Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3938_580-16
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 Steenfort 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 Steenfort uit Steenfort 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 Van Heesewijk Bouw 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 daarbij 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 per brief van 8 juni 2006 haar zienswijze naar voren te brengen.

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

DE FEITEN

11. 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.

---

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

Het systeem van vooroverleg

12. 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.10 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.

13. 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

14. 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.[11] 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.

15. De Raad acht van belang dat tenminste drie 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

---

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

[11] 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 ten minste 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 ten minste twee clementieverzoekers ten aanzien van ten minste één project (≥ 2 clementieverzoekers, ≥ 1 project) of kan volgen uit schriftelijke bewijsstukken afkomstig van ten minste één clementieverzoeker ten aanzien van ten minste twee (verschillende) projecten (≥ 1 clementieverzoeker, ≥ 2 projecten).

betrekking hebben op ten minste één project. Op basis van deze ter inzage gelegde bewijsstukken, die in onderlinge samenhang zijn bezien 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.

16. De Raad baseert zich hierbij onder meer op de volgende stukken die betrekking hebben op vooroverleg voorafgaande aan de aanbesteding van ten minste eerdervermeld project.

17. In het individuele bewijsdossier bevindt zich een onderbouwd clementieverzoek van Giesbers Groep B.V. Giesbers Groep B.V. geeft voor wat betreft het project *'Panden Edisonstraat Den Bosch'* aan dat er vooroverleg heeft plaatsgevonden, en dat *'Van Heesewijk Bouw, Pastoriestraat 161 Eindhoven'* heeft deelgenomen aan genoemd vooroverleg. Giesbers Groep BV geeft aan dat genoemd vooroverleg op of nabij 1 maart 2001 heeft plaatsgevonden en omschrijft de gedraging als volgt:*'Onderlinge afspraak: Omtrent dit werk heeft afstemmend overleg plaatsgevonden tussen de betrokken inschrijvers. Aanneemsom bedroeg ca. E 500.000.'* In het kader van haar clementieverzoek aan de NMa geeft Giesbers Groep BV verder nog aan dat: *'daarbij uiteindelijk is bepaald wie het werk zou gaan uitvoeren en welke interne aanspraken in een virtuele rekening courant verschuldigd waren aan de andere inschrijvers.'* [12]

18. In het individuele bewijsdossier is een aantal bewijsstukken opgenomen van clementieverzoeker Koninklijke BAM-groep N.V. Het betreft handgeschreven lijsten waarop per project, waaronder het project *'Edisonstraat den Bosch'*, wordt aangegeven of er sprake is van *'ontvangen'* of *'betalen'*.
Eén van de lijsten[13], gedateerd *'8-3-2001'* heeft specifiek betrekking op het project *'Edisonstraat 's Hertogenbosch'* . Opnieuw wordt ook *'v Heesewijk Bouw'*, waarvan Steenfort B.V. vanaf 28 december 2000 100% aandeelhouder is, als betrokken bij dit project genoemd. Verder is de naam vermeld van de toenmalige bestuurder van Van Heesewijk Bouw B.V. Achter Van Heesewijk Bouw staan twee bedragen: *'f 1.172.000'* en *'f 1.246.000'*. Verder is nog te lezen: *'Vergoeding f 12.500,-'*.

<u>Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van deelname aan het systeem van vooroverleg</u>

19. De Onderneming ontkent aan een aan haar overigens onbekend consistent systeem van vooroverleg in de periode van januari 1998 tot december 2001 te hebben

[12] Nummer 00330003300001.

[13] Nummer 39510100000205.

deelgenomen.

Beoordeling zienswijze door de Raad

20. 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.

21. Wat er ook moge zijn van de gestelde onbekendheid met het systeem van vooroverleg, uit de eerder besproken bewijsstukken blijkt dat de Onderneming bij tenminste één project in de B&U-sector overleg heeft gevoerd met andere inschrijvers over het gezamenlijk vaststellen van een rekenvergoeding. In haar zienswijze geeft de Onderneming er ook blijk van dat deze wijze van opereren in haar geval niet op zichzelf stond: *'Duidelijk is dat om in aanmerking te kunnen komen voor een opdracht tot uitvoering van werkzaamheden in de B&U sector altijd zeer omvangrijke voorbereidende (calculatie) werkzaamheden noodzakelijk waren om ten behoeve van opdrachtgever te kunnen komen tot een scherpe tot zeer scherpe prijsstelling.*
Voor deze werkzaamheden werden geen vergoedingen uitgekeerd. Aldus kon de situatie ontstaan dat "heel veel werk voor niets werd gedaan" indien een andere partij het werk kreeg aanbesteed.
Cliënten zijn niet bekend met enig ander doel van het in het rapport beschreven vooroverleg dan het verkrijgen van een rekenvergoeding voor de verrichte werkzaamheden.
Het is hen niet bekend dat in het kader van vooroverleg wijziging werd gebracht in de zogenaamde blankcijfers, zodat deze autonoom tot stand gekomen cijfers voorzover hen bekend altijd de basis vormden voor de uitkomst van de aanbesteding. Aldus bleef de laagste partij ook bij de aanbesteding de laagste partij. Hieromtrent vond geen afstemming plaats.
Van het opdringen aan opdrachtgever van een gezamenlijke keuze door deelnemers aan vooroverleg is cliënten nimmer gebleken.'

