

BESLUIT

Nummer 4315-10

Betreft zaak: GWW

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

INLEIDING

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g 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 grond-, wegen- en waterbouw (hierna: GWW). Naar aanleiding van deze onderzoeksactiviteiten, alsmede naar aanleiding van informatie die in het kader van de clementieregeling bij de NMa is ingediend door een aantal ondernemingen, is een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw opgesteld (hierna: het Rapport). In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat Van den Berg Nijmegen B.V., werkzaam in de GWW (hierna: de Onderneming), heeft/hebben deelgenomen aan afspraken en gedragingen in de GWW-deelsector in Nederland, in de periode 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.

BESLUIT

2. De d-g NMa legt een boete op van EUR 27.127,00 aan de volgende rechtsperso(o)n(en) en/of natuurlijke perso(o)n(en):
Van den Berg Nijmegen B.V., gevestigd te Nijmegen

Bovengenoemde rechtsperso(o)n(en) en/of natuurlijke perso(o)n(en) is (zijn) hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

Tevens houdt de d-g NMa het (de) onderstaande bedrij(f)ven van voornoemde boete aansprakelijk, aangezien het (zij) voor een deel van de periode van de inbreuk zeggenschap had in eergenoemde rechtsperso(o)n(en). De d-g NMa houdt dit (deze) bedrij(f)ven op die grond voor een pro rata deel van de boete (mede) aansprakelijk.

Van Heumen Beheer B.V. , gevestigd te Weurt voor een bedrag van EUR 27.127,00

Dit besluit richt zich tot ieder van bovengenoemde rechtsperso(n)en en/of natuurlijke perso(n)en(en).

VERLOOP PROCEDURE

3. De NMa heeft de Onderneming het Rapport¹ toegezonden met een begeleidende brief waarin aan haar onder meer de keuze is geboden 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 d-g NMa de Onderneming in de gelegenheid gesteld snel schoon schip te maken.
4. 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 juridische beoordeling en feiten 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 brengt. De d-g NMa heeft vooraf aangegeven dat hij in geval van deelname aan de versnelde procedure – en daarmee het bijdragen aan het snel schoon schip maken in de bouwsector – de aan de Onderneming op te leggen boete zal verminderen met 15%.
5. Na toezending van het Rapport heeft op 15 december 2004 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 toegezonden.
6. 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 d-g NMa in acht moeten worden genomen bij de beoordeling van de feiten zoals uiteengezet in het Rapport. Tevens is de Onderneming de mogelijkheid geboden om relevante omstandigheden die haar individueel raken, doch niet de essentie van het Rapport treffen, aan te voeren.

¹ Zie bijlage 1 bij dit besluit.

BEOORDELING

Algemeen

7. Vaststaat 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 d-g NMa naar paragraaf 5 van het Rapport, dat als bijlage 1 is aangehecht aan dit besluit en geacht moet worden daarvan deel uit te maken. Ter illustratie van het verboden karakter van bovenbedoelde afspraken en gedragingen, volstaat de d-g NMa hier met het volgende citaat uit het Rapport (nr. 155):

"De betrokken gedragingen hebben (tevens) ten gevolge dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De meeste opdrachten voor de uitvoering van werken worden toegekend op basis van inschrijvingsprocedures waarbij de bedoeling is dat ondernemingen om de verkrijging van het werk concurreren. Opdrachtgevers hebben de rechtmatige verwachting dat de ingediende offertes niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de inschrijvende ondernemingen. Ten aanzien van de aanbesteding van GWW-werken in Nederland is deze verwachting in ieder geval in de periode januari 1998 tot en met december 2001 ernstig geschonden, doordat de Deelnemende Ondernemingen onderlinge afspraken hebben gemaakt omtrent werkverdeling en inschrijfgedrag, waardoor de opdrachtgevers het kartel niet of nauwelijks hebben kunnen ontlopen."

8. Het verboden karakter van bovenbedoelde afspraken en gedragingen en haar deelname daaraan is door de Onderneming niet betwist. De d-g NMa 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 genoemd in randnummer 1 van dit besluit.
9. Met betrekking tot de beoordeling van de zienswijzen van de Onderneming maakt de d-g NMa onderscheid tussen (generiek) verweer, zoals aangevoerd door de Gemachtigde en het individuele verweer, zoals aangevoerd door de Onderneming.

