Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer: 3938_664/13
Betreft zaak: B&U

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) 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- en utiliteitsbouw (hierna: B&U-sector). Naar aanleiding van deze onderzoeksactiviteiten, alsmede naar aanleiding van informatie die in het kader van de clementieregeling[1] bij de NMa is ingediend door een aantal ondernemingen, is door de NMa op basis van artikel 59 Mw een rapport opgesteld over afspraken en gedragingen in de B&U-sector (hierna: het Rapport[2]). Het Rapport is op 6 september 2005 vastgesteld en vervolgens naar 689 betrokken ondernemingen verzonden.

2. De overtredingen beschreven in het Rapport zijn begaan door ondernemingen. Deze ondernemingen kunnen bestaan uit één of meerdere entiteiten, die in concernrelatie tot elkaar staan en die ten aanzien van de betrokken overtreding(en) in mededingingsrechtelijke zin gezamenlijk als deelnemende onderneming kunnen worden beschouwd.[3]

3. In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat de onderneming 't Lijsterhofke heeft deelgenomen aan afspraken en 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 gedragingen vormen een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG.

---

[1] Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 6 juncto 56, 57 en 62 Mededingingswet, besluit van de d-g NMa van 28 juni 2002, Stcrt. 2002, nr. 122, p. 16, gew. Stcrt. 2004, nr. 82, p. 40.

[2] Zie bijlage 1 bij dit besluit.

[3] 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 HvJEG, arrest van 16 november 2000, Zaak C-286/98P, Stora, Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 27-29.

4. De onderneming 't Lijsterhofke bestaat uit 't Lijsterhofke 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,[4] waaronder in ieder geval Winters bouw & ontwikkeling B.V. (hierna tezamen aangeduid als 'de Onderneming').

Besluit

5. De Raad legt een boete op van EUR 159.882,00 aan 't Lijsterhofke B.V., gevestigd te Ulvenhout.

   Dit besluit richt zich tot bovengenoemde rechtspersoon.

Verloop procedure

6. 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 heeft de NMa aan de Onderneming onder meer 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. Door middel van de versnelde procedure heeft de NMa de Onderneming in de gelegenheid gesteld snel 'schoon schip' te maken.

7. De Onderneming heeft aan de NMa kenbaar gemaakt te kiezen voor voornoemde versnelde procedure. Door te opteren voor de versnelde procedure heeft de Onderneming ingestemd met het afzien van gehele of gedeeltelijke betwisting van de feiten en juridische beoordeling uit het Rapport en het recht om individueel te worden gehoord. De Onderneming heeft een vertegenwoordiger gemachtigd (hierna: de Gemachtigde) die tevens optreedt namens de andere partijen in de versnelde procedure en die namens deze partijen op generieke wijze een zienswijze naar voren heeft gebracht. De NMa heeft vooraf aangegeven dat in geval van deelname aan de versnelde procedure en het voldoen aan de daarvoor gestelde voorwaarden – en daarmee het bijdragen aan het snel 'schoon schip' maken in de bouwsector – de aan de Onderneming op te leggen boete wordt verminderd met 15%.

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

8. Na toezending van het Rapport heeft op 15 november 2005 een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van de NMa waarbij de Onderneming door de Gemachtigde werd vertegenwoordigd. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat aan de Onderneming is gezonden.

9. In de loop van de procedure zijn door de Gemachtigde namens de Onderneming generiek toepasselijke argumenten naar voren gebracht die volgens de Gemachtigde door de Raad ten aanzien van alle door hem vertegenwoordigde ondernemingen in acht moeten worden genomen bij de beoordeling van de feiten en omstandigheden zoals uiteengezet in het Rapport. Tevens is de Onderneming de mogelijkheid geboden om relevante feiten en omstandigheden die haar individueel raken, doch niet de essentie van het Rapport treffen, aan te voeren.

Beoordeling

Algemeen

10. Vast is komen te staan dat de Onderneming heeft deelgenomen aan afspraken en gedragingen, zoals nader beschreven in het Rapport. Voor een nadere omschrijving van de betrokken afspraken en gedragingen alsmede de materiële beoordeling daarvan in het licht van artikel 6 Mw en artikel 81 EG, verwijst de Raad naar hoofdstukken 5 en 6 van het Rapport, dat als bijlage 1 is aangehecht aan dit besluit en geacht wordt daarvan deel uit te maken.

