Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3938_439/36
Betreft zaak: B&U-sector/ Van Benthem's Aannemingsbedrijf

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van 22 augustus 2006 met kenmerk 3938_439/7.

1. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 22 augustus 2006 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat de onderneming Van Benthem's Aannemingsbedrijf 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 Van Benthem's Aannemingsbedrijf bestaat uit Van Benthem's Aannemingsbedrijf 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 B&U-werken[2] (hierna: de Onderneming).

3. De Raad heeft wegens de hiervoor in randnummer 1 genoemde overtreding aan Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. een boete opgelegd.

4. Bij brief van 27 september 2006 heeft Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. tegen het bestreden besluit tijdig bezwaar aangetekend.

[1] [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. Naar aanleiding van de ingediende bezwaren is Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V., alsook de Raad door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 16 februari 2007 aan Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V en de Raad is toegezonden.

7. Op 26 maart 2007 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.

8. De Adviescommissie heeft geadviseerd de bezwaren van Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. ongegrond te verklaren.

9. De Raad heeft zich ervan vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen, en besluit voorts 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 de afwijzing van het clementieverzoek van de Onderneming.

2 Nadere motivering

10. In bezwaar heeft Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. - zakelijk samengevat - aangevoerd dat de Onderneming, ondanks haar vrijwillige melding, geen clementie heeft ontvangen, zodat zij in feite op één lijn wordt gesteld met ondernemingen die zich niet hebben gemeld. Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. acht het geformuleerde beleid ten aanzien van clementieverzoeken tekortschieten en daarmee onrechtmatig, zodat het in onderhavige situatie buiten toepassing moet worden gelaten. Voorts is Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. van mening dat ten onrechte is voorbijgegaan aan haar beroep op de bevoegdheid van de Raad af te wijken van het beleid op grond van randnummer 15 van de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke- en utiliteitsbouw[3] (hierna: de Boetebekendmaking).

[3] Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke- en utiliteitsbouw, Stcrt 6 september 2005, nr. 172. Gewijzigd 12 oktober 2005 Stcrt, 2005, nr. 198.

11. De Adviescommissie is van oordeel dat de Raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de Onderneming niet voldoet aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor honorering van het clementieverzoek, nu zij slechts aangifte heeft gedaan van haar eigen betrokkenheid, waarvan de Raad reeds op de hoogte was, zonder dat enige verdere betrokkenheid wordt aangegeven.

12. Bij brief van 28 april 2004[4] heeft Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. een clementieverzoek ingediend. De Raad heeft bij brief van 29 april 2004[5] aan Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. medegedeeld dat het verzoek onvoldoende gespecificeerd was om te kunnen spreken van een kennisgeving van een kartel in de zin van de Richtsnoeren Clementietoezegging.[6] Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. is, onder verwijzing naar het "Meldingsformulier clementieverzoeken bouwsector" (hierna: Meldingsformulier), in de gelegenheid gesteld om alsnog kennis te geven van een kartel. Bij brief van 3 december 2004[7] heeft de Raad nogmaals schriftelijk aan Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. medegedeeld dat de vermoedelijke overtreding onvoldoende was gespecificeerd om te kunnen spreken van een kennisgeving van een kartel, en is zij wederom in de gelegenheid gesteld om het Meldingsformulier in te vullen. Ondanks het herhaalde verzoek heeft de Raad nimmer de gevraagde informatie van Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. ontvangen.

13. Gelet op het voorgaande stelt de Raad vast dat Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. haar clementieverzoek niet heeft gespecificeerd (er is geen kennis gegeven van een concreet kartel). De Onderneming is derhalve terecht niet in aanmerking gekomen voor een boetevermindering in verband met clementie. Het bezwaarschrift is reeds hierom ongegrond.

14. Voor zover Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. beoogt aan te voeren dat zij geen concrete informatie kon verstrekken, omdat zij niet meer over (originele) schriftelijke stukken beschikte, geldt het volgende. Uit de Richtsnoeren Clementietoezegging en het Meldingsformulier volgt niet dat een clementieverzoek steeds vergezeld moet gaan van schriftelijke stukken. In zijn algemeenheid geldt dat in het kader van clementieverzoeken vaak sprake is van namens een onderneming (door de directie) afgegeven verklaringen,

---

[4] Zie dossierstuk 3938_439/17.

