

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3938_614-13

Betreft zaak: B&U

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit¹ 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 clementieregeling² 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 Rapport³). 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 mededingingsrechtelijke zin gezamenlijk als één onderneming moeten worden beschouwd.⁴

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.

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.

3. In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat de onderneming Van Straten Groep 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 Van Straten Groep uit Van Straten Groep 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 in ieder geval Van Straten 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 ingestelde gewoontes en de cultuur van de bouwnijverheid.*'⁵ De enquêtecommissie constateerde dat het hoog tijd was '*om de ingesloten 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 verschaftte de NMa veel informatie over mededingingsbeperkende praktijken in de bouw.

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

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.

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 deze mogelijkheden geen gebruik gemaakt.
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.

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

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

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 ten minste acht 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. Deze stukken hebben betrekking op negen projecten. Op basis van deze ter inzage gelegde bewijsstukken, die in onderlinge samenhang zijn gezien, stelt de Raad vast dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg zoals hiervoor bedoeld.

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 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).

16. De Raad baseert zich hierbij onder meer op de volgende stukken die betrekking hebben op vooroverleg voorafgaande aan de aanbesteding van de vermelde projecten. Het individuele bewijsdossier bevat een meldingsformulier afkomstig van clementieverzoeker Bouwbedrijf Berghege B.V. Bouwbedrijf Berghege B.V. heeft verklaard dat de Onderneming betrokken is geweest bij vooroverleg ten aanzien van het project 'Nieuwbouw DVO, Grave', met als vermelde datum '5 februari 2001'. De naam 'Bouwbedrijf van Straten, Eindhoven' is vermeld als één van de betrokken ondernemingen. De betrokkenheid van de Onderneming bij het vooroverleg ten aanzien van dit project wordt bevestigd in het clementieverzoek van Bouwbedrijf Gebr. v.d. Heijden B.V. dat zich eveneens in het individuele bewijsdossier bevindt.
17. Tevens bevat het individuele bewijsdossier een meldingsformulier afkomstig van clementieverzoeker TBI Bouwgroep B.V. TBI Bouwgroep B.V. heeft verklaard dat de Onderneming betrokken is geweest bij vooroverleg ten aanzien van het project 'Mr Bekkershuis in Schijndel' met als datum '9 juli 1999', waarbij een rekenvergoeding is overeengekomen. De naam 'Van Straten Bouw B.V.' is vermeld als één van de betrokken ondernemingen. De betrokkenheid van de Onderneming bij het vooroverleg voorafgaande aan de aanbesteding van dit project wordt bevestigd door het meldingsformulier van clementieverzoeker Bouwbedrijf Adr. de Wit B.V. Bouwbedrijf Adr. de Wit B.V. stelt dat 'Van Straten' uit Eindhoven op 9 juli 1999 samen met een aantal andere ondernemingen deel heeft genomen aan vooroverleg waar een rekenvergoeding is afgesproken tussen partijen'.
18. Voorts is in het individuele bewijsdossier opgenomen een meldingsformulier van de clementieverzoeker Nijssen Bouw B.V. waarin zij verklaart dat de Onderneming heeft deelgenomen aan vooroverleg ten aanzien van het project 'verbouwing luchthavengebouw tot informatiecentrum, Eindhoven in oktober 1999'. Ook clementieverzoeker TBI Bouwgroep B.V. meldt dat de Onderneming heeft deelgenomen aan vooroverleg in oktober 1999 ten aanzien van het project 'luchthavengebouw in Eindhoven'. Het meldingsformulier vermeldt de afspraak per inschrijver die is gemaakt.
19. Het individuele bewijsdossier bevat voorts een meldingsformulier van de clementieverzoeker Nijssen Bouw B.V. waarin zij verklaart dat de Onderneming heeft deelgenomen aan vooroverleg ten aanzien van het project 'Nutsbasisschool en peuterspeelzaal Heivelden, Best' met als aanbestedingsdatum '10 september 1999'.
20. Tevens is opgenomen in het individuele bewijsdossier een meldingsformulier van de clementieverzoeker Koninklijke BAM Groep N.V. waaruit blijkt dat de Onderneming betrokken is geweest bij vooroverleg ten aanzien van het project, 'Van Abbemuseum in Eindhoven' met als datum '2 november 1999'. De handgeschreven notitie van de

bijeenkomst vermeldt de gemaakte rekenvergoeding. Verder blijkt uit het meldingsformulier dat de Onderneming betrokken is geweest bij vooroverleg ten aanzien van het project 'High tech campus Philips' en het project 'TU Eindhoven'. Ten aanzien van deze projecten worden in het meldingsformulier rekenvergoedingen gemeld.

Conclusie

21. 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

22. In onderhavige zaak gaat de Raad uit van de juridische kwalificatie van de feiten zoals omschreven in paragraaf 6 van het Rapport. De Raad stelt vast dat de gedragingen van de Onderneming 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

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

Toerekening

24. 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.
25. 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

26. 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

27. Conform randnummer 13 van de Boetebekendmaking en op basis van de door de Onderneming overgelegde stukken wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op EUR 314.687,00.
28. De Raad heeft de aanbestedingsomzet 2001 van rechtspersonen die gedurende een beperkte periode tot de Onderneming behoorden, naar rato van deze periode – in verhouding tot de totale periode van de overtreding – meegenomen in de boetegrondslag en daarmee de bruto-boete (zie hierna randnr. 30) voor de Onderneming.
29. 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.
30. Gelet op het voorgaande gaat de Raad ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag van EUR 31.468,00 (de bruto-boete).

Boeteverhogende omstandigheden

31. 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

32. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverlagende omstandigheden. De Onderneming heeft geen boeteverlagende omstandigheden aangevoerd. De Raad neemt in onderhavige zaak ook overigens geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.

Boeteberekening

33. Het vorenstaande leidt tot een boete van: EUR 31.468,00.
34. 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 31.468,00 aan de volgende rechtspersonen:
Van Straten Groep B.V., gevestigd te Eindhoven,
Van Straten 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.