



## De eerste serie bouwbesluiten van de NMa: meten met twee maten?

mr drs. D.P. Kuipers<sup>1</sup>

Recentelijk heeft de (toen nog) d-g NMa een serie besluiten genomen, waarbij aan ondernemingen in de Grond-, Wegen- en Waterbouw (GWW-)sector boetes zijn opgelegd wegens overtreding van de artikelen 6 Mededingingswet (Mw) en 81 EG-Verdrag (EG). In dit artikel wordt niet alleen een samenvatting gegeven van deze bouwbesluiten, maar wordt tevens aandacht besteed aan de specifieke procedurele en sanctieregelingen die in het kader van het onderzoek naar de bouwsector in het leven zijn geroepen. Daarbij rijst onvermijdelijk de vraag hoe deze specifieke regelingen zich verhouden tot de algemene beleidsregels van de NMa die in 'normale' kartelprocedures worden toegepast.

### De sanctiebesluiten in de GWW-sector

#### De aanloop naar de boetebesluiten in de GWW-sector

Naar aanleiding van de ontvangst van de schaduwboekhouding van het bouwbedrijf Koop-Tjuchem, is de NMa eind 2001 een ambtshalve onderzoek gestart naar overtredingen van de Mededingingswet. Dit onderzoek is in een stroomversnelling gekomen doordat de Tweede Kamer begin 2002 besloot een parlementaire enquête in te stellen naar de aard en omvang van onregelmatigheden in de bouwsector (in de praktijk vaak kortweg de 'bouwfraude' genoemd). Mede naar aanleiding van het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid heeft het kabinet een beroep gedaan op de bouwsector om schoon schip te maken en overtredingen van de Mededingingswet in de periode tot en met 2001 te melden bij de NMa.<sup>2</sup> Daar-

aan heeft de regering als deadline de datum van 1 mei 2004 verbonden.<sup>3</sup> Bouwbedrijven die voor die datum een beroep zouden doen op de Clementieregeling<sup>4</sup> van de NMa zouden kunnen rekenen op een snelle sanctieprocedure en gematigde boetes.

Maar liefst 473 bouwondernemingen hebben aan deze oproep gehoor gegeven en voor 1 mei 2004 een aanvraag ingediend bij de NMa.<sup>5</sup> Daarvan zijn er 379 als clementieverzoeken aangemerkt. Deze verzoeken hebben betrekking op verschillende deelsectoren binnen de bouwsector.<sup>6</sup> Ruim 100

- 1 De auteur dankt haar kantoorgenoot Natascha Linssen voor de ondersteuning.
- 2 Deze oproep is door de Minister van Economische Zaken gedaan tijdens het algemeen overleg van de Tweede Kamer op 17 februari 2004, Handelingen TK 2003-2004, 28 244 nr. 52, p. 3448-3472 en herhaald in een brief van de Ministers van EZ en Justitie aan de Tweede Kamer van 20 februari 2004, Handelingen TK 2003-2004, 28 244 nr. 64.
- 3 De keus voor deze datum is niet willekeurig, aldus de Minister van EZ: 'Om twee redenen noem ik de datum van 1 mei. De eerste is dat het vaak buitengewoon ingewikkelde boekhoudingen zijn en dat wij willen dat de zaken zo scherp mogelijk op tafel liggen. De tweede is dat ik hoop dat de versnelde invoering van twee nieuwe bevoegdheden voor de NMa per 1 mei kan plaatsvinden. Dan is sprake van een naadloze overgang', Handelingen TK 2003-2004, 28 244 nr. 52, p. 3463.
- 4 Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG-Verdrag jo. artikelen 56, 57 en 62 Mededingingswet, *Stcrt.* 1 juli 2002, nr. 122, zoals gewijzigd bij besluit van de d-g NMa van 28 april 2004 en gepubliceerd in de *Stcrt.* 29 april 2004, nr. 82.
- 5 Zie de brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer d.d. 14 oktober 2004, Handelingen TK 2004-2005, 28244 nr. 85.
- 6 De NMa heeft het onderzoek opgedeeld naar vier deelsectoren binnen de bouwsector: i) grond-, wegen- en waterbouw, ii) installatietechniek, iii) burgerlijke en utiliteitsbouw en iv) overige.

Pauline Kuipers is advocaat bij Bird & Bird in Den Haag.

ondernemingen hebben verklaringen ingediend en/of ander bewijsmateriaal aangedragen betreffende overtredingen van de mededingingsregels terzake van GWW-activiteiten. De NMa heeft het onderzoek van de clementieverzoeken in deze deelsector nu als eerste afgerond.

Op 29 maart respectievelijk op 29 april 2005 heeft de d-g NMa terzake van de gemelde overtredingen in deze deelsector, althans voor die ondernemingen die hebben geopteerd voor de versnelde sanctieprocedure, boetebesluiten genomen.<sup>7</sup> Deze besluiten zijn gebaseerd op hetzelfde rapport in de zin van artikel 59 Mw. Zowel de besluiten als het rapport (zaaknr. 4155) zijn intussen op de website van de NMa gepubliceerd. In de besluiten betreffende de GWW-deelsector zijn aan in totaal 345 ondernemingen geldboeten opgelegd met een totaal van meer dan € 100 miljoen. Vierendertig ondernemingen hebben aangegeven niet deel te willen nemen aan de versnelde sanctieprocedure. Tegen elk van deze bedrijven loopt inmiddels een reguliere sanctieprocedure, die een aantal jaren in beslag kan nemen.<sup>8</sup>

Separaat heeft de NMa twee groepen van zes bouwbedrijven (de zogenoemde C-6 en WO-6),<sup>9</sup> die behalve bij de algemeen gangbare praktijk van vooroverleg in de GWW-deelsector tevens betrokken waren bij marktverdelingsafspraken ten aanzien van grote infrastructurele werken zoals de HSL en Betuweroute, beboet voor die specifieke overtreding.<sup>10</sup> Het onderzoek in deze zaak liep al op het moment dat de bouwsector door het kabinet werd opgeroepen middels een beroep op de clementieregeling zelf bewijs te leveren van overtredingen. Het door de NMa in deze zaak reeds (middels bedrijfsbezoeken) opgespoorde bewijs is door de ondernemingen zelf in het kader van de clementieregeling aangevuld.<sup>11</sup> Opmerkelijk is dat de d-g NMa in dit besluit vaststelt dat de overheid als opdrachtgever een rol heeft gespeeld in de afstemming. De d-g NMa oordeelt dat hoewel de overheid vooraf op de hoogte leek van de afstemming tussen de bouwondernemingen en ook na de datum de samenwerking heeft aangemoedigd, dit de bouwondernemingen – die het werk bovendien al voor het overleg met de overheid onderling hadden verdeeld – niet ontslaat van de eigen verantwoordelijkheid tot naleving van de Mededingingswet.