22. Naar het oordeel van de Raad miskent de Onderneming dat het systeem, zoals door haar omschreven reeds mededingingsbeperkend en in strijd met de Mededingingswet is. Dat er naar eigen zeggen van de Onderneming geen werkverdelingsafspraken zijn gemaakt doet hier niet aan af.

23. Mede gelet op deze eigen verklaring van de Onderneming stelt de Raad vast dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg.

Conclusie

24. 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

Zienswijze van de Onderneming

25. De Onderneming is van mening dat de invloed van het in het Rapport beschreven systeem op de totstandkoming van opdrachten in de B&U-sector minder ingrijpend was dan het Rapport wil doen voorkomen.

Beoordeling zienswijze door de Raad

26. De Onderneming onderbouwt haar standpunt onder meer door op het doel te wijzen van het in het Rapport omschreven vooroverleg, te weten het verkrijgen van een rekenvergoeding voor verrichte werkzaamheden. Daarmee erkent zij naar het oordeel van de Raad het bestaan en de inhoud ervan. Dat hierdoor sprake is van een ernstige beperking van de mededinging is reeds naar voren gekomen in het Rapport.

27. Zoals uit het Rapport blijkt, vond het litigieuze vooroverleg plaats voorafgaand aan aanbestedingen. Kenmerkend voor alle vormen van aanbesteding is het doel dat ermee wordt beoogd, namelijk om verschillende aanbieders onderling te laten concurreren voor dezelfde opdracht. Dit stelt de aanbestedende partij in staat om de meest efficiënte ‘inkoop’ te doen voor de uitvoering van een bepaald werk. De beoogde onderlinge concurrentie tussen de aanbieders komt tot uitdrukking in de verschillende aanbiedingen waartoe de gegadigden elk zelfstandig zijn gekomen. Dit ‘model’ veronderstelt dat de aanbieders in de fase vóór de indiening van de offerte onderling geen contact hebben over de betreffende opdracht, en - met name - niet over de parameters waarop de individuele aanbieders bij de inschrijving onderling concurreren, zoals het inschrijfcijfer, onderliggende calculaties, en in voorkomende gevallen bijvoorbeeld ook het ontwerp. Het is evident dat de werking van de aanbesteding ernstig wordt verstoord, indien aanbieders door onderlinge afstemming in de fase vóórafgaande aan de inschrijving de uitslag van de aanbesteding sturen en aldus de

mededinging beperken. De onderlinge concurrentie, die juist kenmerkend is voor een aanbesteding, wordt op die manier immers teniet gedaan, althans aanzienlijk beperkt.[14]

28. Daarnaast wijst de Raad erop dat ook het enkel afspreken van een rekenvergoeding de mededinging verstoort. Met het afspreken van een rekenvergoeding wordt *aan een concurrent* een vergoeding gegeven voor de gemaakte calculatiekosten. De risico's die zijn verbonden aan het inschrijven op een aanbesteding, te weten wel de kosten van een offerte maar niet het verkrijgen van de opdracht, worden uitgeschakeld dan wel tenminste verminderd. In een situatie van werkzame concurrentieverhoudingen gebeurt dit niet en bepalen ondernemingen zelfstandig hun marktgedrag.

Conclusie

29. 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

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

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van de bevoegdheid tot opleggen van een sanctie

31. De Onderneming stelt dat de bevoegdheid van de Raad om een boete op te leggen is vervallen omdat de overtreding meer dan vijf jaar geleden zou zijn begaan. Onder verwijzing naar pagina 32 van het Rapport stelt de Onderneming bovendien dat het voortgezette karakter van de inbreuk *'kennelijk'* alleen gericht is op algemene sanctieoplegging zonder verfijning naar concrete deelname en met terzijde stelling van artikel 57 en 64 Mw. De Onderneming is van mening dat voor sanctieoplegging concreet bewijs van deelname *'na juni 2001'* sprake moet zijn.

