Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3938_908/44
Betreft zaak: B&U-sector / Westwoud Beheer

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van 29 juni 2006 met kenmerk 3938_908/7.

1. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 29 juni 2006 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat de onderneming Westwoud Beheer artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) heeft overtreden, wegens deelname aan het systeem van vooroverleg zoals uiteengezet in het Rapport over afspraken en gedragingen in de deelsector burgerlijke en utiliteitsbouw[1] (hierna: het Rapport) dat integraal deel uitmaakt van het bestreden besluit.

2. De onderneming Westwoud Beheer B.V. bestaat uit Westwoud Beheer 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 op het gebied van burgerlijke en utiliteitsbouwwerken,[2] waaronder in ieder geval Aannemersbedrijf van Westen en Bakker B.V. (hierna ook: de Onderneming).

3. De Raad heeft wegens de hiervoor in randnummer 1 genoemde overtreding aan Westwoud Beheer B.V. en Aannemersbedrijf van Westen en Bakker B.V. een boete opgelegd. Deze rechtspersonen zijn ieder hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

4. Tegen het bestreden besluit heeft Aannemersbedrijf van Westen en Bakker B.V. (hierna: bezwaarmaker) tijdig pro forma bezwaar aangetekend bij brief van 21 juli 2006. De gronden van bezwaar zijn op 9 oktober 2006 aangevuld.

---

[1] Rapport van 6 september 2005.

[2] Zie voor de definitie van B&U-werken randnummer 1 van het Rapport.

5. In overeenstemming met 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).

6. Bij brief van 4 januari 2007 heeft de Adviescommissie bezwaarmaker alsook de Raad medegedeeld dat op 2 februari 2007 een hoorzitting plaats zou vinden. Op 1 februari 2007 heeft bezwaarmaker telefonisch te kennen gegeven af te zien van het recht te worden gehoord. Bij brief van 2 februari 2007 heeft bezwaarmaker dit bevestigd.

7. Op 15 mei 2007 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.

8. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt**:**
   "De bezwaren van de onderneming moeten naar de mening van de Adviescommissie ongegrond worden verklaard."

9. De Raad heeft zich ervan vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen. De Raad besluit conform het Advies. Ter motivering van dit besluit:
   i. verwijst de Raad ex artikel 3:49 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) naar het Advies;
   ii. verwijst de Raad naar hoofdstuk 2 van dit besluit dat voorziet in een nadere motivering ten aanzien van:
      - boetevermindering in verband met nieuwe aandeelhouders;
      - [vertrouwelijk];
      - boetevermindering uit hoofde van clementie.

2 Nadere motivering

Boetevermindering in verband met nieuwe aandeelhouders

10. Bezwaarmaker voert aan dat hij per 1 januari 2002 een nieuwe 100%-aandeelhouder heeft, Howa Beheer B.V. Bezwaarmaker benadrukt dat deze nieuwe aandeelhouder op geen enkele wijze bemoeienis heeft gehad met de feiten waarvoor een boete is opgelegd. Bezwaarmaker stelt dat Westwoud B.V., als voormalige directie en aandeelhouder, volledig en onverkort aansprakelijk is voor de boete. Bezwaarmaker stelt dat om die reden een boetevermindering op haar plaats zou zijn.[3]

[3] Zie ook dossierstuk 3938_908/28.

11. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de mogelijke betrokkenheid van de huidige aandeelhouder bij de inbreuk niet relevant. Volgens de Adviescommissie zijn alleen de structuur van bezwaarmaker en de betrokkenheid van de aandeelhouder op het moment van de overtreding van belang. De Adviescommissie wijst er voorts op dat aan Howa Beheer B.V. geen boete is opgelegd.

12. De Raad volgt het Advies van de Adviescommissie en overweegt in aanvulling daarop het volgende.

13. Het staat vast dat de Onderneming in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 artikel 6 Mw en artikel 81 EG heeft overtreden. Bezwaarmaker was als onderdeel van de Onderneming bij deze overtreding betrokken. Om die reden rekent de Raad de overtreding van de Onderneming mede aan bezwaarmaker toe. Het feit dat bezwaarmaker na de periode van de overtreding een andere directie en een andere aandeelhouder heeft gekregen, brengt daar geen verandering in.

14. De Raad benadrukt dat hij Howa Beheer B.V. op geen enkele wijze verantwoordelijk houdt voor de gedragingen van bezwaarmaker in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001. De Raad wijst erop dat de overtreding van de Onderneming niet aan Howa Beheer B.V. is toegerekend en dat de boete evenmin aan haar is opgelegd. Dat Howa Beheer B.V. de aandelen heeft gekocht in een vennootschap die betrokken is geweest bij een overtreding van de Mededingingswet en het EG-Verdrag en waaraan dientengevolge een boete is opgelegd, komt voor haar risico. Dit is voor de Raad geen reden om de aan bezwaarmaker opgelegde boete te verminderen.

15. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad het bezwaar.

[vertrouwelijk]

16. [vertrouwelijk]

Boetevermindering uit hoofde van clementie

17. Bezwaarmaker stelt dat hij in aanmerking dient te komen voor een boetevermindering uit hoofde van clementie, nu hij zich vrijwillig heeft gemeld en relevante informatie heeft verstrekt. Bezwaarmaker erkent daarbij dat hij geen informatie over een kartel heeft verstrekt.[4] Dit volgt volgens bezwaarmaker logischerwijs uit het feit dat hij niet op de hoogte was van een kartel in de periode van 1998 tot en met 2001, omdat de directie ten tijde van de overtreding een andere was. Het feit dat bezwaarmaker zich desondanks toch vóór de sanctiefase heeft gemeld en te allen tijde bereid is geweest om zijn medewerking te verlenen en alle hem bekende informatie te verschaffen, dient volgens bezwaarmaker te leiden tot een vermindering van de boete.

18. Naar de mening van de Adviescommissie heeft de Raad terecht geweigerd om boetevermindering vanwege clementie toe te kennen, nu bezwaarmaker pas na de datum van vaststelling van het Rapport informatie heeft verstrekt. Een clementieverzoek kan immers alleen tot boetevermindering leiden indien het wordt gedaan voordat het Rapport is opgesteld.

19. De Raad volgt het Advies van de Adviescommissie en overweegt in aanvulling daarop het volgende.

20. De Raad stelt vast dat bezwaarmaker zich bij brief van 29 april 2004 bij de NMa heeft gemeld met de mededeling dat de aandelen in Aannemersbedrijf van Westen en Bakker B.V. per 2 januari 2002 zijn overgenomen, dat door de nieuwe directie na de overname geen afspraken zijn gemaakt en dat van de directie voor de overname geen afspraken bekend zijn.[5] De ontvangst van deze brief is op 18 mei 2004 schriftelijk bevestigd door de clementiefunctionaris van de NMa.[6] Daarbij is aangegeven dat de brief niet als clementieverzoek werd aangemerkt, omdat geen kennis werd gegeven van een kartel. Bezwaarmaker heeft vervolgens pas in de sanctiefase weer contact met de NMa opgenomen. Daarbij is wel informatie aan de NMa verstrekt, maar dit betrof door de Raad in het kader van de sanctieprocedure opgevraagde informatie, zoals bijvoorbeeld de Aanbestedingsomzet 2001 en de jaarrekening over 2001.

---

[4] Zie dossierstuk 3938_908/28.

[5] Zie dossierstuk 3938_908/29.

[6] Zie dossierstuk 3938_908/30.

21. De Raad stelt vast dat bezwaarmaker, zoals hij zelf reeds erkent, geen kennis heeft gegeven van een kartel en haar deelname daaraan. Het voorgaande is essentieel om in aanmerking te kunnen komen voor boetevermindering vanwege clementie. Van een geldige kennisgeving is slechts sprake indien melding wordt gemaakt of een beschrijving wordt gegeven van de vermeende mededingingsbeperkende afspraak waarbij de onderneming betrokken is geweest. Hiervoor kan niet worden volstaan met een 'kaal' verzoek om clementie, waarin de overtreding niet wordt gespecificeerd. Ook de enkele bereidheid tot medewerking kan in dit verband niet volstaan. Dit betekent dat bezwaarmaker terecht niet in aanmerking is gekomen voor boetevermindering vanwege clementie.

22. Voor het overige hecht de Raad eraan om bezwaarmaker erop te wijzen dat hij aan zijn bereidheid tot medewerking uitsluitend gevolg heeft gegeven door deelname aan de versnelde procedure. Daarvoor is aan bezwaarmaker reeds 15% boetevermindering toegekend. De Raad ziet geen aanleiding om bezwaarmaker een verdere boetevermindering toe te kennen vanwege de enkele bereidheid tot medewerking.
23. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad het bezwaar.

3 Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 15 mei 2007 over, zulks aangevuld met de hiervoor opgenomen nadere motivering in hoofdstuk 2;

II. verklaart de bezwaren tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2006, met kenmerk 3938_908/7, ongegrond;

III. handhaaft de in voornoemd besluit neergelegde beslissing en de daarbij opgelegde boete.

Datum: 1 februari 2008

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 is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.