

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3692-158

Betreft zaak: 3692 / Dakwerkzaamheden Philips Drachten

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 14 juni 2004, kenmerk 3692/ 102.

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 14 juni 2004 (hierna: het bestreden besluit) heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) vastgesteld dat Erdo B.V. en Esha Building Contracting B.V. (hierna: Erdo), Witteveen Daktechniek Noord B.V. (hierna: Witteveen) artikel 6, eerste lid Mededingingswet (hierna: Mw) hebben overtreden wegens het afstemmen en afspreken van een rekenvergoeding bij aanbestedingen van dakbedekkingsprojecten.
2. De overtredingen van genoemde ondernemingen zijn mede toegerekend aan de moedermaatschappijen van de rechtspersonen waartoe zij behoren:
 - de overtreding van Erdo is tevens toegerekend aan Esha Building Contracting B.V. (hierna: Esha Building);
 - de overtreding van Witteveen is tevens toegerekend aan Witteveen Exploitatiemaatschappij Raalte B.V. (hierna: Witteveen Exploitatiemaatschappij).
3. Tegen het besluit hebben Witteveen, Erdo en Esha Building tijdig bezwaar aangetekend.
4. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, Mw heeft de d-g NMa de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).
5. Erdo, Esha Building en Witteveen hebben te kennen gegeven af te zien van hun recht te worden gehoord door de Adviescommissie tijdens een hoorzitting die was gepland op 4 februari 2005.

6. Op 27 juli 2005 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit, voorzover daarvan niet is afgeweken.
7. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt:

“5. Conclusies en Advies

82. De Adviescommissie is van oordeel dat de stelling van de d-g NMa dat de mededinging volledig is beperkt een te sterke kwalificatie vormt, gelet op de overwegingen in randnummer 50 van dit Advies. Zij adviseert de d-g NMa zijn conclusies op dat punt in het besluit op bezwaar te herformuleren.

83. De Adviescommissie merkt op dat de gehanteerde rekenfactor zich onvoldoende verhoudt tot de gehanteerde rekenfactor in andere besluiten van dezelfde datum en van eerdere datum. Het onderscheid in de gedragingen dient in voldoende mate tot uitdrukking te komen in de gehanteerde rekenfactor. Gelet op de overwegingen in randnummer 71 van het Advies adviseert de Adviescommissie de d-g NMa dan ook om een groter verschil dan 0,25 te hanteren bij de toepassing van de rekenfactor waarmee dat onderscheid in gedragingen op meer proportionele wijze wordt gereflecteerd, dan wel nader te motiveren waarom het onderscheid in gedragingen slechts een verschil van 0,25 rechtvaardigt.

84. De bezwaren dienen ongegrond te worden verklaard.”

8. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit¹ (hierna: de Raad) heeft zich ervan vergewist dat het advies zorgvuldig tot stand is gekomen. De Raad heeft besloten conform het Advies te beslissen. Ter motivering van dit besluit:
 - i. verwijst de Raad ex art. 3:49 Algemene wet bestuursrecht naar het Advies en naar hoofdstuk II dat - in navolging van het Advies - voorziet in een nadere motivering betreffende (a) de mededingingsbeperking en merkbaarheid en (b) de gehanteerde rekenfactor;
 - ii. verwijst de Raad naar hoofdstuk III, waarin de Raad ambtshalve een aanvullende onderbouwing geeft betreffende de boetgrondslag.

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, Stcr. 2005, 172.

