

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer: 5424-12.BT761

Betreft zaak: Groenvoorziening

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 Groenvoorzieningssector. Naar aanleiding van deze onderzoeksactiviteiten, alsmede naar aanleiding van informatie die in het kader van de clementieregeling¹ 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 Groenvoorzieningssector (hierna: het Rapport²). Het Rapport is op 28 november 2005 vastgesteld en vervolgens naar 58 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 Germieco Beheer heeft deelgenomen aan afspraken en gedragingen in de Groenvoorzieningssector 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, Stcr. 2002, nr. 122, p. 16, gew. Stcr. 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 Germieco Beheer bestaat uit Germieco 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 groenvoorzieningswerken⁴, waaronder in ieder geval Aannemings- en Hoveniersbedrijf Germieco B.V. (hierna tezamen aangeduid als 'de Onderneming').

Besluit

5. De Raad legt een boete op van EUR 42.534,00 aan de volgende natuurlijke en/of rechtspersonen:
Germieco Beheer B.V., gevestigd te Westzaan,
Aannemings- en Hoveniersbedrijf Germieco B.V., gevestigd te Westzaan.

Bovengenoemde natuurlijke en/of rechtspersonen zijn ieder hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

Dit besluit richt zich tot ieder van bovengenoemde natuurlijke en/of rechtspersonen.

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

⁴ Zie voor de definitie van groenvoorzieningswerken, randnummer 1 van het Rapport.

aan de daarvoor gestelde voorwaarden – en daarmee het bijdragen aan het snel ‘schoon schip’ maken – de aan de Onderneming op te leggen boete wordt verminderd met 15%.

8. Na toezending van het Rapport heeft op 6 maart 2006 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 besmettingsgraad

14. De Gemachtigde betwist niet dat in de Groenvoorzieningssector inbreuken zijn gepleegd op het kartelverbod zoals omschreven in het Rapport. De Gemachtigde is echter van mening dat het vooroverleg beduidend minder voorkwam dan door de NMa in het Rapport vastgesteld en beduidend minder plaatsvond dan in de andere deelsectoren in de bouw. De Gemachtigde stelt op basis van een cijfermatige onderbouwing dat de besmettingsgraad in de Groenvoorzieningssector circa 20% bedraagt. In dit verband wijst de Gemachtigde tevens op het Rapport waarin onderscheid is gemaakt tussen openbare en onderhandse aanbestedingen en waarin ten aanzien van openbare aanbestedingen is vastgesteld dat alleen vooroverleg plaatsvond als bekend was wie de potentiële inschrijvers waren. De Gemachtigde stelt dat meestal niet bekend was wie de potentiële inschrijvers waren op openbare aanbestedingen. Voorts voert de Gemachtigde aan dat in de Groenvoorzieningssector veel sociale werkvoorzieningsinstellingen (hierna: SW-instellingen) actief zijn. Deze SW-instellingen deden niet mee met het vooroverleg en nemen bijna 30% van de totale omzet in de sector voor hun rekening.
15. De Raad stelt voorop dat deze argumenten in geen geval het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen teniet kunnen doen. De Raad heeft op basis van het Rapport en het daaraan ten grondslagliggende dossier de overtuiging dat bij aanbestedingen in de Groenvoorzieningssector in de betrokken periode sprake is geweest van de in het Rapport vastgestelde verboden afspraken en gedragingen. Hetgeen de Gemachtigde heeft aangevoerd, kan aan deze overtuiging niet afdoen. De Raad acht om deze reden beboeting van de betrokken ondernemingen op haar plaats.
16. De Raad acht op grond van door de Gemachtigde aangevoerde en onderbouwde argumenten, voldoende aannemelijk dat niet bij “nagenoeg alle” aanbestedingen in de Groenvoorzieningssector in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt. Kartelafspraken vonden beduidend minder plaats dan in het Rapport is vastgesteld en beduidend minder dan in de andere deelsectoren. De Raad neemt daarbij mede in aanmerking de vele SW-instellingen die niet meededen met het vooroverleg en die bijna 30% van de totale omzet in de Groenvoorzieningssector voor hun rekening nemen.
17. In het licht van het voorgaande acht de Raad een boete op basis van het maximum van 12% van de boetegrondslag, als volgend uit randnummer 13 van de Bekendmaking

Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de Groenvoorzieningssector (hierna: de Boetebekendmaking)⁵, niet op haar plaats. De Raad acht een percentage van 8% passend.

18. De overige door de Gemachtigde aangevoerde argumenten kunnen niet tot een verdere verlaging van het boetepercentage leiden. De Raad overweegt in dit verband in het bijzonder het volgende.

