Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3938_459-50
Betreft zaak: B&U

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit[1] 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 & utiliteitsbouw (hierna: B&U-sector). Naar aanleiding van deze onderzoeksactiviteiten, alsmede naar aanleiding van informatie die in het kader van de clementieregeling[2] bij de NMa is ingediend door een aantal ondernemingen, heeft de Raad van Bestuur van de NMa (hierna: de Raad) een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw laten opmaken (hierna: het Rapport[3]). Het Rapport is op 6 september 2005 vastgesteld en vervolgens naar 689 betrokken ondernemingen verzonden.

2. De in het Rapport omschreven overtredingen zijn begaan door ondernemingen. Deze ondernemingen kunnen bestaan uit één of meerdere rechtspersonen, die in concernrelatie tot elkaar staan en die ten aanzien van de betrokken overtredingen in

[1] Als rechtsopvolger van de d-g NMa, Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, Stcrt. 2005, 172.

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

[3] Zie bijlage 1 bij dit besluit.

mededingingsrechtelijke zin gezamenlijk als één onderneming moeten worden beschouwd.[4]

3. In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat de onderneming Beheermaatschappij C.H. Gerritsen heeft deelgenomen aan afspraken en/of 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/of gedragingen vormen een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG.

4. Ingevolge het Rapport bestaat de onderneming Beheermaatschappij C.H. Gerritsen uit Beheermaatschappij C.H. Gerritsen 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 in de B&U-sector, waaronder Aannemersbedrijf W.H. Gerritsen B.V. en Gerritsen Bouwgroep B.V. (hierna tezamen aangeduid als 'de Onderneming').

ACHTERGROND OPTREDEN NMa

5. In december 2002 toonde de Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid zich in haar eindrapport geschokt door de omvang van de '*structurele kartelvorming, gefundeerd in ingenestelde gewoontes en de cultuur van de bouwnijverheid*.'[5] De enquêtecommissie constateerde dat het hoog tijd was '*om de ingesleten gewoontes uit te bannen en daadwerkelijk tot fundamentele veranderingen te komen*.'[6]

6. Op 19 februari 2004 startte de NMa het onderzoek in de B&U-sector. In het voorjaar van 2004 riepen de NMa en het Kabinet de bouwsector dringend op om schoon schip te maken. Het Kabinet riep de bouwbedrijven, die op enigerlei wijze betrokken waren bij verboden kartelpraktijken, op daartoe een clementieverzoek bij de NMa in te dienen voor 1 mei 2004.[7] In totaal hebben 473 bouwbedrijven, afkomstig uit verschillende delen van de bouwsector, gehoor gegeven aan deze oproep door vrijwillig voor 1 mei 2004 informatie over hun kartelgedrag - en de betrokkenheid daarbij van anderen - aan te leveren bij de NMa.[8] Het voorgaande verschafte de NMa veel informatie over mededingingsbeperkende praktijken in de bouw.

---

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

[5] De bouw uit de schaduw, TK 2002-2003, 28 244, nrs. 5-6, p. 11.

[6] Idem noot 5, p. 12.

[7] Brief van de Ministers van EZ en Justitie van 20 februari 2004, TK 2004-2005, 28 244, nr. 64, p. 2.

[8] Brief van de Minister van EZ van 14 oktober 2004, TK 2004-2005, 28 244, nr. 85.

VERLOOP PROCEDURE IN DEZE ZAAK

7. 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 is aangekondigd dat de Onderneming in een sanctieprocedure wordt betrokken. De NMa heeft hierbij aan de Onderneming 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. De Onderneming heeft aan de NMa kenbaar gemaakt deel te willen nemen aan de reguliere sanctieprocedure. Om die reden heeft de NMa de reguliere sanctieprocedure gestart. Overeenkomstig de artikelen 59 tot en met 61 Mw heeft de NMa toepassing gegeven aan de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke & utiliteitsbouw (hierna: de Boetebekendmaking).[9]

8. De NMa heeft conform de artikelen 59 tot en met 61 Mw de op de zaak betrekking hebbende stukken die ten grondslag liggen aan het opstellen van het Rapport met ingang van 1 mei 2006 gedurende zes weken ter inzage gelegd ten kantore van de NMa. Van deze op de zaak betrekking hebbende stukken zijn de stukken waarin de Onderneming is genoemd in verband met haar vermoedelijke deelname aan de overtreding aan de Onderneming verzonden (hierna: het individuele bewijsdossier).