Beoordeling zienswijze door de Raad

32. Op grond van artikel 64 Mw vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 56, eerste lid, Mw vijf jaar nadat de overtreding is begaan. Bij voortdurende inbreuken begint de termijn pas te lopen als de

[14] Randnummers 22 en 23 Rapport.

overtreding is beëindigd.[15]

33. Vast is komen te staan dat de Onderneming in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 heeft deelgenomen aan één voortgezette inbreuk op artikel 6 Mw en artikel 81 EG. De Onderneming heeft immers in die periode noch publiekelijk afstand genomen van deelname aan het systeem noch haar activiteiten in de B&U-sector beëindigd. In tegenstelling tot hetgeen de Onderneming kennelijk veronderstelt is niet de datum van het laatste vooroverleg waaraan zij heeft deelgenomen bepalend voor het eindigen van haar deelname aan de overtreding. Hiermee miskent de Onderneming dat sprake is van deelname aan een *voortdurende* inbreuk, zoals uiteengezet in met name randnummers 168 tot en met 180 van het Rapport. Op het moment van de ondertekening van dit besluit was de termijn zoals genoemd in artikel 64 Mw nog niet verstreken. Op dat moment was de Raad derhalve bevoegd tot het opleggen van een sanctie.

34. Deze zienswijze dient derhalve te worden verworpen.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van de preventieve werking.

35. De Onderneming stelt dat de boete(grondslag) niet kan worden gevonden in de noodzaak van preventieve werking, omdat de overtreding reeds jaren geleden is beëindigd, en geen enkel bewijs voorligt dat na beëindiging van de overtreding deze op enig moment is hervat.

36. De Raad volgt de Onderneming niet, reeds omdat er nog steeds sprake is van activiteiten op de markt waarop de overtreding is begaan. Gelet hierop is de Raad van oordeel dat het opleggen van een boete vanuit het oogpunt van preventieve werking in de rede ligt. Daarnaast gaat deze zienswijze voorbij aan het feit dat met het opleggen van een boete in een specifieke zaak ook wordt beoogd te bevorderen dat ondernemingen de Mededingingswet naleven (generale preventie).[16] Ook uit een oogpunt van generale preventie dient in deze zaak een boete te worden opgelegd. Het onbestraft laten van een bewezen overtreding van de Mededingingswet in de bouwnijverheid ondermijnt de bereidheid tot het naleven van de Mededingingswet, zeker nu het hier gaat om een overtreding in de bouwnijverheid, waarin volgens het Rapport in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 sprake is geweest van structurele kartelvorming.

---

[15] Kamerstukken II, 1995/96, 24707, nr. 3 (MvT), p. 93.

[16] Paragraaf 1 richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge art. 57 van de Mededingingswet, besluit van de d-g NMa van 19 december 2001, Stcrt. 21 december 2001, 248, p. 90.

37. Ook deze zienswijze dient derhalve te worden verworpen.

Toerekening

38. 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.

39. 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 rechtspersonen in randnummer 4 van dit besluit.

Boetesystematiek

40. 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.

<u>Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van de boetesystematiek</u>

41. Het boetesysteem gebaseerd op de aanbestedingsomzet 2001 acht de Onderneming onaanvaardbaar. De Onderneming stelt dat het Rapport geen enkel onderscheid maakt naar de gestelde mate van betrokkenheid. Volgens de Onderneming komt dit onderscheid ook niet tot uitdrukking in de gehanteerde boetegrondslag (aanbestedingsomzet 2001).

<u>Beoordeling zienswijze door de Raad</u>

42. Alle ondernemingen, waarvan deelname aan het systeem van vooroverleg is komen vast te staan, hebben bijgedragen aan (de instandhouding van) dat systeem en worden

op gelijke wijze beboet. De NMa heeft bij de toepassing van de discretionaire sanctiebevoegdheid gekozen voor een op bedoelde overtreding eenvoudig en eenduidig toepasbaar boetesysteem dat is vastgelegd in de Boetebekendmaking. Daarmee is afgeweken van het algemene boetebeleid zoals vastgelegd in de Richtsnoeren boetetoemeting[17] dat is toegesneden op individuele kartels, waarin een directe relatie wordt gelegd tussen de verboden aanbestedingsafspraak ten aanzien van één of meerdere bepaalde transacties of projecten en de daaruit behaalde omzet. In plaats daarvan is in deze zaak en vergelijkbare zaken in de B&U-sector gekozen voor een nader te bepalen percentage van de aanbestedingsomzet in de betreffende deelsector over één jaar van de vier jaar durende overtreding (2001). De Raad is van oordeel dat hiermee is bijgedragen aan een effectieve handhaving van de Mededingingswet gericht op specifieke preventie ten aanzien van de Onderneming en algemene preventie ten aanzien van de gehele bouwsector om een daadwerkelijke cultuuromslag te bewerkstelligen. Het geldend wettelijk kader, waaronder uitdrukkelijk de discretionaire bevoegdheid ex artikel 56 Mw, en de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting, biedt ruimte voor een dergelijke specifieke aanpak.