In een eerder afzonderlijk beoordeelde zaak, de zaak *Scheemda*,<sup>12</sup> heeft de d-g NMa in de bezwaarfase zijn boetebesluit ingetrokken, aangezien de in dat besluit beboete gedraging (het vooroverleg inzake een aanbesteding door de gemeente Scheemda) deel uitmaakte van het sectorbrede systeem van vooroverleg, waar de boetebesluiten van 29 maart en 29 april 2005 op zien, en de betrokken partijen in dat verband tevens gehoor hadden gegeven aan de oproep tot het indienen van clementieverzoeken en deelnamen aan de versnelde procedure.<sup>13</sup> Om die reden heeft de d-g NMa deze zaak in bezwaar wegens gebrek aan procesbelang niet ontvankelijk verklaard.<sup>14</sup>

Opmerkelijk is in dit verband dat een tweetal andere afzonderlijk beoordeelde bouwzaken, waarin afstemming tussen GWW-ondernemingen in het kader van aanbestedingsprocedures plaatsvond in dezelfde periode als waarop

de onderhavige GWW-besluiten betrekking hebben, eind 2003 al separaat was afgedaan. Deze zaken, die qua verboden gedraging niet veel lijken te verschillen van de *C6- en WO6-zaak*, zijn echter beoordeeld op grond van de reguliere boetetoemingsregels.<sup>15</sup> Aan de betrokken ondernemingen zijn in deze zaken boetes opgelegd van in totaal ruim 85 miljoen euro. Anders dan in de zaak *Scheemda* heeft de d-g NMa zijn oordeel in deze zaken nog niet herzien. Wel heeft de d-g NMa in een brief aan de Minister van Economische Zaken aangekondigd<sup>16</sup> dat hij bereid is de opgelegde boetes aan te passen indien de betrokken ondernemingen deelnemen aan een collectieve schadevergoedingsregeling met de overheid.<sup>17</sup>

#### De geconstateerde overtredingen in de GWW-sector

In het rapport van 13 oktober 2004, waarop alle GWW-besluiten zijn gebaseerd, wordt uitvoerig beschreven op welke wijze de mededinging in deze deelsector jarenlang en op structurele wijze door de betrokken ondernemingen is beperkt.<sup>18</sup> Kort gezegd constateert de NMa, mede op basis van het door de ondernemingen bij hun clementieverzoeken aangedragen bewijsmateriaal en afgelegde verklaringen, dat de ondernemingen in de periode 1998 tot en met 2001 in wisselende samenstelling hebben deelgeno-

7 Vervolgens is in mei en juni 2005 ook nog een klein aantal besluiten in het kader van de versnelde procedure en op grond van hetzelfde rapport genomen.

8 Zie persbericht NMa d.d. 4 april 2005 op [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

9 Wegenbouwoverleg 6 oftewel het overleg tussen de zes grootste wegenbouwondernemingen in Nederland (WO6) resp. Civiele 6 oftewel het overleg tussen de zes grootste beton- en waterbouwondernemingen in Nederland (C6).

10 Besluiten van 29 maart 2005, zaaknr. 4602 *HGB*, zaaknr. 4517 *Ballast Nedam*, zaaknr. 4575 *KVWS*, zaaknr. 4307 *Heijmans*, zaak *BAM* (niet gepubliceerd), zaaknr. 4588 *Strukton* (alleen C6) en zaaknr. 4612 *Vermeer* (alleen WO6).

11 Zie persbericht NMa d.d. 4 april 2005.

12 Besluit d-g NMa 25 april 2003, zaaknr. 3055 *Scheemda*.

13 Besluit op bezwaar d-g NMa van 8 april 2005, zaaknr. 3055 *Scheemda*.

14 Het besluit op bezwaar bevat feitelijk twee dicta: (a) integraal (primair) intrekingsbesluit op grond van nieuwe feiten en omstandigheden (sanctiebesluit terzake van structuurovertreding), waarbij ten overvloede het BAC-advies is bijgevoegd dat geen deel uitmaakt van het besluit op bezwaar. Om te voorkomen dat het BAC-advies een eigen leven gaat leiden is daarbij – voor wat het juridisch waard is – vermeld dat de d-g NMa zich kan vinden in het BAC-advies en de regels inzake terinzagelegging van de stukken in het kader van andere sanctiebesluiten zal verduidelijken. (b) besluit op bezwaar niet-ontvankelijkheidsverklaring bij gebrek aan procesbelang.

15 Besluiten d-g NMa van 18 december 2003, zaaknr. 2873 *Noord-Holland Acht (NH8)* en zaaknr. 3064 *Asfaltzware wegenprojecten Noord-Nederland (Reiskas)*.

16 Brief van de d-g NMa aan de Minister van EZ d.d. 22 januari 2005, die door de minister op 4 februari 2005 aan de Tweede Kamer is toegezonden, Handelingen TK 2004-2005, 28244 nr. 89.

17 De d-g NMa zal dan niet alleen 10% van de door elke betrokken onderneming geleverde financiële bijdrage op de boete in mindering brengen, maar bovendien op de resterende boete een vermindering van 45% toepassen. Aanvankelijk gold hiervoor een deadline van 15 februari 2005 (voor het bereiken van een regeling met de overheid) maar onduidelijk is in hoeverre die is opgeschoven.

18 Rapport GWW-activiteiten, zaaknr. 4155 d.d. 13 oktober 2004, gepubliceerd op de NMa-website bij alle gepubliceerde boetebesluiten.

men aan vooroverleg voorafgaande aan inschrijvingen op de aanbesteding van diverse GWW-werken in Nederland. Deze vooroverleggen hingen met elkaar samen en vormden één voortdurend systeem van afstemming over de werkverdeling en het inschrijfgedrag. De ondernemingen hadden daarbij het gemeenschappelijk doel de werken onderling te verdelen en hun inschrijfgedrag bij de aanbestedingen af te stemmen.