9. De Onderneming is in de gelegenheid gesteld mondeling en/of schriftelijk haar zienswijze op het Rapport te geven. De Onderneming heeft van één van deze mogelijkheden gebruik gemaakt door op de hoorzitting van 27 juni 2006 mondeling haar zienswijze naar voren te brengen. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 10 augustus 2006 aan de Onderneming is verzonden.

10. De Onderneming heeft opgave gedaan van haar aanbestedingsomzet 2001 zoals bedoeld in de Boetebekendmaking.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van het verloop van de procedure

11. De Onderneming voert aan dat de NMa handelt in strijd met de artikelen 59 en 60 Mw, artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM), de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en met fatsoensnormen door ondanks herhaald verzoek haar niet alle op de

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

zaak betrekking hebbende stukken toe te zenden en niet schriftelijk op haar verzoek om toezending te reageren. Voorts is volgens de Onderneming ten onrechte geen rekening gehouden met de data waarop haar gemachtigde volgens diens opgave verhinderd was om een hoorzitting bij te wonen. Door de handelwijze van de NMa wordt zij ernstig in haar verdediging ernstig geschaad, aldus de Onderneming.

Beoordeling zienswijze door de Raad

12. Het Rapport is opgesteld overeenkomstig het bepaalde in artikel 59 Mw. Een afschrift van het Rapport is aan de Onderneming toegezonden. Bij brief van 28 april 2006 heeft de NMa de Onderneming schriftelijk opgeroepen om naar keuze mondeling of schriftelijk haar zienswijze omtrent het Rapport naar voren te brengen. Als bijlage bij deze brief zijn de stukken die betrekking hebben op de deelname van de Onderneming aan het systeem van vooroverleg meegezonden. In de brief is eveneens aangegeven dat met ingang van 1 mei 2006 deze en alle overige op de zaak betrekking hebbende stukken gedurende zes weken ten kantore van de NMa ter inzage zouden liggen. De Onderneming heeft hiervan geen gebruik gemaakt. Hiermee is ook voldaan aan het bepaalde in artikel 60 Mw. De Mededingingswet, artikel 6 EVRM, noch de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verplichten de NMa alle op de zaak betrekking hebbende stukken aan een belanghebbende toe te zenden. Met de toezending van de stukken die betrekking hebben op de deelname van de Onderneming aan het systeem van vooroverleg en de terinzagelegging van deze en de overige op de zaak betrekking hebbende stukken acht de Raad de Onderneming voldoende in staat gesteld om kennis te nemen van deze stukken. De NMa heeft de gemachtigde van de Onderneming telefonisch van dit standpunt in kennis gesteld.[10] Niet valt staande te houden dat dit schriftelijk had dienen te gebeuren. Voorts kan, reeds gelet op het grote aantal door de gemachtigde van de Onderneming opgegeven verhinderdata – onder meer de tweede helft van de maand mei en de gehele maanden juni en juli – de NMa niet worden verweten dat zij de hoorzitting heeft geagendeerd voor een dag waarop deze gemachtigde volgens zijn opgave verhinderd was om deze bij te wonen. Overigens had de gemachtigde van de Onderneming, een beroepsmatig rechtsbijstandverlener, zich ook kunnen laten vervangen. De Raad verwerpt dan ook het verweer.