11. Het verboden karakter van bovenbedoelde afspraken en gedragingen en haar deelname daaraan is door de Onderneming uitdrukkelijk niet betwist. De Raad stelt derhalve vast dat in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 het kartelverbod ex artikel 6 Mw en artikel 81 EG is overtreden door de Onderneming.

12. Met betrekking tot de beoordeling van de zienswijzen van de Onderneming maakt de Raad onderscheid tussen het (generiek) verweer, zoals aangevoerd door de Gemachtigde en het individuele verweer, zoals aangevoerd door de Onderneming.

Beoordeling zienswijze aangevoerd door de Gemachtigde

13. Namens de Onderneming heeft de Gemachtigde diverse argumenten aangevoerd waarmee de Raad, naar het oordeel van de Gemachtigde, bij het opleggen van een boete rekening dient te houden.

Ten aanzien van de beboeting (algemeen)

14. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat niet bij (vrijwel) alle aanbestedingen in de B&U-sector kartelafspraken zijn gemaakt en dat niet alle ondernemingen in dezelfde mate deelnamen aan het vooroverleg. De Gemachtigde betwist niet dat vooroverleg zoals omschreven in het Rapport plaatsvond, doch is van mening dat enige nuancering ten aanzien van het structurele karakter daarvan op haar plaats is.

15. De Raad stelt voorop dat deze argumenten, ook afgezien van de summiere feitelijke onderbouwing daarvan, in geen geval het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen teniet kunnen doen. De Raad acht om deze reden beboeting van de betrokken ondernemingen op haar plaats.

16. De Raad acht evenwel voldoende aannemelijk gemaakt dat niet bij vrijwel alle aanbestedingen in de B&U-sector in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt. De Raad houdt op basis van het Rapport en het daaraan ten grondslagliggende dossier wel de overtuiging dat bij het merendeel, althans een groot aantal, van de aanbestedingen in de B&U-sector in de betrokken periode sprake is geweest van verboden afspraken en gedragingen. Hetgeen de Gemachtigde heeft aangevoerd kan aan deze overtuiging niet afdoen. In het licht van het voorgaande acht de Raad een boete op basis van het maximum van 12% van de boetegrondslag, zoals volgend uit de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke & utiliteitsbouw (hierna: de Boetebekendmaking),[5] echter niet op haar plaats. De Raad acht in dit kader een percentage van 10% passend.

17. Bij het verlagen van het algemene boetepercentage naar 10% heeft de Raad mede het verschil van de overtredingen in de B&U-sector ten opzichte van de vastgestelde overtredingen in de andere sectoren in de bouw in aanmerking genomen. In zijn besluiten met betrekking tot de Grond-, Wegen- en Waterbouw sector en de Installatie-sector 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 rekenvergoedingen en het afstemmen van het inschrijfgedrag is vastgesteld.

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

18. De Gemachtigde stelt voorts dat opdrachtgevers bij aanbestedingen onrechtmatig gedrag vertonen ten opzichte van de betrokken bouwondernemingen. Van dit gedrag is volgens de Gemachtigde sprake wanneer een opdrachtgever een van een bouwonderneming ontvangen prijsaanbieding doorspeelt aan een andere bouwonderneming met het doel om van die andere bouwonderneming voor hetzelfde werk een lagere prijsaanbieding te verkrijgen. Volgens de Gemachtigde leidt dit gedrag van de opdrachtgevers ertoe dat ondernemingen sneller geneigd zijn onderling overleg te voeren.

19. Indien en voorzover bedoeld gedrag daadwerkelijk voorkomt, is de Raad van oordeel dat dit gedrag van de opdrachtgevers niet strijdig is met de Mededingingswet[6] en bovendien geen rechtvaardiging voor vooroverleg door bouwondernemingen kan vormen, zodat dit argument geen aanleiding geeft voor de Raad om het algemene boetepercentage te verminderen.