Naast het algemene systeem van vooroverleg heeft de NMa geconstateerd dat kleine groepen GWW-ondernemingen in 'besloten kring' gedurende langere perioden concurrentiebeperkende afspraken hebben gemaakt in het kader van een bepaalde categorie of een samenhangende groep bouwwerken. Dergelijke afspraken in 'besloten kring' worden niet geadresseerd door het rapport, maar middels aparte rapporten. Een voorbeeld van dergelijke concurrentiebeperkende afspraken is de zaak *C6 en W06*.<sup>19</sup> In deze zaak is door verschillende betrokken ondernemingen een clementieverzoek gedaan en deze zaak is door de d-g NMa volgens de versnelde procedure behandeld.

Het systeem van vooroverleg, dat in het rapport uitvoerig wordt beschreven, was de algemeen gangbare manier waarop de betrokken ondernemingen hun inschrijfgedrag in aanbestedingsprocedures coördineerden. Doel van het vooroverleg was te bepalen i) welk van de aan het vooroverleg deelnemende ondernemingen het aan te besteden werk zou gaan uitvoeren (aangeduid als de 'rechthebbende'), ii) voor welk inschrijfcijfer (bedrag) het werk zou worden uitgevoerd en iii) welke onderlinge 'claims' daarmee tussen de aan het vooroverleg deelnemende ondernemingen werden opgebouwd. Dit systeem bracht automatisch met zich mee dat tussen de betrokken ondernemingen afstemming plaatsvond over de hoogte van de mogelijke inschrijfcijfers. Voor het recht om als laagste bieder te mogen inschrijven op een werk (en het dus gegund te krijgen) 'betaalde' de rechthebbende een 'prijs' die bestond uit een claim van de overige ondernemingen op de rechthebbende bij een toekomstig werk. Het rapport beschrijft verschillende varianten in de manier waarop de werken – binnen het gehanteerde systeem van vooroverleg – werden verdeeld en de inschrijfcijfers werden vastgesteld.<sup>20</sup>

De samenstelling van het vooroverleg wisselde per werk en was afhankelijk van de in dat werk geïnteresseerde ondernemingen dan wel de door de opdrachtgever uitgenodigde ondernemingen. De NMa merkt deze verschillende vooroverleggen aan als één systeem van vooroverleg. Er bestond ook een duidelijk verband tussen de verschillende vooroverleggen omdat de rechten en verplichtingen, die in de diverse vooroverleggen werden opgebouwd, verrekend werden in volgende vooroverleggen. De afspraken die tijdens de vooroverleggen tussen de diverse deelnemende ondernemingen werden gemaakt en de opgebouwde rechten en verplichtingen, werden bovendien in onderling verband geadmistreerd in een zogenaamde 'schaduwadministratie'.<sup>21</sup>

Uit het door de bouwondernemingen overgelegde materiaal blijkt dat het systeem van vooroverleg jarenlang usance

was voor nagenoeg alle ondernemingen die GWW-activiteiten verrichtten in Nederland. Deelname aan de vooroverleggen was niet beperkt tot in Nederland gevestigde ondernemingen. Ook buitenlandse ondernemingen (vooral uit België en Duitsland) die regelmatig inschreven op de aanbesteding van GWW-werken in Nederland, namen deel aan het systeem van vooroverleg.

#### De duur van de overtreding

Hoewel de NMa slechts de periode vanaf 1 januari 1998 (inwerkingtreding van de Mededingingswet) in aanmerking neemt, is duidelijk dat het mededingingsbeperkende systeem van vooroverleg daarvoor al jarenlang de gangbare praktijk vormde. De NMa wijst erop dat dit door de Commissie ook al eens is vastgesteld in de zogenoemde SPO-beschikking uit 1992, die in 1995 respectievelijk 1996 door het GvEA en HvJ EG is bevestigd. Op haar website geeft de NMa een samenvatting van deze beschikking, waarin de Commissie al duidelijk maakte dat een Nederlands systeem van regelingen dat onder meer zag op het onderling afstemmen van prijsaanbiedingen van aanbestedingen en het gezamenlijk aanwijzen van een rechthebbende in strijd met artikel 81 EG was. Weliswaar is met de bevestiging van de SPO-Beschikking door GvEA en HvJ EG een eind gekomen aan het systeem van de Samenwerkende Prijsregelende Organisaties, maar de facto lijkt de werkwijze van de ondernemingen in de Nederlandse bouwsector sindsdien nauwelijks te zijn aangepast.<sup>22</sup> Het systeem van vooroverleg had immers hetzelfde doel en effect als de SPO-regeling.<sup>23</sup>

Qua einde van de overtredingen neemt de NMa aan dat de betrokken ondernemingen hun gangbare praktijk van vooroverleg eind 2001 hebben beëindigd, mede naar aanleiding van een televisie-uitzending van actualiteitenprogramma Zembla, waarin melding wordt gemaakt van kartelgedrag in de Nederlandse bouwsector. De boetebesluiten hebben dus alle betrekking op een periode van vier jaar (1998-2001).

#### Kwalificatie van de inbreuk op artikel 6 Mw en artikel 81 EG

Voor wat betreft de kwalificatie van de inbreuk op artikel 6 Mw, stelt de NMa onder verwijzing naar de EG jurisprudentie dat de gedragingen, gezien het complexe en voortdurende karakter van de vooroverlegbijeentkomsten waaraan de ondernemingen in al dan niet wisselende samenstelling jarenlang deelnamen, niet afzonderlijk gekwalificeerd hoeven te worden als overeenkomsten of

<sup>19</sup> Zie voetnoten 9 en 10 hiervoor.

<sup>20</sup> Zie onderdeel 4.5 van het rapport (4155).

<sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld § 44 van het rapport.

<sup>22</sup> Zie ook NMa Jaarverslag 2004, p. 62: *Veel bedrijven gaven aan dat het werkverdelings- en prijsvormingsmechanisme, dat door de Europese Commissie in 1992 uitdrukkelijk was verboden, stilzwijgend was voortgezet.*

<sup>23</sup> Zie §149 van het rapport (4155).

onderling afgestemde feitelijke gedragingen.<sup>24</sup> De NMa wijst erop dat de ondernemingen geacht mogen worden voor de gehele duur aan de overtredingen te hebben deelgenomen, aangezien zij de onrechtmatige gedragingen van de andere ondernemingen kenden of konden voorzien en zich daarvan niet openlijk hebben gedistantieerd. Het feit dat elke onderneming op eigen wijze en in verschillende mate aan de inbreuk heeft deelgenomen, ontslaat haar niet van de aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk, met inbegrip van gedragingen die feitelijk door andere ondernemingen zijn gedaan, maar die hetzelfde mededingingsbeperkende doel of gevolg hadden.