DE FEITEN

13. Dit besluit is gebaseerd op het Rapport, dat als bijlage aan dit besluit is gehecht en integraal deel uitmaakt van dit besluit. Hierna volgt een toelichting en/of aanvulling op het feitencomplex zoals dit is opgenomen in het Rapport.

[10] Zie telefoonnotities met nummer 3938_459/12 en nummer 3938_459/18.

Het systeem van vooroverleg

14. Uit de diverse verklaringen van clementieverzoekers, tevens bedrijven die in de B&U-sector werkzaam zijn, blijkt dat in de B&U-sector in Nederland in de periode van 1998 tot en met 2001, sprake was van vooroverleggen en afspraken, waarbij een groot aantal ondernemingen betrokken was en die verband hielden met elkaar en één voortdurend systeem vormden van afstemming van het inschrijfgedrag en het vaststellen van een rekenvergoeding voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken.[11] Aldus was sprake van een landelijk dekkend systeem van vooroverleg in de B&U-sector in Nederland in de periode van 1998 tot en met 2001.

15. De Onderneming heeft het bestaan van het systeem van vooroverleg niet betwist. Onder verwijzing naar de onderbouwing in het Rapport gaat de Raad van het bestaan van dit systeem uit.

Deelname aan het systeem van vooroverleg

16. Gegeven het bestaan van een landelijk dekkend systeem van vooroverleg, heeft de NMa onderzocht ten aanzien van welke ondernemingen kan worden vastgesteld dat zij hebben deelgenomen aan dat systeem. In de onderzoeksfase is uitgegaan van de in het Rapport omschreven 2+2 bewijsregel.[12] Op basis daarvan is de Onderneming als vermoedelijke deelnemer aan het systeem van vooroverleg in de procedure betrokken. In de sanctiefase heeft de Raad, in de context van de afgelegde verklaringen over het systeem van vooroverleg en de ingebrachte mondelinge en schriftelijke zienswijzen, de nodige kennis vergaard omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. In dat kader heeft de Raad tevens de stukken in het individuele bewijsdossier beoordeeld.

17. De Raad acht van belang dat ten minste elf clementieverzoekers onafhankelijk van elkaar hebben verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. Deze verklaringen zijn bevestigd en worden ondersteund door verschillende stukken die zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier, die

[11] Rapport randnrs. 40-91 (mechanisme van vooroverleg), randnrs. 137-153 (duur en geografisch gebied).

[12] Zie randnr. 135 van het Rapport. De 2+2 bewijsregel houdt, kort gezegd, in dat deelname van een onderneming aan het systeem van vooroverleg is vastgesteld indien tenminste twee clementieverzoekers hebben verklaard dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen (eerste twee), en deze verklaringen worden bevestigd door ten minste twee schriftelijke bewijsstukken (tweede twee). Deze bevestiging kan volgen uit schriftelijke bewijsstukken afkomstig van tenminste twee clementieverzoekers ten aanzien van tenminste één project (≥ 2 clementieverzoekers, ≥ 1 project) of kan volgen uit schriftelijke bewijsstukken afkomstig van tenminste één clementieverzoeker ten aanzien van ten minste twee (verschillende) projecten (≥ 1 clementieverzoeker, ≥ 2 projecten).

betrekking hebben op ten minste zestien projecten. Op basis van deze ter inzage gelegde bewijsstukken, die in onderlinge samenhang zijn bezien, en met inachtneming van de zienswijze van de onderneming, stelt de Raad vast dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg zoals hiervoor bedoeld.

18. De Raad baseert zich hierbij onder meer op stukken die betrekking hebben op vooroverleg voorafgaande aan de aanbesteding van de volgende projecten.

19. Het individuele bewijsdossier bevat een meldingsformulier van clementieverzoeker Giesbers Groep B.V. Deze geeft daarin aan dat op '**1 juni 2001**' ten aanzien van het project '*nieuwbouw Drukkerij de Doodewaard*' '**afstemmend overleg**' heeft plaatsgevonden en dat '**Gerritsen**' met adres '**Bennekomseweg 128 Renkum**' daaraan heeft deelgenomen.