20. De Gemachtigde stelt verder dat de bouwsector thans serieus werk maakt van naleving van de Mededingingswet. De Gemachtigde wijst op de omstandigheid dat de bouwsector een duidelijke gedragsverandering laat zien en dat de bijdrage van de overheid aan deze cultuuromslag gering is. De Gemachtigde is van mening dat de NMa deze gedragsverandering zou moeten honoreren met een verlaging van het boetepercentage.

21. De Raad is van oordeel dat voornoemde gedragsverandering niet af doet aan het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen. Bovendien heeft de cultuuromslag waar de Gemachtigde op doelt betrekking op de situatie in de sector ná de overtreding en kan derhalve niet van invloed zijn op de beboeting van overtredingen die in het verleden zijn begaan. Deze argumenten kunnen derhalve niet leiden tot een lager boetepercentage.

22. De Gemachtigde wijst er voorts op dat de NMa bij het bepalen van de boete rekening dient te houden met de door ondernemingen geringe gerealiseerde winstmarges. De Gemachtigde vreest dat de verhouding tussen de door de NMa op te leggen boetes en de in de B&U- sector gerealiseerde winstmarges onevenredig hoog zal zijn.

---

[6] Besluit van de d-g NMa van 19 februari 2001 in zaak 381/ Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven en het besluit op bezwaar van 17 december 2001 in zaak 2414/ Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven, Stichting Meldadres Belangen Behartiging Schildersbedrijven en Bureau Meldadres Belangen Behartiging Schildersbedrijven B.V.; zie ook Rechtbank Rotterdam, 12 oktober 2001, LJN AD7478.

23. De beweerde geringe winstmarges geven de Raad geen aanleiding tot het verlagen van het algemene boetepercentage. Uit de rechtspraak en de wetsgeschiedenis volgt dat de financiële positie, de behaalde winstmarges of de behaalde winstvoordelen van een onderneming geen rol behoren te spelen bij de vaststelling van de boete. Evenwel geldt dat een boete niet het faillissement van een levensvatbare onderneming waarschijnlijk mag maken.[7] In individuele gevallen kan de Raad van de Boetebekendmaking afwijken, indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheid leidt.

Ten aanzien van boetevermindering voor kleine ondernemingen

24. De Gemachtigde voert ten slotte aan dat bij de beoordeling of een onderneming in aanmerking komt voor boetevermindering voor kleine ondernemingen enkel gekeken moet worden naar de aanbestedingsomzet van 2001 behaald uit B&U-werken en niet naar de concernomzet.

25. De Raad acht het in het kader van de versnelde procedure passend een boetevermindering toe te kennen aan kleinere ondernemingen.[8] De Raad beoogt hiermee kleine ondernemingen, die als gevolg van de boete in financiële problemen zouden kunnen komen, maar desondanks wel aan de versnelde procedure wensen deel te blijven nemen, in staat te stellen versneld hun boete te betalen en daarmee versneld 'schoon schip' te maken. De Raad is evenwel van oordeel dat de aanbestedingsomzet van 2001 geen inzicht geeft in de bedrijfsgrootte. Om die reden handhaaft hij de concernomzet als grondslag om te bepalen of een kleine onderneming voor deze boetevermindering in aanmerking komt.

<u>Beoordeling zienswijze aangevoerd door de Onderneming</u>

26. Door de Onderneming zijn individuele omstandigheden aangevoerd, waarop hieronder wordt ingegaan, doch alleen voor zover zulks naar het oordeel van de Raad relevant is voor het te nemen besluit in de onderhavige versnelde procedure.

27. (Vertrouwelijk)

28. (Vertrouwelijk)

---

[7] TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

[8] Zie randnummer 21 van de Boetebekendmaking.

Commerciële schade

29. De Onderneming stelt dat haar naam in relatie tot het NMa-onderzoek naar de bouwfraude onevenredig veel in de media is genoemd. Als gevolg van deze buitensporige media-aandacht stelt de Onderneming grote commerciële schade te hebben geleden.

30. De Raad is van oordeel dat mogelijke commerciële schade als gevolg van het NMa onderzoek naar gedragingen in de bouwsector voor eigen risico van de Onderneming dient te komen. Het onderzoek van de NMa richt zich immers op gedragingen in de bouwsector waartoe de Onderneming zelfstandig heeft besloten. Op geen enkel moment heeft de NMa actief de naam van de Onderneming en haar betrokkenheid bij het onderzoek in de deelsector B&U publiekelijk bekend gemaakt. De Raad wijst dit verweer daarom af.

