

## Nederlandse Mededingingsautoriteit

### BESLUIT

Nummer 6494\_1/309; 6836\_1/220

Betreft zaak: Limburgse bouwzaken 1 en 2 / de heer [A]

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet, zoals dat luidde tot 1 juli 2009.

## 1 Inleiding

1. Op 15 januari 2010 respectievelijk 26 februari 2010 heeft de Directie Mededinging van de Nederlandse Mededingingsautoriteit aan Janssen de Jong Infra B.V. (hierna: Janssen de Jong) en Aannemers- en Wegenbouwbedrijf "Limburg" B.V. (hierna: WBL) rapporten in zaken 6494 respectievelijk 6836 toegezonden wegens het vermoeden van overtredingen van de Mededingingswet door deze ondernemingen. Dezelfde rapporten zijn ook gezonden naar de natuurlijke personen van wie werd vermoed dat zij feitelijk leiding hebben gegeven aan de overtredingen: de heer [C] en de heer [B] van Janssen de Jong, en de heer [A] van WBL.
2. Dit besluit betreft de heer [A], **[vertrouwelijk]**.
3. Bijlage 1 betreft het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad), kenmerk 6494\_1/286, 6836\_1/184. Die bijlage maakt wat betreft hoofdstukken 1 tot en met 11 integraal onderdeel uit van dit besluit. De termen die de Raad heeft gedefinieerd in de bijlage hebben in het onderhavige besluit dezelfde betekenis.

## 2 Wettelijk kader

4. Artikel 56 Mededingingswet (hierna: Mw) luidde tot 1 juli 2009, voor zover van belang, als volgt:
  1. Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid (...), kan de raad de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend:

- a. een boete opleggen;  
(...).
4. Artikel 51 wetboek van strafrecht is van overeenkomstige toepassing.
5. Artikel 51, tweede lid, van het wetboek van strafrecht (hierna: Sr) luidt als volgt:
  2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:
    1. tegen die rechtspersoon, dan wel
    2. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel
    3. tegen de onder 1° en 2° genoemden te zamen.

### 3 Beoordeling

6. De Raad heeft in de zaken 6494 en 6836 geconcludeerd dat WBL artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden. Nu dit is vastgesteld, komt aan de orde of de heer [A] daaraan feitelijk leiding heeft gegeven in de zin van artikel 56, vierde lid, Mw (oud), welk artikellid verwijst naar artikel 51 Sr.<sup>1</sup>

#### 3.1 Algemeen

7. Uit de jurisprudentie volgt wanneer sprake is van leiding geven in de zin van 51 Sr:

“Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris — hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden — maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.”<sup>2</sup>
8. De verplichting om maatregelen te nemen ter voorkoming van een bepaalde gedraging, kan op meerdere natuurlijke personen tegelijkertijd rusten.<sup>3</sup> In zo een geval kan aan één gedraging van de rechtspersoon door meerdere personen tegelijkertijd leiding worden gegeven.

---

<sup>1</sup> De Raad beschouwt opdracht geven als een bijzondere vorm van feitelijk leidinggeven en volstaat derhalve met de algemene term “leidinggeven”.

<sup>2</sup> Hoge Raad 16 december 1986, NJ 1987, 321 (*Slavenburg I*), r.o. 5.1.1.

<sup>3</sup> Hoge Raad 16 juni 1981, NJ 1981, 586 (*Papa Blanca*), r.o. 8.