20. Het individuele bewijsdossier bevat een meldingsformulier van clementieverzoeker B.V. Aannemingsbedrijf Hakfoort. Deze geeft daarin aan dat in '**2001**' ten aanzien van het project '**DGW&T Stroe logiesgebouw**' tussen haarzelf en '**Aannemersbedrijf WH Gerritsen BV'** met adres '**Bennekomseweg 128, 6871 KH Renkum**' afspraken zijn gemaakt over '**Calculatie/Rekenvergoedingen**'.

21. Ook clementieverzoeker Ten Tije Groep Bouw B.V. geeft in een meldingsformulier aan dat op '**4 september 2001**' ten aanzien van een project in '**Stroe**' vooroverleg heeft plaatsgevonden. Het betreft het project '**nieuwbouw 3 logiegebouwen op de Generaal-Majoorkazerne**'**.** Op de lijst van de bij dit vooroverleg betrokken ondernemingen wordt onder meer '**Gerritsen**' met adres '**Renkum**' genoemd.

22. Clementieverzoeker Ten Tije Groep B.V. heeft daarnaast nog drie meldingsformulieren ingediend, waarin zij aangeeft dat in 2001 bij de aanbesteding van drie andere projecten, onderscheidenlijk **'Verkeerscentrale Noord en Oost Nederland te Wolfheze**', '**nieuwbouw Politieburo te Hengelo**' en de '**aanpassing Oostdorp op het infanterie schietkamp te Harskamp**', vooroverleg heeft plaatsgevonden. Ook in deze meldingsformulieren wordt '**Gerritsen**' te '**Renkum**' genoemd als één van de bij de afspraken betrokken ondernemingen.

23. Het individuele bewijsdossier bevat een door clementieverzoeker Koninklijke BAM Groep N.V. overgelegd overzicht waarin is aangegeven dat bij de aanbesteding '**omstreeks 12 juli 2001**' van het project '**Stork Titan Boxmeer**' vooroverleg heeft plaatsgevonden. Over de inhoud van de afspraak is vermeld: '**Blanken excl. boete i.v.m. te korte bouwtijd; Vergoeding (creditering) 2 x 30.000,- / 1 x 100.000,- / boete 110.000,-**

/(.....) gaat boven Gerritsen staan'.[13] Koninklijke BAM Groep N.V. heeft daarbij tevens een handgeschreven stuk overgelegd, waarop ditzelfde project ook wordt vermeld, evenals de blank- en inschrijfcijfers van de verschillende betrokken ondernemingen, waaronder '**Gerritsen Renkum**'.

24. Het individuele bewijsdossier bevat een meldingsformulier van clementieverzoeker Reinbouw B.V. Deze geeft daarin aan dat voorafgaand aan de onderhandse aanbesteding van het project '**Nieuwbouw van een ontspannings- en activiteitencentrum te Ermelo**' overleg heeft plaatsgevonden ter vaststelling van een rekenvergoeding. Daarbij is tevens vermeld de datum van de aanbesteding en het besteknummer van het project. In de lijst met de bij deze afspraak betrokken ondernemingen noemt Reinbouw B.V. '**Aannemersbedrijf W.H. Gerritsen b.v.**' te '**Renkum**'.

25. Clementieverzoeker Reinbouw B.V. geeft in een tweede meldingsformulier aan dat ook ten aanzien van het project '**Bouwen van een ABN AMRO Kantoor te Velp**' ter vaststelling van een rekenvergoeding vooroverleg heeft plaatsgevonden. Ook hier is in de lijst met bij de afspraak betrokken ondernemingen '**Aannemersbedrijf W.H. Gerritsen b.v.**' te '**Renkum**' genoemd.