II. Nadere motivering

Ad (a) Mededingingsbeperking en merkbaarheid

9. In randnummer 50 adviseert de Adviescommissie het volgende: *“Niettegenstaande het merkbare karakter van het mededingingsbeperking is de Adviescommissie evenwel van mening dat het standpunt van de d-g NMa dat de mededinging “volledig” is beperkt² een te sterke kwalificatie vormt, aangezien de d-g NMa alleen heeft aangetoond dat over een onderdeel van de kostprijs afspraken zijn gemaakt. Niet is uitgesloten dat, zoals bezwaarden betogen, op andere onderdelen van de prijs wel is geconcurrereerd. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa in het besluit op bezwaar zijn conclusies op dat punt te herformuleren.”*
10. In randnummer 102 van het bestreden besluit heeft de d-g NMa gemotiveerd waarom de mededinging als gevolg van de rekenvergoedingen merkbaar beperkt wordt. Zoals in randnummer 100 van het bestreden besluit is opgemerkt, volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie dat overeenkomsten die tot doel hebben de mededinging te beperken (zoals in casu het geval is), als merkbaar mededingingsbeperkend dienen te worden aangemerkt zonder dat daartoe een nader onderzoek is vereist. De d-g NMa heeft - anders dan de Adviescommissie lijkt te veronderstellen - niet willen treden in een onderzoek naar de mate van merkbaarheid. Dat is ook niet nodig, omdat de afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken, zoals de Adviescommissie in randnummer 46 van het Advies heeft onderschreven. De woorden “volledig en daarmee merkbaar” van de stelling *“...de mededinging volledig, en daarmee merkbaar, beperkt”* hebben kennelijk tot onduidelijkheid geleid. Nu de mate van merkbaarheid niet relevant is en ter voorkoming van onduidelijkheid, kan de hiervoor aangehaalde zinsnede achterwege blijven en herformuleert de Raad de laatste zin van randnummer 102 van het bestreden besluit als volgt:

“102. Nu de enige drie ondernemingen die Philips had uitgenodigd om een offerte in te dienen gezamenlijk ten aanzien van dit project afspraken hebben gemaakt omtrent ‘rekenvergoedingen’, is voor het project waarop de inschrijving betrekking had, de mededinging merkbaar beperkt.”

Ad (b) Rekenfactor sancties

11. In het advies ten aanzien van de bezwaren aangaande de zwaarte en ernst van de overtreding, economische context en rekenfactor als bedoeld in de Richtsnoeren boetetoemeting (hierna: Boeterichtsnoeren)³ is rekening gehouden met andere besluiten

² Verwijzing naar randnummer 102 van het bestreden besluit en punt 36 van de schriftelijke toelichting van de d-g NMa.

³ Richtsnoeren boetetoemeting m.b.t. opleggen boetes Mededingingswet, Stcr. 21 december 2001, 248.

dan het onderhavige bestreden besluit van dezelfde datum die eveneens zien op verboden aanbestedingsafspraken en/of afspraken over rekenvergoedingen in dakbedekkingsprojecten.⁴

12. De Raad conformeert zich aan het standpunt van de Adviescommissie ten aanzien van de vaststelling dat de onderhavige afspraken als zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt.⁵ Voor een zeer zware overtreding geldt op grond van randnummer 20 van de Boeterichtsnoeren dat de boetegrondslag - afhankelijk van de betrokken (economische) context - wordt vermenigvuldigd met een rekenfactor van 1,5 tot 3, zulks teneinde de ernst van de overtreding in de hoogte van de boete tot uitdrukking te brengen.
13. In dit geval bestaat de inbreuk op artikel 6 Mw uit het afspreken en afstemmen van een rekenvergoeding bij de aanbestedingen van dakbedekkingsprojecten en is de rekenfactor in het bestreden besluit door de d-g NMa vastgesteld op 1,75. In de zaken waarin daarnaast afspraken zijn gemaakt over de hoogte van de inschrijfprijzen en sprake was van een werkverdeling is de rekenfactor in het bestreden besluit op 2 vastgesteld. Daarnaast wijst de Adviescommissie op een eerdere vergelijkbare zaak 3055/ Scheemda waar een rekenfactor 2 is gehanteerd. De Adviescommissie is van mening dat het onderscheid in gedragingen in voldoende mate tot uitdrukking dient te komen in de gehanteerde rekenfactor, hetgeen in casu niet het geval is, aldus de Adviescommissie. In onderhavige zaak is alleen een afspraak gemaakt over rekenvergoedingen. Er is naar de mening van de Adviescommissie nu geen sprake van een volledige uitschakeling van de mededinging omdat op onderdelen van de inschrijving nog steeds sprake is van onzekerheid die eigen is aan concurrentie.
14. De Adviescommissie adviseert het verschil van 0,25 hetzij groter te maken hetzij nader te motiveren waarom het in de bestreden besluiten gehanteerde verschil gerechtvaardigd is. De Raad kan de Adviescommissie niet volgen in haar oordeel dat het gehanteerde onderscheid bij de rekenfactor van 0,25 verhoudingsgewijs klein is. Gelet op de bandbreedte die in deze zaak binnen de Boeterichtsnoeren gehanteerd kan worden acht de Raad dit onderscheid reeds aanzienlijk. De Raad acht dit verschil in rekenfactor, in de context van de onderhavige zaak, passend om tot uitdrukking te brengen dat er een zeker verschil is in de mate van uitschakeling van de mededinging. Het verschil wat betreft het karakter van de overtreding is naar het oordeel van de Raad niet van dien aard