Beoordeling argumenten aangevoerd door de Gemachtigde

10. Namens de Onderneming heeft de Gemachtigde diverse argumenten aangevoerd waarmee de d-g NMa, naar het oordeel van de Gemachtigde, bij het opleggen van een boete rekening dient te houden.
11. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat niet, zoals in het Rapport is gesteld, bij (vrijwel) alle aanbestedingen in de GWW-deelsector kartelafspraken zijn gemaakt.

12. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat de overheid in aanbestedingsprocedures dikwijls de verboden afspraken en gedragingen van de Onderneming heeft begunstigd.
13. De Gemachtigde heeft ten slotte aangevoerd dat, mede als gevolg van de SPO-zaak,² in brede kringen rond de bouw structurele (financiële) problemen gemeengoed zijn geworden.
14. De d-g NMa is van oordeel dat de door de Gemachtigde aangevoerde 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 d-g NMa ziet evenwel in bedoelde argumenten, en met name in het argument dat niet aannemelijk is dat bij vrijwel alle aanbestedingen in de GWW-deelsector in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt, wel aanleiding de boete zoals omschreven in randnummer 11 van de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-deelsector,³ vast te stellen op 10% van de boetegrondslag.

Beoordeling omstandigheden aangevoerd door de Onderneming

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

Geringe mate van betrokkenheid

16. De Onderneming stelt dat zij in (zeer) geringe mate – en minder dan andere betrokken ondernemingen – betrokken is geweest bij vooroverleg bij (openbare) aanbestedingen, zodat de boete substantieel dient te worden verminderd.
17. De d-g NMa wijst dit verweer af. De d-g NMa heeft voldoende bewijs om vast te kunnen stellen dat de Onderneming heeft deelgenomen aan vooroverleg bij aanbestedingen in Nederland, zoals bedoeld in het Rapport. Dit betekent dat de Onderneming voor de overtreding zoals nader beschreven in het Rapport, (mede) verantwoordelijk wordt gehouden. Het feit dat andere ondernemingen wellicht vaker bij de verboden afspraken en gedragingen betrokken zijn geweest, doet daar niets aan af.

Fiscale boetes

² Beschikking van de Commissie van 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), Pb. 1992, L 92/1.

³ Bekendmaking van de d-g NMa van 13 oktober 2004, Stcrt. 2004, nr. 198, p. 33.

18. De Onderneming heeft aangevoerd dat de d-g NMa bij de boetebepaling rekening dient te houden met de mogelijkheid dat aan de Onderneming in de toekomst fiscale boetes zullen worden opgelegd.
19. Nog afgezien van het feit dat de d-g NMa geen rekening kan houden met in de toekomst liggende onzekere gebeurtenissen, ziet de d-g NMa in dit verweer van de Onderneming geen aanleiding om de boete te verlagen, aangezien de rechtsbasis en de betrokken norm voor de NMa en de Belastingdienst om handhavend op te treden en successievelijk boetes op te leggen, verschillend is. Voor de d-g NMa bestaat geen verplichting, noch in het recht noch in een beleidslijn, om bij de boetebepaling rekening te houden met mogelijk op te leggen fiscale boetes.

Civielrechtelijke schadevergoedingen

20. De Onderneming heeft aangevoerd dat de d-g NMa bij de boetebepaling rekening dient te houden met de mogelijkheid dat in de toekomst civielrechtelijke schadevergoedingen dienen te worden betaald.
21. Nu vaststaat dat ten tijde van het nemen van het onderhavige besluit degene die schade heeft geleden door de Onderneming niet schadeloos is gesteld, slaagt dit verweer niet. Voor de d-g NMa bestaat geen verplichting, noch in het recht noch in een beleidslijn, om rekening te houden met in de toekomst liggende onzekere gebeurtenissen.