26. Het individuele bewijsdossier bevat een door clementieverzoeker TBI Bouwgroep B.V. overgelegde lijst van aanbestedingsafspraken.[14] Hierin is aangegeven dat bij de aanbesteding op **'25.6.99**' van het project '**Hotel Vinkenveen**' afspraken zijn gemaakt. In de kolom '**afspraak per inschr.**' is vermeld **'10.000**', in de kolom '**betrokken ondernemer**s' is onder anderen genoemd '**Gerritsen**'. Gelet op het daarachter vermelde nummer en de bijbehorende lijst met adressen van betrokken ondernemers,[15] wordt hier gedoeld op '**Gerritsen Bouwgroep Bennekomseweg 128, 6871 KH Renkum**'.

27. Het individuele bewijsdossier bevat een meldingsformulier van clementieverzoeker Klaassen Beheer B.V. Deze geeft daarin aan dat in 1999 ten aanzien van het project '**Nieuwbouw Woonvoorziening**' in Dieren vooroverleg heeft plaats gevonden ter vaststelling van een rekenvergoeding en dat '**Gerritsen** *Bouwgroep*' te '**Renkum**' daaraan heeft deelgenomen.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van deelname aan het systeem van vooroverleg

[13] Nummer 00038017000127.

[14] Nummer 00031011000088.

[15] Nummer 00031011000097.

28. De Onderneming stelt dat haar deelname aan het systeem van vooroverleg niet, althans onvoldoende, is aangetoond. Zij meent dat de herkomst van de bewijsstukken niet helder is en dat in de bouwsector veel bedrijven met een naam vergelijkbaar met die van haar actief zijn. De Onderneming stelt verder dat verklaringen van clementieverzoekers bewijskracht missen, omdat deze clementieverzoekers, gelet op de mogelijkheid om clementie te krijgen, bij het afleggen van die verklaringen een groot eigen belang hebben. Bovendien is het volgens de Onderneming mogelijk dat clementieverzoekers hun concurrenten opzettelijk schade willen toebrengen. De bewijsstukken die de Onderneming zijn toegezonden bewijzen volgens haar niet dat zij aan de handelingen zoals beschreven in het Rapport heeft deelgenomen.

Beoordeling zienswijze door de Raad

29. De Raad verwerpt de verweren. Hij overweegt hiertoe het volgende.

30. Allereerst merkt de Raad op dat, zoals hiervóór en ook in het Rapport is uiteengezet, sprake was van een landelijk dekkend systeem van vooroverleg in de B&U-sector in Nederland in de periode van 1998 tot en met 2001. Gemeenschappelijk doel van dit systeem betrof het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland. Dit systeem is in het Rapport gekwalificeerd als een voortdurende inbreuk op de mededingingsregels.

31. De Raad merkt in dit verband op dat gedragingen die de mededinging verstoren, doorgaans clandestien worden verricht met een beperkte documentatie.[16] In het algemeen worden ten bewijze van een inbreukgedraging slechts weinig stukken ontdekt waaruit de inbreukgedraging met zoveel woorden blijkt. Stukken zoals bijvoorbeeld notulen van een vergadering zullen gewoonlijk slechts sporadisch worden gevonden en zullen bovendien noodzakelijkerwijs fragmentarisch zijn, zodat details vaak via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst derhalve worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen, die in hun totaliteit beschouwd bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.

32. Herhaald zij dat in dit geval ten minste elf clementieverzoekers hebben verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. De lijsten waarop

[16] HvJ EG 7 januari 2004, gev. Zaken C-204/OOP ea, Aalborg Portland e.a./Commissie, randnrs. 55-57; zie ook besluit op bezwaar Raad van Bestuur zaaknr. 3689, Aanbesteding dakrenovatie AMC, randnr. 53 en conclusie A-G van 8 december 2005, zaak C-113/04 P, Technische Unie/Commissie, randnr. 40.

clementieverzoekers de namen van deelnemende ondernemingen hebben genoemd, maken deel uit van de clementieverzoeken en zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier. Deze verklaringen zijn bevestigd door bewijsstukken die zien op ten minste zestien projecten, waarvan een aantal hiervoor is besproken, die eveneens deel uitmaken van de clementieverzoeken en zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier.