43. De mate van betrokkenheid van de individuele onderneming is in zijn algemeenheid tot uitdrukking gekomen in de gekozen boetegrondslag (aanbestedingsomzet 2001). Hoe lager de aanbestedingsomzet 2001, des te geringer de deelname en bijdrage van de betreffende onderneming aan (de instandhouding van) dit systeem. Aldus bezien komt de mate van betrokkenheid voldoende tot uitdrukking in de gekozen boetegrondslag. Dit geldt niet voor het geval waarin de aanbestedingsomzet 2001 nihil is, zoals in onderhavig geval. In deze situatie gaat de Raad ertoe over om een boete op te leggen op het laagst denkbare niveau, om het beoogde preventieve effect van het opleggen van een boete te bereiken.

44. Deze zienswijze dient derhalve te worden verworpen.

Toepassing van de Boetebekendmaking

Boetegrondslag

45. Op basis van de door de Onderneming in dit verband overgelegde stukken stelt de Raad vast dat de Onderneming in 2001 geen aanbestedingsomzet heeft gerealiseerd. Bijgevolg zou vaststelling van de boete conform het bepaalde in randnummer 13 van de Boetebekendmaking resulteren in een boete van EUR 0,00. Het opleggen van een boete

[17] Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge art. 57 van de Mededingingswet, besluit van de d-g NMa van 19 februari 2001, Stcrt. 21 december 2001, 248, p. 90 zie ook: www.nmanet.nl.

van EUR 0,00 mist naar het oordeel van de Raad echter de gewenste preventieve werking.

46. De Raad acht het passend om bij toepassing van randnummer 15 van de Boetebekendmaking aansluiting te zoeken bij de laagste bruto-boete in de B&U-sector, zoals deze door de Raad is vastgesteld in de afwikkeling van de zogeheten versnelde procedure, zijnde: EUR 4.000,00 (hierna: de bruto-boete).

Boeteverhogende omstandigheden

47. 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

48. 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 omstandigheden.

49. De Onderneming stelt dat zij ook in aanmerking komt voor de 15% boetevermindering die aan alle deelnemers van de zogenaamde versnelde procedure is verleend.

50. Voorts geeft de Onderneming aan dat zij nimmer initiatief heeft genomen tot vooroverleg.

Beoordeling van de zienswijze door de Raad

51. Ten aanzien van de zienswijze dat de Onderneming ook in aanmerking zou komen voor de 15% boetevermindering die aan deelnemers van de versnelde procedure is verleend, overweegt de Raad als volgt. De Raad stelt vast dat de Onderneming heeft afgezien van deelname aan de versnelde procedure. De Onderneming heeft niet voldaan aan de vooraf bekendgemaakte voorwaarden om te kunnen deelnemen aan de versnelde procedure. Zo ziet een onderneming die deelneemt aan de versnelde procedure onder meer af van het recht om zelf het individuele bewijsdossier in te zien. Ook ziet zij van de mogelijkheid af om de feiten en essentie van het Rapport aan te vechten. De Onderneming heeft aan al deze voorwaarden niet voldaan. Dit betekent naar het oordeel van de Raad dat de Onderneming dan ook niet in aanmerking komt voor een

boetevermindering van 15%.

52. Zoals hiervoor uiteengezet, heeft de Raad vastgesteld dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. Ook zonder actieve bijdrage daaraan in de vorm van het nemen van initiatief tot het voeren van vooroverleg, wat van deze stelling van de Onderneming ook zij, heeft de Onderneming bijgedragen aan de instandhouding van dit systeem. De Raad ziet daarin dan ook geen aanleiding om de boete te verminderen.

53. De Raad neemt in de onderhavige zaak voor het overige geen boeteverminderende omstandigheden in aanmerking.

Boeteberekening

54. Het vorenstaande leidt tot een boete van: EUR 4.000,00.

55. 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 4.000,00 aan de volgende rechtspersonen:
Steenfort B.V., gevestigd te 's Hertogenbosch,
Van Heesewijk Bouw B.V., gevestigd te Eindhoven.

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.