Sanctie

31. In en door het vorenstaande heeft de Raad naar zijn oordeel alle relevante argumenten en verweren, zoals door de Onderneming aangevoerd, behandeld. De Raad constateert en begrijpt dat de Onderneming uitdrukkelijk heeft gekozen voor de versnelde procedure en geen argumenten aanvoert die de essentie van het Rapport raken. Aan de Onderneming is kenbaar gemaakt en toegelicht dat het voeren van verweren en argumenten die een gehele of gedeeltelijke betwisting van de in het rapport vastgelegde feiten en de beoordeling daarvan bevatten, niet past bij het karakter van de versnelde procedure (zie randnummer 7 van dit besluit). Het stond de Onderneming vrij te kiezen voor de reguliere procedure en in dat kader verdergaand verweer te voeren. De Onderneming heeft van deze mogelijkheid uitdrukkelijk geen gebruik gemaakt.

32. Thans dient te worden overgegaan tot het opleggen van een sanctie. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

33. De Raad heeft vastgesteld dat in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 de overtreding van het kartelverbod (ex artikel 6 Mw en artikel 81 EG) is begaan door de Onderneming genoemd in randnummer 3 van dit besluit.

34. 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, lid 1 Mw en de artikelen 88 en 89 Mw bij een

overtreding van respectievelijk artikel 6 Mw en artikel 81 EG een boete opleggen aan de betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend.

35. In het onderhavige geval wordt de overtreding begaan door de Onderneming(en) genoemd in randnummer 3 van dit besluit en toegerekend aan de met name genoemde natuurlijke en/of rechtsperso(o)n(en) in randnummer 4 van dit besluit.

Boete

36. Conform randnummer 13 van de Boetebekendmaking wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op EUR 4.619.658,00. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 10%, gaat de Raad ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag van EUR 461.965,00 (hierna: de bruto-boete).

37. Door de NMa is aan de Onderneming een clementietoezegging gedaan. De Onderneming heeft zich aan de in dit verband door de NMa gestelde voorwaarden gehouden en heeft aldus bijgedragen aan het onderzoek in het onderhavige geval. Op basis van de gedane toezegging vermindert de Raad de boete als uiteengezet in het vorige randnummer met 50%. Dit resulteert in een verlaging van EUR 230.983,00 van de bruto-boete.

38. De Raad ziet conform randnummer 20 van de Boetebekendmaking reden om de boete te verminderen met een percentage van 15% van de bruto-boete ad EUR 461.965,00, gezien de deelname van de Onderneming aan de versnelde procedure. Dit resulteert in een vermindering van EUR 69.295,00 van de bruto-boete.

39. Het bedrag dat resulteert na vermindering in verband met de clementietoezegging(en) en het deelnemen aan de versnelde procedure, wordt aangeduid als netto-boete. In het onderhavige geval bedraagt de netto-boete EUR 161.687,00.

40. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.

41. De Raad neemt in deze versnelde procedure geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.

42. De Raad ziet conform randnummers 21 en 22 van de Boetebekendmaking aanleiding de netto-boete lager vast te stellen om de navolgende redenen.

43. De Raad heeft kennis genomen van het op 24 juni 2005 gesloten Akkoord Collectieve Regeling Bouwnijverheid tussen vertegenwoordigers van Bouwend Nederland en de betrokken overheden. De Raad heeft vastgesteld dat namens de Onderneming daadwerkelijk en onherroepelijk een financiële bijdrage van EUR 18.050,00 is geleverd ten behoeve van deze collectieve regeling.

44. De Raad brengt 10% van de bedoelde bijdrage in mindering op de netto-boete, tot een maximum van 10% van die netto-boete. Dit resulteert in een verlaging van EUR 1.805,00.

45. De Raad neemt in de onderhavige zaak voor het overige geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.

46. Het voorgaande resulteert in een boete van: EUR 159.882,00.

Den Haag, 29 juni 2006

Overeenkomstig het door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit genomen besluit.

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, namens deze:

W.g.
P. Kalbfleisch
Voorzitter van de Raad van Bestuur