij overweegt daartoe het volgende.
26. Voordat wordt overgegaan tot bespreking van deze zienswijze wijst de Raad er 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.

27. De Raad merkt in dit verband verder op dat gedragingen die de mededinging verstoren, doorgaans clandestien worden verricht met een beperkte documentatie.¹² 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 mededingingsversturende 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.
28. Herhaald zij dat in dit geval tenminste zes clementieverzoekers hebben verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. De lijsten waarop clementieverzoekers de namen van deelnemende ondernemingen hebben genoemd, maken deel uit van de clementieverzoeken en zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier. Deze verklaringen zijn bevestigd door bewijsstukken die zien op tenminste zeven - hiervoor besproken - projecten, die eveneens deel uitmaken van de clementieverzoeken en zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier.
29. Bovengenoemde verklaringen van clementieverzoekers zijn veelal opgesteld op basis van eigen administratie en/of eigen ervaringen en bevatten vaak concrete gedetailleerde informatie. Om voor een clementiekorting in aanmerking te komen dient een onderneming schriftelijk te verklaren dat zij de overtreding 'naar haar kennis juist en volledig' heeft omschreven. Als de verklaring onjuist blijkt te zijn, kan de toegezegde clementiekorting volledig komen te vervallen.¹³ Gelet op dit risico en de concrete details over het bestaan van de verboden gedraging, kunnen ook deze stukken worden beschouwd als een bevestiging van deelname aan het systeem van vooroverleg en is niet aannemelijk dat de clementieverzoekers bij het afleggen van hun verklaringen en/of het overleggen van de overige bewijsstukken uit rancune hebben gehandeld, zoals de Onderneming stelt, ten einde de Onderneming (als concurrent) te beschadigen.

¹² HvJEG 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.

¹³ Artikel 22 Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 6 juncto 56 Mw, Stcrt. 29 april 2004, nr. 82.

30. In het licht van het vorenstaande ziet de Raad in het enkele feit dat bij het merendeel van de projecten de Onderneming door niet meer dan één clementieverzoeker is genoemd, dat de inhoud van de hiervoor bedoelde stukken niet zou worden bevestigd door de andere in die stukken genoemde ondernemingen (voor zover deze een clementieverzoek hebben ingediend) en dat het merendeel van de clementieverzoekers de Onderneming met niet meer dan één project in verband brengt, niet in dat aan de hiervoor bedoelde stukken geen bewijskracht toekomt. Overigens hecht de Raad er aan op te merken dat, zoals de Onderneming ook heeft erkend, ten aanzien van het project 'Hal Waddinxveen' wel bewijsmateriaal afkomstig van twee verschillende clementieverzoekers voorhanden is.
31. Gelet op het vorenstaande, acht de Raad aangetoond dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. De Raad overweegt daarbij echter dat, ook indien de Onderneming slechts bij een zeer beperkt aantal vooroverleggen betrokken zou zijn geweest, dit niet zou afdoen aan de vaststelling 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.¹⁴

Conclusie

32. 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

33. In onderhavige zaak gaat de Raad uit van de juridische kwalificatie van de feiten zoals omschreven in paragraaf 6 van het Rapport. De Raad stelt vast dat de gedragingen van de Onderneming 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.

¹⁴ 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.

Conclusie

34. 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

35. 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

36. 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.

Beoordeling zienswijze door de Raad

37. 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.¹⁵
38. 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. Op het moment van de inwerkingtreding van dit besluit is de termijn zoals genoemd in artikel 64 Mw nog niet verstreken. Derhalve is de Raad bevoegd tot het opleggen van een sanctie.

Toerekening

39. 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

¹⁵ Kamerstukken II, 1995/96, 24707, nr. 3 (MvT), p. 93.

aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend.

40. 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 rechtsperso(o)n(en) in randnummer 4 van dit besluit.

Boetesystematiek

41. 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

42. Het boetesysteem gebaseerd op de aanbestedingsomzet 2001 acht de Onderneming onaanvaardbaar.

Beoordeling zienswijze door de Raad

43. 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 boetetoemeting¹⁶ dat is toegesneden op individuele kartels, waarin een directe relatie wordt gelegd tussen de verboden aanbestedingsafspraken 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

¹⁶ 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.

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.

Toepassing van de Boetebekendmaking

Boetegrondslag

44. 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 9.180.284,00.
45. 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.
46. Gelet op het voorgaande gaat de Raad ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag van EUR 918.028,00 (hierna: de bruto-boete).

Boeteverhogende omstandigheden

47. 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

- 48. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverlagende omstandigheden. De Onderneming heeft geen boeteverlagende omstandigheden aangevoerd. De Raad neemt in de onderhavige zaak ook overigens geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.**

Boeteberekening

- 49. Het vorenstaande leidt tot een boete van: EUR 918.028,00.**
- 50. 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.**

Openbaar

BESLUIT

De Raad legt een boete op van EUR 918.028,00 aan Bouwbedrijf De Vries en Verburg B.V., gevestigd te Stolwijk.

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.