Ten aanzien van de aard van vooroverleg

19. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat enige nuancering ten aanzien van het structurele karakter van het vooroverleg op haar plaats is. In dit verband heeft de Gemachtigde opgemerkt dat geen sprake was van een landelijke overlegstructuur, van één systeem waarin landelijke claims werden verrekend, maar van een weinig gestructureerd lokaal/ regionaal vooroverleg dat plaatsvond op ad-hoc basis en niet van samenstelling wisselde. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat het systeem van vooroverleg in de Groenvoorzieningssector zich niet laat vergelijken met het gecompliceerde vooroverleg in de sector grond-, wegen- en waterbouw (hierna: GWM) met een minutieus geadmistreerd verdelingssysteem op basis van rekenvergoedingen. In de Groenvoorzieningssector ging het om 'respecteren', hetgeen met name voorkwam bij onderhoudswerken. Bij nieuwe werken ging het om een 'los' systeem met als uitgangspunt 'leven en laten leven'. Van betaling van vergoedingen was geen sprake.
20. De Raad heeft op basis van het Rapport en het daaraan ten grondslag liggende dossier de overtuiging dat bij aanbestedingen in de Groenvoorzieningssector in de betrokken periode sprake is geweest van verboden afspraken en gedragingen en dat deze, zoals in het Rapport aangegeven, structureel van aard waren.

Ten aanzien van de oproep van de overheid om schoon schip te maken

21. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat het voor de Groenvoorzieningssector niet duidelijk was dat de oproep van de overheid om schoon schip te maken ook tot hen was gericht. De Parlementaire Enquêtecommissie heeft zich niet expliciet tot de Groenvoorzieningssector gericht. Hierdoor hebben ondernemingen geen clementieverzoek kunnen indienen.
22. De Raad verwerpt dit argument. De Richtsnoeren Clementietoezegging⁶ dateren van 2002 en zijn op dat moment ook openbaar gemaakt en door de NMa daarna op verschillende

⁵ Bekendmaking van 25 november 2005, Stcrt. 2005, nr. 230, pag. 18

⁶ Richtsnoeren Clementietoezegging, Stcrt. 2002, nr. 122, p. 16, gew. Stcrt. 2004, nr. 82, p.40.

momenten via de media bij het bedrijfsleven onder de aandacht gebracht. De Raad is derhalve van oordeel dat iedere onderneming op de hoogte was of kon zijn van de mogelijkheid om clementie te vragen bij de NMa.

Ten aanzien van het ondernemingsbegrip

23. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat de gekozen "systematiek van toerekening" in de Groenvoorzieningssector in combinatie met de berekening van de Aanbestedingsomzet 2001 leidt tot ongelijke behandeling ten opzichte van de betrokken ondernemingen in de GWW-sector.
24. Het betoog van de Gemachtigde komt er feitelijk op neer dat de NMa niet de juiste ondernemingen in deze procedure heeft betrokken. De Raad ziet, wat er ook zij van dit argument, geen reden tot vermindering van het boetepercentage op grond hiervan.

Ten aanzien van de financiële omstandigheden

25. Tot slot heeft de Gemachtigde aangevoerd dat de ondernemingen worden getroffen door de slechte financiële omstandigheden in de Groenvoorzieningssector.
26. De financiële omstandigheden van de ondernemingen geven de Raad geen aanleiding tot het verlagen van het 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 maken⁷. In individuele gevallen kan de Raad van de Boetebekendmaking afwijken, indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheid leidt.

Beoordeling zienswijze aangevoerd door de Onderneming

27. Door de Onderneming zijn geen relevante individuele omstandigheden aangevoerd.

Sanctie

28. 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

⁷ HvJEG, gev. Zaken 96/82 e.a. (I.A.Z./Commissie), Jr. 1983, p. 3369, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 88-89.

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 die mogelijkheid uitdrukkelijk geen gebruik gemaakt.

29. Thans dient te worden overgegaan tot het opleggen van een sanctie. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.
30. 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.
31. 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.
32. 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

33. Conform randnummer 12 van de Boetebekendmaking wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op EUR 625.503,00. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 8%, gaat de Raad ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag van EUR 50.040,00 (hierna: de bruto-boete).
34. De Raad ziet conform randnummer 19 van de Boetebekendmaking reden om de boete te verminderen met een percentage van 15% van de bruto-boete ad EUR 50.040,00, gezien de deelname van de Onderneming aan de versnelde procedure. Dit resulteert in een vermindering van EUR 7.506,00 van de bruto-boete.
35. Het bedrag dat resulteert na vermindering in verband met het deelnemen aan de versnelde procedure, wordt aangeduid als netto-boete. In het onderhavige geval bedraagt de netto-boete EUR 42.534,00.

36. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.
37. De Raad neemt in deze versnelde procedure geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.
38. De Raad neemt in de onderhavige zaak geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.
39. Het voorgaande resulteert in een boete van: EUR 42.534,00.

Den Haag, 30 mei 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