De NMa gaat dus uit van één voortdurende inbreuk in de zin van artikel 6 Mw en rekent die alle betrokken ondernemingen in beginsel even zwaar aan. Zij alle zijn aansprakelijk voor het voortduren en instandhouden van het mededingingsbeperkende systeem van vooroverleg, de werkverdeling en de afstemming van het inschrijfgedrag gedurende de gehele periode waarin het systeem bestond. Wel kan de mate van betrokkenheid van elke individuele onderneming in aanmerking worden genomen bij de sanctionering.

Voor de vaststelling dat de geconstateerde gedragingen een overtreding van artikel 6 Mw opleveren, heeft de NMa in het rapport niet veel woorden nodig. De NMa wijst erop dat het gemeenschappelijk doel van de gedragingen bestond uit de verdeling van werken en afstemming van inschrijfbedragen voorafgaand aan inschrijving op aanbestedingen in de GWW-sector. De gedragingen waren erop gericht de onderlinge concurrentie tussen de bouwondernemingen ten aanzien van de verwerving van GWW-werken in Nederland te beperken. De deelnemende ondernemingen hebben welbewust feitelijke samenwerking in de plaats gesteld van concurrentierisico's. Onder die omstandigheden behoeven de feitelijke effecten van de gedragingen niet te worden onderzocht. Onder verwijzing naar de Europese jurisprudentie ten aanzien van afstemming in aanbestedingsprocedures,<sup>25</sup> merkt de NMa deze gedragingen aan als overtreding van het kartelverbod in artikel 6(1) Mw.

Ook aan de vraag naar de merkbaarheid en de wettelijke uitzondering op grond van artikel 6(3) Mw wijdt de NMa in het rapport (en de besluiten) nauwelijks woorden. Dat de overtreding merkbaar is, is gezien de betrokkenheid van nagenoeg de hele sector onmiskenbaar. Dat een dergelijke langdurige en grondige verstoring van de mededinging niet voldoet aan de uitzonderingsgronden in artikel 6(3) Mw wekt evenmin veel verbazing. Al bij toetsing aan de eerste voorwaarde van artikel 6(3) Mw, het realiseren van economische voordelen, gaat het mis, zodat de NMa aan toetsing van de overige voorwaarden niet meer toekomt.

Behalve aan artikel 6 Mw toetst de NMa de gedragingen ook aan artikel 81 EG, op grond van artikel 3(1) van Verordening 1/2003. Dit betekent dat wordt getoetst aan het aanvullende vereiste van artikel 81(1) EG ten opzichte van artikel 6(1) Mw, de ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel. Nu de Commissie, daarin gesteund door GvEA en HvJ EG, in 1992 in de SPO-zaak reeds oordeelde dat een systeem

van afstemming van inschrijfgedrag bij aanbesteding dat de gehele Nederlandse markt beslaat, leidt tot een beïnvloeding van de tussenstaatse handel, kan het geen verwondering wekken dat de NMa in deze zaak tot eenzelfde conclusie komt.

Ten slotte gaat de NMa in het rapport in op de toerekening van de geconstateerde overtredingen van artikel 6 Mw en artikel 81 EG aan de betrokken ondernemingen. Bij ondernemingen, waarvan de moedermaatschappij of holding aan de overtredingen deelnam, neemt de NMa aansprakelijkheid van deze moeder aan voor het gedrag van (eveneens deelnemende) groepsmaatschappijen. Indien meerdere rechtspersonen, die tot dezelfde groep van ondernemingen behoren, aan de overtredingen deelnamen, worden zij gezamenlijk als één onderneming aangemerkt. Ook in dat geval rekent de NMa de overtreding toe aan de rechtspersoon die uiteindelijke zeggenschap over de groep uitoefent.

### De individuele boetebesluiten

In de (individuele) boetebesluiten bespreekt de NMa de verboden gedragingen nauwelijks, maar volstaat met een verwijzing naar het rapport. Daarbij is van belang dat de partijen, die hebben geopteerd voor de versnelde sanctieprocedure, de in het rapport geconstateerde overtredingen ook niet betwisten (zie hierna de beschrijving van de kenmerken van de versnelde procedure).

Wel bevatten de individuele boetebesluiten een korte beoordeling van de argumenten van de Gemachtigde (generiek verweer) alsmede een beoordeling van de individuele omstandigheden die door de betrokken onderneming zijn aangevoerd. De beoordeling van het generieke verweer, dat is gevoerd door de namens alle partijen die voor de versnelde procedure hebben geopteerd aangewezen gemachtigde, is in alle besluiten gelijk. De Gemachtigde heeft onder meer aangevoerd dat niet bij (vrijwel) alle aanbestedingen in de GWW-sector kartelafspraken zijn gemaakt, dat de overheid de verboden gedragingen in aanbestedingsprocedures dikwijls heeft begunstigd en dat, mede als gevolg van de SPO-zaak, in brede kringen rond de bouw structurele (financiële) problemen gemeengoed zijn geworden. De NMa doet dit verweer in een paragraaf af met de stelling dat deze argumenten niet afdoen aan het verboden karakter van de gedragingen. Wel ziet de NMa met name in het argument dat niet in alle aanbestedingsprocedures in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt, aanleiding de brutoboete<sup>26</sup> vast te stellen op

24 De d-g NMa verwijst onder meer naar GvEA 20 april 1999, gev. zaken T-305/94 e.a. *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie* (PVC II), Jur. p. II-993, HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P *Anic Participazioni Commissie*, Jur. p. I-4125, GvEA 15 maart 2000, gev. zaken T-25/95 e.a. *Cimentières CBR e.a./Commissie*, Jur. p. II-491, HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-204/00 P *Aalborg Portland e.a./Commissie*, n.n.g.

25 Commissiebeschikking en arresten GvEA en HvJ EG in SPO-zaak, Commissiebeschikking van 21 oktober 1998, Voorgeïsoleerde buizen, *Pb. L24/1*, HvJ EG 16 december 1976 gev. zaken 40-48/73, *Suiker Unie e.a./Commissie*, Jur. p.1663.

26 Zoals omschreven in §11 van de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-deelsector, 13 oktober 2004, *Stcrt.* nr. 198, 33.

10% van de boetegrondslag in plaats van op het maximum van 12% genoemd in de GWW-boeterichtsnoeren.