⁴ Besluiten d-g NMa van 14 juni 2004 in zaak 3687/ Aanbesteding Complex 1731, zaak 3689/ Aanbesteding dakrenovatie AMC, zaak 3690/ Aanbesteding dakrenovatie Sporthal "De Springers", zaak 3691/ Aanbesteding dakrenovaties Emmtec.

⁵ Randnummer 71 van het Advies.

dat een groter verschil in rekenfactor dan waartoe eerder door de Dg NMa is besloten, aangewezen zou zijn.

III. Aanvullende motivering

Betrokken omzet / boetegrondslag

15. De Adviescommissie is van oordeel dat de d-g NMa in zijn brief aan de Minister van Economische Zaken van 12 oktober 2004 duidelijk heeft aangegeven dat de Bekendmaking boetetoemeting GWW-sector is opgesteld vanwege bijzondere omstandigheden en uitgangspunten. De Adviescommissie wijst op de in de brief genoemde omstandigheden, te weten:
 - de situatie dat in de bouwsector op grote schaal en op structurele wijze in strijd met de Mededingingsregels is gehandeld;
 - het voorkomen van tijdrovende individuele sanctieprocedures;
 - de efficiëntie van het aanpakken van kartelstructuren in plaats van individuele gedragingen;
 - de “schoon schip” gedachte van de regering.In randnummer 66 geeft de Adviescommissie aan dat de d-g NMa mede op voornoemde redenen de bekendmaking boetetoemeting GWW-sector heeft vastgesteld.

16. In het kader van de bijzondere situatie van deze bekendmaking wijst de Adviescommissie voorts op het feit dat een gehele sector op structurele wijze betrokken is bij mededingingsbeperkende afspraken. De afwijkende boetegrondslag vindt naar de mening van de Adviescommissie hierin zijn verklaring.

17. De Raad sluit zich hier bij aan en voegt hieraan het volgende toe. Na de oproep van het Kabinet aan de bouwbedrijven om een clementieverzoek bij de NMa in te dienen voor 1 mei 2004⁶, werden door 473 bedrijven clementieverzoeken ingediend. Dit bracht een enorme informatiestroom op gang over overtredingen op grote schaal van de Mededingingswet binnen de bouwsector. De NMa besloot vervolgens tot een sectorbrede aanpak. Het slechts bestraffen van enkele (representatieve) gevallen zou onvoldoende rekening houden met het ingrijpende en wijdverbreide karakter van de gedragingen. Een dergelijke aanpak zou de (mede door de politiek en maatschappij) gewenste grootschalige cultuuromslag in de bouw gevolgd door herstel van het geschonden vertrouwen in de bouwsector niet realiseren. Breed sanctioneren was hiervoor vereist.

⁶ Brief van de ministers van EZ en Justitie van 20 februari 2004, TK 28244, nr. 64, p. 2.

18. Een efficiënte en sectorbrede aanpak vereiste aanpassing en vereenvoudiging van het bestaande boetebeleid. Deze keuze werd niet alleen ingegeven door het grootschalige structurele karakter en diepgeworteld mededingingsbeperkend gedrag in de bouwsector maar ook de complexiteit, omvang en ondoorzichtigheid hiervan. Om dit gedrag aan te pakken kon de d-g NMa niet met de gangbare boetetoemeting conform de algemene Boeterichtsnoeren (en procedure) uit de voeten. Om deze reden heeft de NMa een speciale aanpak ontwikkeld die onder meer bestaat uit een vereenvoudigd boetebeleid gericht op maximale sectorbrede handhaving en een snelle en duurzame cultuuromslag.

IV. Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 27 juli 2005 over, zulks aangevuld met de hiervoor opgenomen nadere en aanvullende motivering in hoofdstuk II en III.
- II. verklaart de bezwaren tegen het besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 14 juni 2004, kenmerk 3692/ 102, ongegrond.

Datum: 15 december 2005

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

overeenkomstig het door de Raad genomen besluit,

W.g.
P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de Rechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.