9. Gelet op de in randnummer 7 genoemde jurisprudentie is naar het oordeel van de Raad sprake van feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 6 Mw, indien de betreffende persoon de verboden gedraging van de onderneming bewust heeft bevorderd of doen bevorderen. Hiervan is sprake indien, kort gezegd, de betreffende persoon wetenschap had dat de gedraging zich voordeed, of zich zou gaan voordoen, en hij tevens feitelijk de positie had om die gedraging te voorkomen. Het leiding geven aan een overtreding hoeft zich niet te uiten in een actieve gedraging. Ook bij een nalaten kan sprake zijn van beboetbaar leidinggeven.
10. Het begrip leidinggever heeft niet alleen betrekking op de top van een onderneming. Het enkele feit dat er (hiërarchisch) hogere of meer verantwoordelijke leidinggevers zijn, staat niet eraan in de weg om als leidinggever te kunnen worden aangemerkt.<sup>4</sup>
11. Een leidinggever is degene die, al dan niet op grond van een formele dienstbetrekking, feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over de gedraging van de onderneming.<sup>5</sup>
12. Als een leidinggever kennis heeft van de verboden gedragingen, en de overtreden norm kenbaar is, zal hij – tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden – tevens redelijkerwijs gehouden zijn om in te grijpen. In het geval dat (mede) sprake is van een nalaten, is relevant wie er diende te handelen.
13. Het leidinggeven vereist volgens vaste jurisprudentie dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet. Daartoe is in het geval van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw voldoende dat sprake is van opzet op de gedragingen van de onderneming.<sup>6</sup> De Raad beschouwt het niet als een afzonderlijk te toetsen criterium of degene die kennis heeft van de gedragingen *beoogt* een norm te overtreden. Een dergelijke verzwaarde vorm van opzet is niet vereist.<sup>7</sup>
14. De Raad oordeelt dat reeds sprake is van (voorwaardelijk) opzet op de gedragingen van de onderneming als de leidinggever de gedragingen van de onderneming bewust heeft aanvaard. Daarbij acht de Raad van belang dat het bij leidinggeven aan gedragingen van een onderneming steeds zal gaan om een beroepsmatige uitoefening in een economische context. De wil om zich op bepaalde wijze te gedragen in het economisch verkeer wordt naar het oordeel van de Raad in beginsel afgeleid uit de kennis van die gedragingen.

---

<sup>4</sup> Hoge Raad 21 januari 1992, *NJ* 1992, 414 (*Roda JC*), r.o. 5.1; Hof Den Haag, 27 november 2007, *LJN* BB8756.

<sup>5</sup> Hoge Raad 16 juni 1981, *NJ* 1981, 586 (*Papa Blanca*), r.o. 8.

<sup>6</sup> Hoge Raad 1 februari 2005, *NJ* 2006, 421 (*SE Fireworks*), r.o. 7.5 en 7.6; Hoge Raad 12 januari 2010, *RvdW* 2010, 168, r.o. 2.5.

<sup>7</sup> Hoge Raad 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314, bevestigd in Hoge Raad 27 april 2007, *NJ* 2007, 544, r.o. 3.3.

### ***3.2 Beoordeling met betrekking tot de heer [A]***

15. Met betrekking tot de positie van de heer [A] oordeelt de Raad als volgt. De heer [A] was bestuurder van [vertrouwelijk] WBL. De Raad heeft in zaken 6494 en 6836 vastgesteld dat de heer [A] zelf inschrijfprijzen en –gedrag heeft afgestemd met Janssen de Jong. Hiermee staat vast dat de heer [A] zelf bevoegd en gehouden was een eind te maken aan de gedragingen van WBL die de Raad in die zaken als overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw heeft gekwalificeerd.
16. De Raad stelt op basis van het voorgaande vast dat de heer [A] leiding heeft gegeven aan de overtreding van WBL in de zin van artikel 56, vierde lid, Mw (oud).

### ***3.3 Zienswijze van de heer [A]***

17. De heer [A] heeft zich voor wat betreft de verkrijging van de tapverslagen aangesloten bij hetgeen Janssen de Jong heeft aangevoerd. Voor zover de heer [A] betoogt dat de tapverslagen niet jegens hem mogen worden gebruikt, overweegt de Raad als volgt. In het besluit met kenmerk 6494\_1/286, 6836\_1/184 (paragraaf 5.1 respectievelijk 10.1) heeft de Raad uiteengezet dat het Openbaar Ministerie de telefoontaps rechtmatig aan de NMa heeft verstrekt, zodat het gebruik van “bijvangst” door de NMa rechtmatig is. Voorts heeft de Raad in die paragrafen overwogen dat het bewijs niet is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Ook om die reden is het gebruik van de van het Openbaar Ministerie verkregen telefoontaps in dit bestuursrechtelijk geding toegestaan. De Raad oordeelt dan ook dat hij bevoegd is ook jegens de heer [A] gebruik te maken van de telefoontaps.
18. De heer [A] heeft in zijn zienswijze voor het overige slechts beargumenteerd waarom de gedragingen van WBL geen overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw zouden vormen. Over deze argumenten heeft de Raad reeds geoordeeld in het besluit met kenmerk 6494\_1/286, 6836\_1/184. De Raad stelt vast dat de heer [A] geen argumenten heeft aangevoerd die betrekking hebben op zijn rol van feitelijk leidinggever aan die overtreding(en).