SANCTIE

22. In en door het vorenstaande heeft de d-g NMa naar zijn oordeel alle relevante argumenten en verweren, zoals door de Onderneming aangevoerd, behandeld en dient te worden overgegaan tot het opleggen van een sanctie. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.
23. De d-g NMa 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 1 van dit besluit.
24. Onder het regime van het Nederlandse en communautaire mededingingsrecht zijn het ondernemingen die een overtreding van de materiële mededingingsregels kunnen begaan. Aangezien de d-g NMa 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, alleen een boete kan opleggen aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden

toegerekend, dient de d-g NMa waar sprake is van in concernverband opererende rechtspersonen, binnen het concern de geëigende rechtspersonen te kiezen. Dit zijn naast de rechtspersonen die blijkens het bewijs rechtstreeks bij de overtreding zijn betrokken, andere rechtspersonen die voor de gedragingen van deze rechtspersonen aansprakelijk kunnen worden gesteld.⁴

25. In het onderhavige geval wordt de overtreding begaan door de Onderneming genoemd in randnummer 1 van dit besluit, toegerekend aan de rechtsperso(o)n(en) en/of natuurlijke perso(o)n(en) genoemd in randnummer 2 van dit besluit.

Boete

26. Met het oog op een transparante toepassing van zijn in artikel 56 Mw neergelegde discretionaire bevoegdheid, heeft de d-g NMa op 13 oktober 2004 de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-deelsector (hierna: Bekendmaking) vastgesteld en bekendgemaakt.⁵
27. Conform randnummer 10 van de Bekendmaking wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op EUR 922.689,00. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 10%, gaat de d-g NMa ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag EUR 92.269,00 (hierna: de bruto-boete).
28. Door de d-g NMa is aan de Onderneming een voorwaardelijke clementietoezegging gedaan. De Onderneming heeft zich aan de in dit verband door de d-g NMa gestelde voorwaarden gehouden en heeft aldus bijgedragen aan het onderzoek in het onderhavige geval. Op basis van de gedane toezegging vermindert de d-g NMa de boete als uiteengezet in het vorige randnummer met 50%. Dit resulteert in een verlaging van EUR 46.134,00 van de bruto-boete.
29. De d-g NMa ziet conform randnummer 19 van de Bekendmaking reden om de boete te verminderen met een percentage van 15% van bruto-boete ad EUR 92.269,00, gezien de deelname van de Onderneming aan de versnelde procedure. Dit resulteert in een vermindering van EUR 13.840,00 van de bruto-boete.
30. Het bedrag dat resulteert na vermindering in verband met [(1) de clementietoezegging en (2)] het deelnemen aan de versnelde procedure, wordt aangeduid als netto-boete. In het onderhavige geval bedraagt de netto-boete EUR 32.294,00.

⁴ HvJEG, zaak 48/69, ICI, Jur. 1972, p. 619, pt. 132-135.

⁵ Bekendmaking van de d-g NMa van 13 oktober 2004, Stcrt. 2004, nr. 198, p. 33.

31. De d-g NMa houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.
32. De d-g NMa neemt in deze (versnelde) procedure geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.
33. Naar aanleiding van het individueel aangevoerde verweer ziet de d-g NMa geen aanleiding de boete te verlagen.
34. De d-g NMa ziet conform randnummer 20 van de Bekendmaking aanleiding de netto-boete lager vast te stellen om de navolgende redenen.
35. Gelet op de relatieve grootte van de Onderneming – in casu bedraagt de concernomzet minder dan EUR 10 miljoen – ziet de d-g NMa aanleiding de netto-boete te verlagen met 15%. Dit resulteert in een verlaging van EUR 4.844,00.
36. In het onderhavige geval heeft de Onderneming vrijwillig informatie verstrekt aan de NMa en heeft zij hiervoor een clementietoezegging ontvangen in de zin van de Richtsnoeren Clementietoezegging.⁶ Tevens is de Onderneming accoord gegaan met het doorzenden van de vrijwillig verstrekte informatie aan de Belastingdienst. De d-g NMa ziet in deze handelwijze aanleiding de netto-boete te verlagen met 1%, tot een maximum van EUR 10.000. Dit resulteert in een verlaging van EUR 323,00.
37. Het voorgaande resulteert in een boete van: EUR 27.127,00.

Datum: 29 maart 2005

W.g.
Mr. P. Kalbfleisch
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

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