

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 6494_1/308; 6836_1/219

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

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 [B], voormalig **[vertrouwelijk]** directeur van Janssen de Jong.
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 Janssen de Jong artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden. Nu dit is vastgesteld, komt aan de orde of de heer [B] daaraan feitelijk leiding heeft gegeven in de zin van artikel 56, vierde lid, Mw (oud), welk artikellid verwijst naar artikel 51 Sr.¹

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.”²

8. De verplichting om maatregelen te nemen ter voorkoming van een bepaalde gedraging, kan op meerdere natuurlijke personen tegelijkertijd rusten.³ In zo een geval kan aan één gedraging van de rechtspersoon door meerdere personen tegelijkertijd leiding worden gegeven.

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

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

³ 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 leidinggeven 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.⁴
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.⁵
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.⁶ 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.⁷
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.

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

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

⁶ 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.

⁷ 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 [B]

15. Met betrekking tot de positie van de heer [B] oordeelt de Raad als volgt. De heer [B] had een leidinggevende positie bij Janssen de Jong. De Raad heeft in zaken 6494 en 6836 vastgesteld dat de heer [B] zelf inschrijfprijzen en –gedrag heeft afgestemd met WBL. Hiermee staat vast dat de heer [B] zelf bevoegd en gehouden was een eind te maken aan de gedragingen van Janssen de Jong 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 [B] leiding heeft gegeven aan de overtreding van Janssen de Jong in de zin van artikel 56, vierde lid, Mw (oud).

3.3 Zienswijze van de heer [B]

17. Voor zover de heer [B] 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 [B] gebruik te maken van de telefoontaps.
18. De heer [B] heeft aangevoerd dat geen risicoaansprakelijkheid bestaat voor strafbare gedragingen van de onderneming.
19. Aangezien de heer [B] zélf de verboden afspraken heeft gemaakt, is de Raad van oordeel dat van risicoaansprakelijkheid voor de heer [B] uiteraard geen sprake is.
20. De heer [B] heeft nog betoogd dat hem geen verwijt treft, omdat – zo vat de Raad het samen – hij in de gerechtvaardigde veronderstelling zou verkeren dat zijn handelen niet in strijd was met de Mededingingswet. Hij doelt hierbij in de eerste plaats op de vermeende afwezigheid van mededingingsbeperkende effecten van de contacten tussen Janssen de Jong en WBL. Ten tweede voert de heer [B] aan dat slechts (incidenteel) sprake was van het ‘vragen van prijzen’ hetgeen volgens hem in de bouwwereld reeds jaren voorkomt. Het vragen van prijzen werd, in de derde plaats, niet gedaan met het oogmerk om het concurrentieproces te frustreren. In de vierde plaats stelt de heer [B] dat Janssen de Jong weliswaar eerder door de NMa is

beboet, maar dat betrof gedragingen met een ander karakter. In de vijfde plaats is de praktijk van schijninschrijvingen niet eerder beboet in de beschikkingenpraktijk van de NMa en de Europese Commissie.