## 4 Sanctie

### 4.1 *Beoordelingskader*

19. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw kan de Raad, wanneer hij toepassing geeft aan artikel 51, tweede lid, onder 2, Sr, een boete opleggen van ten hoogste EUR 450.000. Ingevolge artikel 57, tweede lid, Mw houdt de Raad bij het bepalen van de hoogte van de boete in ieder geval rekening houdt met de ernst en de duur van de overtreding.
20. De nadere invulling van de factoren waarmee bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening wordt gehouden, is aan de Raad overgelaten, waarbij hij rekening dient te houden met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
21. Met betrekking tot de hoogte van de boete heeft de Raad uit oogpunt van preventie, transparantie en rechtszekerheid op grond van artikel 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) beleidsregels vastgesteld: de Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa Boetecode 2007).<sup>8</sup> Bij het opstellen van de NMa Boetecode 2007 heeft de Raad in de eerste plaats de wettelijke bepalingen over de hoogte van de boete in acht genomen. Afgezien van het bovengenoemde wettelijk maximum is met name van belang dat rekening wordt gehouden met de ernst van de overtreding. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de mate waarin de gedraging waarmee de wettelijke bepaling is overtreden, de met die bepaling te beschermen belangen schaadt. Voorts kan de Raad bij de vaststelling van de boete boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen.

### 4.2 *Beoordeling met betrekking tot de heer [A]*

22. Onder verwijzing naar het besluit met kenmerk 6494\_1/286, 6836\_1/184, staat vast dat WBL zich schuldig heeft gemaakt aan zeer ernstige overtredingen. Met betrekking tot de rol van de heer [A] als feitelijk leidinggever daaraan overweegt de Raad dat de heer [A] persoonlijk en actief uitvoering gaf aan de afstemming van inschrijfprijzen en –gedrag met Janssen de Jong. Hieruit volgt dat, anders dan de Raad opmaakt uit het betoog van de heer [A], geen aanleiding bestaat om slechts een symbolische boete dan wel een boete van nihil op te leggen.
23. Bij het bepalen van de hoogte van de boete wordt – gelet op randnummer 14 van de NMa Boetecode 2007 – rekening gehouden met de financiële positie van de heer [A]. Ingevolge randnummer 50 onder 2) van de NMa Boetecode 2007 kan een boetegrondslag worden

---

<sup>8</sup> *Stcrt.* 29 juni 2007, nr. 123, p.41, gewijzigd in *Stcrt.* 10 oktober 2007, nr. 196, p.25.

vastgesteld die ligt tussen EUR 50.000 en EUR 400.000. Ingevolge randnummer 53 van de NMa Boetecode 2007 kan de Raad van zijn boetecode (waaronder randnummer 50 onder 2) afwijken, indien onverkorte toepassing ervan leidt tot evidente onbillijkheden.

24. De Raad ziet in deze zaak aanleiding om af te wijken van (randnummer 50 onder 2 van) de NMa Boetecode 2007. Bij het bepalen van de hoogte van de boete neemt de Raad, conform de jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>9</sup>, in overweging dat **[vertrouwelijk]**. Deze uitstroom van kapitaal bij WBL raakt de financiële positie van de heer [A] rechtstreeks en op significante wijze. Dit effect is door de Raad nadrukkelijk meegewogen in zijn beoordeling van de financiële positie van de heer [A].
25. Alles overwegende is de Raad van oordeel dat in dit geval een boete van EUR 10.000 passend is.
26. Gelet op het voorgaande stelt de Raad de boete vast op EUR 10.000.

---

<sup>9</sup> Hoge Raad 19 maart 2002, *NJ* 2002, 581, r.o. 4.3.

Openbaar

## BESLUIT

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

I. legt aan de heer [A], geboren op [datum] te [plaats], een boete op van EUR 10.000.

Datum: 29 oktober 2010

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

overeenkomstig het door de Raad van Bestuur genomen besluit,

W.g.

F.J.H. Don

Lid van de Raad van Bestuur

*Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.*