[5] Zie dossierstuk 3938_439/18.

[6] Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG-Verdrag juncto artikelen 56, 57 en 62 Mededingingswet van 1 juli 2002, Stcrt. 1 juli 2002, nr. 122, laatstelijk gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 28 maart 2006, Strcrt. 29 maart 2006, nr. 63.

[7] Zie dossierstuk 3938_439/21.

waarin details worden verstrekt over de werking van een kartel en de betrokkenheid daarbij van de onderneming en andere concurrenten. In het Meldingsformulier wordt in dat verband ten behoeve van clementieverzoekers in de bouwsector vermeld dat aangegeven dient te worden op welke overtreding het clementieverzoek betrekking heeft.

15. Het kennis geven van een kartel houdt in dat een onderneming melding maakt of een beschrijving geeft van de vermeende mededingingsbeperkende afspraak of afspraken. Een onderneming kan hiervoor niet volstaan met een 'kaal' verzoek om clementie, dus zonder dat zij voldoende het onderwerp van haar verzoek specificeert. Het gaat erom dat een onderneming de Raad informeert over het kartel voor zover een onderneming hier kennis van draagt. Te denken valt aan de inhoud van de mededingingsbeperkende afspraak of afspraken, de daarbij betrokken partijen, de producten of diensten waarop het vermeende kartel betrekking heeft en de periode waarin het overleg heeft plaatsgevonden.

16. Uit de Richtsnoeren noch uit het Meldingsformulier kan worden afgeleid dat een onderneming nimmer recht zou kunnen hebben op clementie als er geen documenten voorhanden zijn. Mocht er bij de Onderneming toch enige onduidelijkheid hebben bestaan omtrent de clementieregeling dan had zij bovendien contact kunnen opnemen met het Clementiebureau.

17. Ten aanzien van het beroep op randnummer 15 van de Boetebekendmaking stelt de Raad met de Adviescommissie vast dat Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V niet heeft onderbouwd waarom de aan haar opgelegde boete, vanuit het oogpunt van de gewenste bestraffing en de gewenste bevordering van de naleving van de Mededingingswet, niet passend is. Noch heeft zij gegevens overgelegd waaruit blijkt dat oplegging van de boete zou leiden tot een evident onbillijke situatie, welke de Raad zou nopen van haar beleid in deze af te wijken.

18. Ten slotte merkt de Raad op dat hij in de onderzoeksfase, bij de vaststelling van de individuele deelname aan de overtreding, de Onderneming niet heeft aangemerkt als een "clementieverzoeker", maar als een "overige onderneming". Dit betekent dat ten aanzien van de Onderneming de deelname aan het systeem van vooroverleg bewezen is verklaard op basis van bewijsmiddelen afkomstig van ten minste twee clementie-verzoekers en daarmee van ten minste twee bronnen.[8] De Onderneming is derhalve bewijsrechtelijk gezien niet in een slechtere positie gekomen door haar vrijwillige melding.

[8] Zie randnummer 135 van het Rapport.

19. Gelet op het voorgaande is de Raad van oordeel dat hetgeen door Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V in bezwaar is aangevoerd niet tot herroeping van het bestreden besluit kan leiden. Het bezwaarschrift dient derhalve ongegrond te worden verklaard.

20. Nu het bestreden besluit niet wordt herroepen ziet de Raad geen aanleiding het verzoek om kostenvergoeding ex artikel 7:15 lid 2 Awb toe te kennen.

3 Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 26 maart 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 22 augustus 2006 ongegrond;

III. wijst het verzoek om vergoeding van de kosten in bezwaar af;

IV. handhaaft de in het bestreden besluit neergelegde beslissing en de daarbij opgelegde boete.

Datum: 01-10-2007

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.
R.J.P. Jansen
Lid 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.