33. Uit het individuele bewijsdossier kan worden afgeleid van welke clementieverzoekers de bewijsstukken afkomstig zijn. Daarmee is voldoende duidelijk van wie de stukken in het individuele bewijsdossier afkomstig zijn. Daarnaast zijn de betreffende clementieverzoeken met ingang van 1 mei 2006 gedurende zes weken ter inzage gelegd. Hierdoor is de Onderneming in de gelegenheid gesteld om nadere informatie te verkrijgen over de herkomst en de aard van de clementieverzoeken en het daarbij overgelegde materiaal.

34. De Onderneming miskent dat verklaringen van clementieverzoekers veelal zijn opgesteld op basis van eigen administratie en/of het geheugen en vaak concrete gedetailleerde informatie bevatten. Om voor clementie in aanmerking te komen dient een onderneming schriftelijk te verklaren dat zij de overtreding ‘naar haar kennis juist en volledig’ heeft omschreven. Als de verklaring onjuist blijkt te zijn, kan de toegezegde clementie volledig komen te vervallen.[17] Gelet op dit risico en de concrete details over het bestaan van de verboden gedraging, kunnen ook deze stukken worden beschouwd als een bevestiging van deelname aan het systeem van vooroverleg.

35. De Raad overweegt met betrekking tot de door de Onderneming gestelde mogelijke naamsverwarring het volgende. In het overgrote deel van de hiervoor bedoelde bewijsstukken wordt hetzij de volledige naam van (een onderdeel van) de Onderneming vermeld, dan wel het volledige adres van (een onderdeel van) de Onderneming dan wel de plaatsnaam Renkum. Gelet hierop, mag ervan worden uitgegaan dat de hiervoor bedoelde bewijsstukken op de Onderneming betrekking hebben.

36. Naar het oordeel van de Raad vormt de enkele – feitelijk niet onderbouwde stelling – dat de Onderneming niet bekend is met de hiervoor bedoelde projecten dan wel met ten aanzien van die projecten gehouden vooroverleg, onvoldoende grond om de desbetreffende stukken buiten beschouwing te laten. De bewijsstukken bevatten immers concrete informatie over projecten, inschrijfbedragen, opdrachtgevers, andere betrokken ondernemingen en de inhoud van de afspraken. De Raad is dan ook van

[17] Artikel 22 Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 6 juncto 56 Mw, Stcrt. 29 april 2004, nr. 82.

oordeel dat de stukken genoegzaam aantonen dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg.

Conclusie

37. Het vorengaande leidt tot de conclusie dat de Onderneming in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het afstemmen van inschrijfgedrag en het vaststellen van een rekenvergoeding voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland en daarmee een bijdrage heeft geleverd aan de instandhouding van dit systeem.

JURIDISCHE KWALIFICATIE VAN DE FEITEN / CONCLUSIE

38. In onderhavige zaak gaat de Raad uit van de juridische kwalificatie zoals omschreven in paragraaf 6 van het Rapport. De Raad stelt vast dat de gedragingen zoals hiervoor omschreven ertoe strekken de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen en als zodanig één voortgezette inbreuk op artikel 6 Mw en artikel 81 EG vormen.

SANCTIE

39. De Raad is van oordeel dat wegens de hiervoor vastgestelde overtreding een boete ingevolge artikel 56 Mw op zijn plaats is.

Toerekening

40. 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, eerste lid, 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 natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend.

