Advies in zaaknr. 3938-439, Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V.

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr R. E. Bakker (voorzitter), mr M. Sikkens en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris).

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 22 augustus 2006 in zaaknummer 3938-439 (hierna: het bestreden besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) vast dat Van Benthem's Aannemingsbedrijf B.V. (hierna: de onderneming) een inbreuk heeft gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) waarvoor een boete is opgelegd aan de onderneming.

2. Tegen het bestreden besteden besluit diende mr R. Boonstra namens de onderneming op 27 september 2006 een bezwaarschrift in.

3. Deze procedure maakt deel uit van de versnelde procedure in de deelsector burgelijke- en utiliteitsbouw (B&U-sector).

4. Bij brief van 7 december werd aan de onderneming en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit medegedeeld dat op 5 januari 2007 een hoorzitting zou plaatsvinden van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 5 januari 2007 vond deze hoorzitting plaats waarbij de onderneming en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: mr R. E. Bakker (voorzitter), mr M. Sikkens en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris).

5. Het verslag van de hoorzitting werd op 16 februari 2007 aan de onderneming en de NMa rondgestuurd.

2. Bestreden besluit

5. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit advies gehecht

3. Bezwaren en beoordeling

Afwijzing clementieverzoek in strijd met zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel

6. De onderneming schetst de achtergronden van haar clementieverzoek en de reactie van de NMa op haar clementieverzoek. Naar de mening van de onderneming had haar clementieverzoek moeten leiden tot een lagere boete. Nu dat niet is gebeurd stelt de NMa haar gelijk aan ondernemingen die zich in het geheel niet hebben gemeld bij de NMa. Naar de mening van de onderneming maakt dit het bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd. Bovendien is de onderneming van mening dat het onderliggende clementiebeleid onrechtmatig is, waarmee het bestreden besluit onvoldoende zorgvuldig en onvoldoende gemotiveerd tot stand is gekomen. Ten slotte is de onderneming van mening dat de NMa ten onrechte voorbij is gegaan aan

haar beroep op de bevoegdheid om in haar geval af te wijken van het beleid op grond van randnummer 15 van de Bekendmaking boetetoemeting B&U-sector[1].

7. In haar zienswijze schetst de NMa de achtergrond en inhoud van het clementieverzoek van de onderneming, alsmede de reactie van de NMa op dit clementieverzoek. Naar de mening van de NMa is het clementieverzoek terecht afgewezen, nu het geen concrete informatie over een kartel bevat. Ten aanzien van hetgeen door de onderneming is aangevoerd met betrekking tot randnummer 15 van de Bekendmaking boetetoemeting B&U-sector voert de NMa aan dat door de onderneming niet is onderbouwd waarom van het algemene beleid zou moeten worden afgeweken. Ten slotte wijst de NMa erop dat de onderneming is aangemerkt als 'overige onderneming', hetgeen inhoudt dat zij door tenminste twee clementieverzoekers is genoemd als deelnemer aan het vooroverleg.

Beoordeling

8. Naar de mening van de Adviescommissie komt hetgeen door de onderneming is aangevoerd met betrekking tot het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel uiteindelijk neer op de vraag of het clementieverzoek al dan niet terecht is afgewezen.

9. De Adviescommissie heeft kennisgenomen van hetgeen de onderneming heeft aangevoerd in haar clementieverzoek van 28 april 2004.[2] Op grond van de aanhef van randnummer 18 van Bekendmaking boetetoemeting B&U-sector dient een clementieverzoek in aanmerking te komen voor een clementietoezegging krachtens randnummer 7 van de Richtsnoeren clementietoezegging.[3] Op grond van randnummer 7, onder a, van de Richtsnoeren Clementietoezegging dient de kennisgeving van een kartel additionele waarde te hebben. Naar de mening van de Adviescommissie kon de NMa in redelijkheid tot het oordeel komen dat hetgeen de onderneming in haar verzoek van 28 april 2004 aanvoerde niet voldoet aan deze voorwaarden nu het niet meer behelst dan een aangifte van de eigen betrokkenheid, waarvan de NMa reeds op de hoogte was op grond van de haar ter beschikking staande informatie, zonder dat enige verdere informatie wordt gegeven. De reactie van de NMa op het clementieverzoek van de onderneming is naar de mening van de Adviescommissie passend, gelet op het stadium van de procedure en de grote hoeveelheid clementieverzoeken. Nu niet aan de voorwaarden voor clementietoezegging op grond van randnummer 7 van de Richtsnoeren Clementietoezegging is voldaan kan evenmin sprake zijn van de toepassing van hetgeen onder (1) tot en met (4) van randnummer 18 van de Bekendmaking boetetoemeting B&U-sector is genoemd.

10. Het beroep van de onderneming op randnummer 15 en/of 22 van de Bekendmaking boetetoemeting B&U-sector dient naar de mening van de Adviescommissie als onvoldoende geadstrueerd te worden afgewezen nu de onderneming niets heeft aangevoerd over de preventieve werking van een hogere of lagere boete noch financiële gegevens heeft aangevoerd die een beroep op de hardheidsclausule zouden kunnen rechtvaardigen.

---

1 Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke- en utiliteitsbouw, Stcrt 2005, nr. 12, p. 12.

2 Prismanr. 3938-439/17.

3 Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet-opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 6 juncto 56, 57 en 62 Mededingingswet, Stcrt. 2002, nr. 122, later gewijzigd.

4. Conclusie en advies

De Adviescommissie adviseert - na beoordeling van de bezwaren van onderneming - de Raad van Bestuur bij het nemen van het besluit op bezwaar het navolgende in overweging te nemen.

De bezwaren van de onderneming moeten naar de mening van de Adviescommissie ongegrond worden verklaard.

W.g
mr R. Bakker (voorzitter)

W.g.
mr H.H.B. Vedder (secretaris)