21. De Raad verwerpt het betoog van de heer [B] dat hij in de gerechtvaardigde veronderstelling mocht verkeren dat hij de Mededingingswet niet heeft overtreden. De Raad heeft in kenmerk 6494_1/286, 6836_1/184 (paragrafen 5.2.4.2 en 5.2.4.3 in zaak 6494 respectievelijk paragrafen 10.2.3.2 en 10.2.3.3 in zaak 6836) uiteengezet dat het afstemmen van inschrijfprijzen zoals Janssen de Jong en WBL dit deden, ertoe strekte de mededinging te beperken, dat een eventueel ander hoofddoel van de gedragingen niet afdoet aan de mededingingsbeperkende strekking van die gedragingen en dat uit de uitspraken van Nederlandse en Europese gerechten volgt dat het evident is dat het uitwisselen van hoogst vertrouwelijke informatie zoals hier gebeurde ertoe strekt de mededinging te beperken.⁸
22. De Raad verwerpt ook de overige argumenten van de heer [B]. Dat het ‘vragen van prijzen’ slechts incidenteel voorkwam, maakt het afstemmen van inschrijfprijzen uiteraard nog niet toegestaan. Ditzelfde geldt voor de stelling dat deze praktijk al sinds jaren voorkomt. Integendeel: de voortzetting van het afstemmen van inschrijfprijzen na de eerdere beboeting door de Raad in het kader van de ‘bouwfraude’, is voor de Raad te meer reden hiertegen op te treden. Uit die bouwfraude – waarin de NMa aan rechtspersonen behorende tot de Janssen de Jong-groep in totaal voor ruim EUR 1,5 miljoen aan boetes heeft opgelegd – is genoegzaam duidelijk geworden dat het voeren van vooroverleg omtrent inschrijfprijzen niet is toegestaan. De kern van het aanbestedingsproces bestaat immers erin dat inschrijvers onafhankelijk van elkaar een inschrijfprijs bij de opdrachtgever indienen. In dat licht is het evident dat ondernemingen, zoals Janssen de Jong, niet voorafgaand aan een aanbesteding hun inschrijfcijfers mogen afstemmen.
23. De heer [B] heeft nog aangevoerd dat geen sprake was van persoonlijke verrijking als gevolg van de overtreding. Ter hoorzitting heeft de gemachtigde van de heer [B] verduidelijkt dat persoonlijke verrijking een omstandigheid is die de Raad zou moeten meewegen bij een beslissing of aan de feitelijk leidinggever ook een sanctie moet worden opgelegd.
24. De Raad herinnert eraan dat de wetgever hem (de Raad) uit oogpunt van preventie de bevoegd heeft toegekend om natuurlijke personen te beboeten voor overtredingen van de Mededingingswet.⁹ De gestelde afwezigheid van persoonlijke verrijking door de heer [B] vormt voor de Raad geen reden om af te zien van een boete.

⁸ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-08/08 (*T-Mobile*), punt 41; langs gelijke lijnen rechtbank Rotterdam 13 juli 2006, *LJN AY4035*, r.o. 2.6.2.

⁹ *Kamerstukken II*, 2004–2005, 30 071, nr. 3, p. 8.

4 Sanctie

4.1 *Beoordelingskader*

25. 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.
26. 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.
27. Met betrekking tot de hoogte van de boete heeft de Raad uit oogpunt van preventie, transparantie en rechtszekerheid op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld: de Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa Boetecode 2007).¹⁰ 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 [B]*

28. Onder verwijzing naar het besluit met kenmerk 6494_1/286, 6836_1/184, staat vast dat Janssen de Jong zich schuldig heeft gemaakt aan zeer ernstige overtredingen. Met betrekking tot de rol van de heer [B] als feitelijk leidinggever daaraan overweegt de Raad dat de heer [B] persoonlijk en actief uitvoering gaf aan de afstemming van inschrijfprijzen en –gedrag met WBL. Hieruit volgt dat, anders dan door de heer [B] is betoogd, geen aanleiding bestaat om slechts een symbolische boete op te leggen.
29. 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 [B]. Ingevolge randnummer 50 onder 2) van de NMa Boetecode 2007 kan een boetegrondslag worden vastgesteld die ligt tussen EUR 50.000 en EUR 400.000.

¹⁰ *Stcrt.* 29 juni 2007, nr. 123, p.41, gewijzigd in *Stcrt.* 10 oktober 2007, nr. 196, p.25.

30. Met inachtneming van de ernst van de overtreding en met name in aanmerking nemende de financiële positie van de heer [B] in 2009, stelt de Raad achtereenvolgens de boetegrondslag en de basisboete vast op EUR 100.000.
31. De Raad kan de basisboete nog bijstellen, wegens boeteverhogende of –verlagende omstandigheden.
32. De Raad ziet in deze zaak geen aanleiding voor een boeteverhoging dan wel boeteverlaging. **[vertrouwelijk]**.
33. Naar het oordeel van de Raad vormt de materiële inkomens- en vermogenspositie van de heer [B] evenmin een boeteverlagende omstandigheid; die positie is immers reeds in aanmerking genomen bij het vaststellen van de boetegrondslag. Ook acht de Raad het feit dat de heer [B] zijn baan bij Janssen de Jong heeft verloren geen boeteverlagende omstandigheid. Wel beïnvloedt deze omstandigheid de huidige inkomenspositie, maar die heeft de Raad in aanmerking genomen bij het vaststellen van de boetegrondslag.
34. Alles overwegende is de Raad van oordeel dat in dit geval een boete van EUR 100.000 passend is.

Openbaar

BESLUIT

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. legt aan de heer [B], geboren op [datum] te [plaats], een boete op van EUR 100.000.

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.