Indien de onderneming – in aanvulling op het generieke verweer door de Gemachtigde – individuele omstandigheden heeft aangevoerd, gaat de d-g NMa daar alleen op in voor zover hij dit relevant vindt voor het nemen van een besluit in de verkorte procedure. In dit verband oordeelt de NMa onder meer dat het uit eigen beweging verstrekken van informatie aan de Belastingdienst geen aanleiding is om voor extra boetevermindering in aanmerking te komen. Het verlenen van toestemming aan de d-g NMa om door de onderneming vrijwillig versterkte informatie aan de Belastingdienst te verstrekken levert overigens wel een boeteverlaging op, en wel van 1% van de nettoboete.

### De clementieregeling

Nadat de politiek besloten had de bouwsector in de in gelegenheid te stellen ‘schoon schip’ te maken door hen de gelegenheid te stellen alle overtredingen in de periode 1 januari 1998–31 december 2003 vóór 1 mei 2004 bij de NMa te melden en daarbij in aanmerking te komen voor clementie in de vorm van een verlaging van door de NMa op te leggen boetes,<sup>27</sup> werd de NMa eind april 2004 overspoeld met clementieverzoeken. Lang niet alle bouwbedrijven in de GWW-deelsector hebben echter een clementieverzoek ingediend.<sup>28</sup> Bovendien heeft de NMa niet in alle gevallen het verzoek om clementie gehonoreerd. In een aantal gevallen heeft de NMa geoordeeld dat de bij het verzoek verstrekte informatie onvoldoende was om voor clementie in aanmerking te komen.

Aan de bedrijven die een succesvol clementieverzoek hebben ingediend, heeft de NMa een boeteverlaging van 10%-50% toegekend. Ter motivering van het toekennen van een maximale verlaging van 50% merkt de NMa op dat de clementieverzoeken vanuit de bouwsector worden beschouwd als kennisgevingen in categorie C van de Richtsnoeren Clementietoezegging.<sup>29</sup> De mate van boetevermindering is bepaald op grond van de volgende criteria:<sup>30</sup>

- voor een toereikend gespecificeerde kennisgeving van een mededingingsbeperkende afspraak of gedraging wordt een boetevermindering toegekend van 20% van de brutoboete. Hiertoe dient een toereikende beschrijving te zijn gegeven van de soort opdrachten waarop de afspraak of gedraging betrekking had en het type afspraak of afstemmingen dat met betrekking tot dat soort opdrachten plaatsvond;
- voor het vermelden van andere ondernemingen die bij de gedraging(en) betrokken waren, wordt een boetevermindering toegekend van 10% van de brutoboete;
- voor het vermelden van concrete werken (opdrachten) waarop de gedraging(en) betrekking had(den), wordt een boetevermindering toegekend van 10% van de brutoboete;
- voor het verlenen van verdergaande medewerking dan waartoe de onderneming wettelijk is gehouden, wordt

een boetevermindering toegekend van 10% van de brutoboete.<sup>31</sup>

In vervolg op de massale indiening van clementieverzoeken en onderliggend bewijsmateriaal ontstond een discussie tussen de Minister van EZ en de Tweede Kamer over het verstrekken van informatie door de NMa aan de Belastingdienst. De minister stelde zich daarbij op het standpunt dat door de bouwbedrijven verstrekte informatie niet zonder meer door de NMa op grond van artikel 90 Mw kon worden verstrekt aan de Belastingdienst. Weliswaar had de Raad van State geadviseerd dat er *“onvoldoende argumenten zijn voor de stelling dat de verplichting van artikel 55, eerste lid, Algemene wet inzake rijksbelastingen opzij wordt gezet door artikel 90 Mw”*, doch deze duidelijkheid bestond niet op het moment dat zij dat de informatie bij het clementieverzoek bij de NMa hadden ingediend. Nu de bedrijven die de betreffende informatie met hun clementieverzoek bij de NMa hadden ingediend hadden gehandeld in het vertrouwen dat deze informatie niet voor een ander doel zou worden gebruikt, had de regering besloten dat deze informatie door de NMa niet zonder toestemming van de betrokken bedrijven aan de Belastingdienst zou worden verstrekt.<sup>32</sup> Wel verzocht de d-g NMa de betrokken bedrijven om toe te stemmen in overdracht van hun dossiers aan de Belastingdienst, waarbij werd toegezegd dat toestemming als boeteverlagende omstandigheid bij de uiteindelijke sanctietoemeting door de d-g NMa zou worden meegewogen.<sup>33</sup>

Voor de toekomst is van belang dat het advies van de Raad van State, waarin feitelijk voorrang wordt gegeven aan artikel 11(1) AWR boven artikel 90 Mw, er mogelijk toe leidt dat ondernemingen zich bewust moeten zijn van het feit dat

27 Zie voetnoot nr. 2.

28 Uit persberichten van de NMa en het jaarverslag 2004 blijkt dat slechts ca. 25% van de GWW-ondernemingen waartegen het rapport werd opgemaakt een clementieverzoek hadden ingediend.

29 Dit betreft kennisgevingen van een kartel waaraan door de betreffende onderneming is of wordt deelgenomen, maar die niet als eerste daarvan kennisgeeft of die andere ondernemingen heeft gedwongen tot deelname aan het kartel (§7 Richtsnoeren Boetetoemeting).

30 Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de GWW-deelsector, *Stcrt.* 14 oktober 2004, nr. 198 p. 33.

31 Opmerkelijk is dat in de C6-WO6-besluiten ook verlagingen als gevolg van clementietoezeggingen worden toegekend van 12,5% en 15%. Hoe de d-g NMa tot de vaststelling van deze afwijkende percentages is gekomen wordt uit de besluiten niet duidelijk.

32 Zie de brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer d.d. 3 december 2004, Handelingen TK 2004–2005, 28244 nr. 87.