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

Boetesystematiek

42. Voor de vaststelling van de hoogte van de boete hanteert de Raad de Boetebekendmaking. In de Boetebekendmaking heeft de Raad gekozen voor een boetesystematiek die aansluit bij de geconstateerde overtreding. De boete wordt gebaseerd op de aanbestedingsomzet van de Onderneming. Voor de bepaling van de hoogte van de boete wordt de aanbestedingsomzet van één jaar in aanmerking genomen. Als ijkjaar is daarbij voor 2001 gekozen. Dit jaar kan redelijkerwijs als representatief worden beschouwd. Verder houdt het jaar 2001 direct verband met de overtreding, aangezien de verboden praktijken in dit jaar nog volop voorkwamen en aangezien dit jaar het meest recente jaar van de overtreding betreft.

Toepassing van de Boetebekendmaking

Boetegrondslag

43. Conform randnummer 13 van de Boetebekendmaking wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op EUR 5.574.176,00. De Raad overweegt daarbij dat een accountant in opdracht van de Onderneming de door deze laatste niet als aanbestedingsomzet B&U-werken aangemerkte netto-omzet over 2001 op plausibiliteit heeft beoordeeld. Blijkens een brief van deze accountant van 27 september 2006 diende de Onderneming ten aanzien van één werk nog nadere documentatie over te leggen, ten einde de bedoelde beoordeling ook ten aanzien van dit werk te kunnen maken. De NMa heeft de Onderneming daarop een termijn geboden om deze documentatie alsnog over te leggen. De NMa heeft daarbij aangegeven dat, indien de Onderneming dit nalaat, het werk wordt aangemerkt als in aanbesteding verkregen en de daarmee gegenereerde omzet in aanmerking wordt genomen bij de vaststelling van de boetegrondslag. Nu de Onderneming de gevraagde gegevens niet alsnog heeft overgelegd, is dit laatste gebeurd.

44. De Raad overweegt dat niet, zoals in het Rapport gesteld, bij (vrijwel) alle aanbestedingen in de B&U-sector in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt. Dit is voor de Raad aanleiding het boetepercentage niet vast te stellen op het maximum van 12%, zoals genoemd in de Boetebekendmaking, maar op 10%. Hierbij neemt de Raad mede het verschil van de overtredingen in de B&U-sector ten opzichte van de andere sectoren in de bouw in aanmerking. In zijn besluiten met betrekking tot de Grond-, Wegen- en Waterbouwsector en de Installatiesector 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 een rekenvergoeding en het afstemmen van het inschrijfgedrag is vastgesteld.

45. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 10%, gaat de Raad ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag van EUR 557.417,00 (hierna: de bruto-boete).

Boeteverhogende omstandigheden

46. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverhogende omstandigheden, waarvan in dit geval niet is gebleken. De Raad neemt in deze procedure dan ook geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.

Boeteverlagende omstandigheden

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

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van boeteverlagende omstandigheid

48. De Onderneming stelt dat bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening dient te worden gehouden met de omstandigheid dat zij nooit enig voordeel heeft behaald.

49. De Raad verwerpt deze zienswijze. De Raad acht niet aannemelijk dat de Onderneming geen voordeel heeft behaald van de overtreding. Het is niet aannemelijk dat de Onderneming persisteert in deelname aan de overtreding zonder dat daar enig voordeel tegenover staat.

50. De Raad neemt in de onderhavige zaak ook overigens geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.

Boeteberekening

51. Het vorenstaande leidt tot een boete van: EUR 557.417,00.

52. De Raad is van oordeel dat de boete evenredig is in verhouding tot de met het gevoerde boetebeleid te dienen doelen en overigens ook billijk is.

BESLUIT

De Raad legt een boete op van EUR 557.417,00 aan de volgende rechtspersonen:
Beheermaatschappij C.H. Gerritsen B.V., gevestigd te Renkum,
Aannemersbedrijf W.H. Gerritsen B.V., gevestigd te Renkum,
Gerritsen Bouwgroep B.V., gevestigd te Renkum.

Bovengenoemde rechtspersonen zijn ieder hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

Dit besluit richt zich tot ieder van bovengenoemde rechtspersonen.

Datum: 25 oktober 2006

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

W.g.
P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 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.