33 Uiteindelijk leverde het verlenen van deze toestemming de ondernemingen een boeteverlaging van 1% van de nettoboete op.

informatie die aan de NMa wordt verstrekt, al dan niet in het kader van een clementieverzoek, door de NMa aan de Belastingdienst kan worden verstrekt.<sup>34</sup>

### De versnelde procedure

Direct na de 'clementie-deadline' van 1 mei 2004 was al duidelijk dat alleen al de afhandeling van de enorme hoeveelheid clementieverzoeken volgens de 'reguliere' sanctieperiode door de NMa jaren en jaren in beslag zou gaan nemen. Daar kwam nog bij dat mede dankzij het bij de clementieverzoeken ingediende bewijsmateriaal ook nog eens overtredingen aan het licht kwamen door bouwondernemingen die geen clementieverzoek hadden ingediend. Om afhandeling van de bouwzaken binnen een redelijke termijn mogelijk te maken, heeft de NMa speciaal (en uitsluitend!) voor de afhandeling van overtredingen in de bouwsector een zogenoemde 'versnelde sanctieprocedure' geïntroduceerd en alle ondernemingen tegen wie het rapport was gericht, de keus geboden om van deze procedure gebruik te maken.

Het kiezen voor deze versnelde procedure hield in dat de bedrijven afzagen van hun (wettelijk) recht op inzage in het dossier en het recht om individueel te worden gehoord. Per deelsector machtigen de bedrijven die voor deze procedure kiezen één gemachtigde die namens hen generieke verweeren tegen het rapport en andere generieke argumenten naar voren brengt. Voor de GWW-deelsector werd oud-VNO/NCW voorzitter drs. J.C. Blankert door de bouwondernemingen als hun gemachtigde aangewezen. Om de bouwbedrijven te stimuleren voor deze versnelde procedure te kiezen, werd een boetevermindering van 15% in het vooruitzicht gesteld bij deelname aan deze versnelde procedure. Ook bedrijven die geen clementieverzoek hadden ingediend, maar die – vooral naar aanleiding van de informatie uit clementieverzoeken van anderen – wel in het onderzoek betrokken waren geraakt, werden door de NMa uitdrukkelijk uitgenodigd aan de versnelde procedure deel te nemen.<sup>35</sup>

De GWW-bouwbedrijven kregen na het uitbrengen van het rapport zes weken de tijd om te beslissen voor deelname aan de versnelde procedure. Uiteindelijk heeft een overgrote meerderheid van de bedrijven in de GWW-sector gekozen voor deze versnelde afhandeling. Onduidelijk is nog of voor het bezwaar tegen de besluiten op basis van de versnelde procedure ook een versnelde bezwaarprocedure (of rechtstreeks beroep bij de rechtbank) zal worden toegepast. Van de meer dan 400 ondernemingen tegen wie het rapport was opgemaakt, hebben slechts 34 ondernemingen gekozen voor afdoening volgens de reguliere sanctieprocedure.<sup>36</sup> Deze procedures lopen momenteel nog en de besluiten tegen deze ondernemingen kunnen nog wel even op zich laten wachten.

### De boetetoemeting

Het massale beroep op de clementieregeling en de invoering van de versnelde procedure hadden ook gevolgen voor de door de NMa te hanteren boetetoemeting. Enerzijds bestond behoefte aan verduidelijking van de toekenning

van het percentage boetevermindering wegens het verstrekken van informatie in het kader van de clementieregeling en het opteren voor de versnelde procedure. Anderzijds bestond de (politieke) consensus dat toepassing van de reguliere boetetoemetingsregels ongewenste gevolgen voor de sector als geheel zou hebben. Dit heeft ertoe geleid dat de boetes die voor de overtredingen van de mededingingsregels in de GWW-sector aanmerkelijk minder hoog zijn dan bij toepassing van 'reguliere' boeterichtsnoeren het geval zou zijn geweest.

Om inzicht te kunnen geven de wijze van boeteberekening voor overtredingen van de mededingingsregels in de GWW-sector werden, in afwijking van de algemene boeterichtsnoeren van de NMa, specifieke boeterichtsnoeren voor de GWW-deelsector afgekondigd.<sup>37</sup> Deze GWW-boeterichtsnoeren werden tegelijk met het rapport aan de van overtredingen in de GWW-sector verdachte ondernemingen toegezonden, zodat deze partijen vooraf inzicht hadden in de wijze waarop de boetes zouden worden vastgesteld.

Uitgangspunt voor de boeteberekening vormt de boetegrondslag, die voor de bedrijven in de GWW-deelsector werd vastgesteld op de aanbestedingsomzet in 2001. Hieronder werd verstaan de omzet die elke betrokken onderneming in 2001 heeft behaald met haar in Nederland uitgevoerde activiteiten in de GWW-deelsector bij de uitvoering van werken waarvan de opdracht via aanbesteding werd verworven.<sup>38</sup> Opmerkelijk is dus dat de boetegrondslag niet de gehele periode waarin de overtreding plaatsvond beslaat, maar slechts één van de vier jaar waarin de NMa overtreding van artikel 6 Mw constateert.

In de GWW-boeterichtsnoeren wordt uitgegaan van een brutoboete van maximaal 12% van de aanbestedingsomzet 2001 voor alle GWW-bedrijven die hadden deelgenomen aan het algemeen gehanteerde systeem van verboden vooroverleg. Uiteindelijk gaat de NMa bij de vaststelling van de boetes uit van een brutoboete van 10% van de aanbestedingsomzet 2001. Naar aanleiding van het generieke verweer door de Gemachtigde dat het systeem niet bij alle aanbestedingen werd gehanteerd, heeft de d-g NMa besloten niet de maxi-

34 Zie de vervolgpemerkingen van de minister: *'Het kabinet zal het dan ook daarheen leiden dat in het clementie- en inkeerbeleid tevoren aan betrokkenen duidelijk wordt gemaakt dat bij de NMa onder de clementieregeling aangeleverde informatie op verzoek van de Belastingdienst wordt doorgeleverd aan de Belastingdienst indien de inkeerregeling van toepassing is (en vice versa). Dit vloeit voort uit het in het inkeerbeleid opgenomen uitgangspunt dat informatie wordt beschouwd als vrijwillige gedragsverbetering indien – kort gezegd – de informatie wordt verstrekt voordat de Belastingdienst de informatie zelf al op het spoor is.*

35 Zie persbericht NMa: 'NMa start versnelde sanctieprocedure tegen 400 bouwbedrijven in GWW-sector', d.d. 14 oktober 2004.

36 Aldus de d-g NMa in zijn brief aan de Minister van EZ d.d. 1 april 2005, die op 5 april 2005 door de Minister aan de Kamer is toegezonden, Handelingen TK 2004-2005, 28244 nr. 97.

37 Inmiddels zijn dergelijke specifieke boeterichtsnoeren ook afgekondigd voor de deelsector Installatietechniek, *Stcrt.* 22 april 2005, nr. 78 p. 34.

38 De NMa heeft een Toelichting berekening aanbestedingsomzet 2001 gepubliceerd, die te vinden is op haar website: [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

male 12% te hanteren, maar 10% van de aanbestedingsomzet als brutoboete te hanteren. Voor de onderneming die naast de generieke overtreding (deelname aan het systeem van vooroverleg) tevens aan andere mededingingsbeperkende gedragingen heeft deelgenomen (zoals de C6- en W06-deelnemers) bepalen de GWW-boeterichtsnoeren dat de boete per dergelijke overtreding vastgesteld is op maximaal 3% van de boetegrondslag.<sup>39</sup> In werkelijkheid is in de C6- en W06-besluiten gekozen voor een brutoboete van 2% (C6) respectievelijk 1,5% (W06).<sup>40</sup>

Opmerkelijk is dat op deze brutoboete uitsluitend nog boetevermindering wordt toegepast, afhankelijk van de door de onderneming gekozen processtrategie. Boeteverzwaring, zoals in de reguliere boeterichtsnoeren wordt voorzien, bijvoorbeeld wegens de ernst van de overtreding of andere boeteverzwarende omstandigheden, is in de GWW-boeterichtsnoeren niet aan de orde.<sup>41</sup>

Boetevermindering kan allereerst plaatsvinden wegens een geslaagd clementieverzoek (10%-50% op basis van de hiervoor genoemde criteria) en deelname aan de versnelde procedure (15%). Het bedrag na vermindering in verband met de clementietoezegging en deelname aan de versnelde procedure wordt de nettoboete genoemd. Op deze netto-omzet kan de NMa een verdere vermindering toepassen naar aanleiding van een individueel gevoerd verweer en/of, bij ondernemingen met een concernomzet van minder dan EUR 10 miljoen per jaar, 15% vermindering wegens 'relatieve grootte' van de onderneming, en/of een vermindering van 1% bij ondernemingen (met een maximum van EUR 10.000) die hebben ingestemd met doorzending van vrijwillig door hen (bij clementieverzoek of later in de procedure) verstrekte informatie. Deze percentages worden dus berekend over de nettoboete.<sup>42</sup>

In die gevallen waarin de betrokken onderneming in 2001 geen aanbestedingsomzet heeft gerealiseerd, gaat de NMa – anders dan verwacht – niet uit van de aanbestedingsomzet in een ander jaar of van de gemiddelde jaarlijkse aanbestedingsomzet over de periode 1998-2001. De NMa kiest ervoor om in die gevallen aan te sluiten bij de laagste brutoboete, naar beneden afgerond op honderd, die voor een deelnemende onderneming in de versnelde procedure is vastgesteld. Op deze forfaitaire brutoboete worden vervolgens de voor de betreffende onderneming toepasselijke verminderingen toegepast. Zo werd voor 'kleine' ondernemingen, dat wil zeggen ondernemingen met een concernomzet van minder dan EUR 10 miljoen per jaar, een additionele korting van 15% op de nettoboete toegepast.<sup>43</sup>

Ten slotte heeft de d-g NMa toegezegd dat hij bereid was bij de vaststelling van de boetes in positieve zin rekening te houden met de totstandkoming van een collectieve regeling met overheidsopdrachtgevers.<sup>44</sup> Het meewerken aan de versnelde procedure bij de NMa en het betalen van de boete is een van de onderdelen van schoon schip maken voor de bouwsector, maar ook het betalen van compensatie aan overheidsopdrachtgevers acht de d-g NMa daarvan een belangrijk onderdeel. De d-g NMa heeft daarbij toegezegd de nettoboete (verder) te verminderen met 10% van de feitelijk

geleverde financiële bijdrage aan de collectieve regeling (tot een maximum van 10% van de nettoboete). Een dergelijke regeling was er nog niet op het moment dat de GWW-besluiten werden genomen. In de begeleidende brief bij toezending van de besluiten heeft de NMa aangegeven bereid te zijn de boetebesluiten te herzien en de opgelegde boetes te verminderen indien 'op korte termijn' een collectieve regeling tot stand komt en de onderneming kan aantonen hieraan een financiële bijdrage te hebben geleverd.<sup>45</sup>

Inmiddels is die collectieve regeling er wel. Op 24 juni 2005 is het Akkoord Collectieve Regeling Bouwnijverheid getekend tussen vertegenwoordigers van Bouwend Nederland en de betrokken overheden, waarmee een einde is gemaakt aan alle inmiddels lopende civiele procedures om bij bouwbedrijven schade te verhalen wegens vermeende prijsafspraken.<sup>46</sup> Deze regeling houdt in dat de bouwbedrijven 50 miljoen euro aan de overheid betalen, maar slechts de helft daarvan (25 miljoen) bij de NMa opgeven als door hen betaalde bijdragen. Hierdoor zal de door de NMa toe te kennen boetevermindering maximaal 2,5 miljoen bedragen. Welk deel hiervan betrekking zal hebben op de GWW-deelsector en welke boetevermindering dit voor de individuele bedrijven op zal leveren, is vooralsnog onduidelijk.

### Verhouding tussen de GWW-boetebesluiten en reguliere boetebesluiten: meet de NMa met twee maten?

Uit het voorgaande blijkt dat de d-g NMa voor de afhandeling en beoordeling van de overtredingen in de bouwsector niet alleen een andere procedure heeft ingevoerd, maar ook een afwijkende sanctie maatstaf hanteert ten opzichte van reguliere kartelzaken. Met name de boe-

39 Op basis van de GWW-boeterichtsnoeren kunnen partijen die zowel aan het algemene systeem van vooroverleg en C6/W06 hebben deelgenomen dus op een brutoboete van max. 18% van de aanbestedingsomzet rekenen. In werkelijkheid bedraagt de brutoboete voor deze ondernemingen 13,5% van de aanbestedingsomzet 2001.

40 Zie de besluiten genoemd in voetnoot 10. Voor de W06-overtreding wordt een lager boetepercentage gehanteerd dan voor de C6-overtreding, gezien de rol van de overheid bij de W06-overtreding en de beperktere rol die de W06-deelnemers hebben gespeeld in vergelijking met de C6-deelnemers.

41 In de GWW-boeterichtsnoeren wordt niet gesproken van boeteverzwarende omstandigheden. In de boetebesluiten zelf wordt simpelweg gesteld: 'De d-g NMa neemt in deze versnelde procedure geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.'

42 De totale boetevermindering kan daarmee maximaal oplopen tot ruim 70% van de brutoboete.

43 Deze korting wordt overigens niet vermeld in de GWW-boeterichtsnoeren, maar wordt wel genoemd in de brief van de d-g NMa aan de Minister van EZ d.d. 22 januari 2005.

44 Zie dezelfde brief van de d-g NMa aan de Minister van EZ d.d. 22 januari 2005.

45 De d-g NMa geeft in de begeleidende brief bij toezending van de individuele besluiten aan de GWW-ondernemingen aan dat het niet nodig is om bezwaar aan te tekenen om voor een dergelijke herziening van het boetebesluit in aanmerking te komen.

46 Zie de brief van de Minister van VROM aan de Tweede Kamer van 27 juni 2005, Handelingen TK 2004-2005, 28 244 nr. 104. Als bijlagen bij deze brief zijn onder meer het Akkoord Collectieve Regeling Bouwnijverheid en het Convenant (ter uitwerking van dit Akkoord) gevoegd.

teberekening in de GWW-procedures en de wijze waarop de d-g NMA daarbij invulling geeft aan artikel 57 Mw laten zien dat de sanctiecriteria, die de d-g NMA speciaal voor de bestraffing van ondernemingen in deze deelsector heeft geïntroduceerd, veel soepeler zijn dan de boetecriteria in de reguliere sanctieprocedures. Daarmee rijst meteen de vraag hoe deze zachtere aanpak zich verhoudt tot de algemene maatregelen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel.

Artikel 57 Mw bepaalt dat de d-g NMA bij het opleggen van een boete rekening moet houden met de ernst en de duur van de overtreding. Aan deze uitgangspunten is door de d-g NMA invulling gegeven in de algemene Richtsnoeren boetetoemeting. Daarin geeft de d-g NMA aan de ernst van de overtreding te zullen uitdrukken door toepassing van een vermenigvuldigingsfactor op de boetegrondslag, die bepaald wordt door de ernst van de overtreding (minder zwaar, zwaar of zeer zwaar). De duur van de overtreding wordt gereflecteerd in de boetegrondslag, die wordt bepaald op 10% van de 'betrokken omzet', dat wil zeggen de omzet die door de onderneming tijdens de totale duur van de overtreding werd bepaald met de verkoop van producten of diensten waarop de verboden gedraging betrekking had.

Op zichzelf is begrijpelijk dat de d-g NMA voor de bestraffing van de overtredingen in de bouwsector niet de reguliere boeteregels heeft willen toepassen. Juist gezien de aard, omvang en duur van de overtredingen zou dit tot dusdanig hoge boetes hebben geleid dat dit desastreus voor de sector zou zijn geweest. Ook de (politieke) wens om de sector in de gelegenheid te stellen schoon schip te maken en mee te werken in een cultuuromslag hebben ongetwijfeld een rol gespeeld in de beslissing om voor de bouwsector een afwijkend boetebeleid te hanteren. Ook staat buiten kijf dat de handhaving van de mededingingsregels in de bouwsector de d-g NMA voor een taak stelde die zijn weerga niet kent noch in Nederland noch daarbuiten.

Desalniettemin is de invulling die de d-g NMA in de GWW-boeterichtsnoeren en de daarop gebaseerde besluiten geeft aan artikel 57 Mw dusdanig afwijkend van het reguliere boetebeleid en zijn de boetes per onderneming dusdanig laag dat dit vanuit andere sectoren met lede ogen wordt aangezien. Daar vraagt men zich af of de d-g NMA in de voortvarendheid om schoon schip te maken in de bouwsector en onder de politieke druk de sector niet een te lichte maatstaf hanteert bij de beoordeling van de overtredingen in de bouwsector.

Zo is het op z'n minst opmerkelijk te noemen dat in het geheel geen boeteverzwarende omstandigheden in aanmerking worden genomen en zelfs geen vermenigvuldigingsfactor in verband met de ernst van de overtreding. Dit is des te opmerkelijker nu het systeem van verboden vooroverleg zou moeten worden aangemerkt als een 'hardcore' overtreding van de mededingingsregels,<sup>47</sup> oftewel – op basis van de 'reguliere' sanctiecriteria – een zeer zware overtreding waarvoor in normale omstandigheden een vermenigvuldigingsfactor van 1,5 tot 3 wordt gehanteerd. Daarmee kan de

brutoboete oplopen tot 30% van de in aanmerking genomen omzet. Illustratief zijn in dit verband de boetebesluiten in de zaken *Noord-Holland Acht* en *Reiskas* uit 2003, die eveneens betrekking hadden op 'bid-rigging' in de GWW-sector.<sup>48</sup> In deze besluiten kwalificeert de d-g NMA soortgelijke overtredingen als 'zeer zwaar' en pas daarop een rekenfactor 2 (*Reiskas*) respectievelijk 2,25 (*NH8*) toe, waarmee de brutoboete 20% respectievelijk 22,5% van de projectomzet bedroeg. Daar komt nog bij dat de projectomzet in die gevallen bestond uit de aanbestedingsomzet over de gehele duur van de overtreding.

Op grond van de reguliere boeterichtsnoeren kan de d-g NMA daarnaast een additionele verhoging toepassen (en doet dit in de praktijk ook regelmatig) wanneer zich boeteverzwarende omstandigheden voordoen, zoals bijvoorbeeld de omstandigheid dat de betrokken ondernemingen eerder betrokken waren bij een vergelijkbare mededingingsrechtelijke overtreding. Ook hier zijn de besluiten *NH8* en *Reiskas* illustratief; in die zaken verhoogde de d-g NMA de boete met 10% wegens verzwarende omstandigheden. Die omstandigheden betroffen het feit dat de betrokken ondernemingen hadden moeten weten dat 'bid-rigging' in aanbestedingsprocedures een ernstige overtreding van het kartelverbod oplevert, onder meer op basis van de Europese jurisprudentie (in het bijzonder de zaak *SPO*) en persberichten van de NMA in andere aanbestedingszaken. Dergelijke boeteverzwarende omstandigheden (althans die genoemd in de besluiten inzake *Reiskas* en *NH8*) bestonden in de overige GWW-zaken evenzeer, maar worden hier niet als zodanig in aanmerking genomen.

Ook wat betreft de duur van de overtreding, is opmerkelijk dat de d-g NMA in de boeteberekening voor de overtredingen in de GWW-deelsector uitgaat van de aanbestedingsomzet over één jaar, terwijl de geconstateerde duur van de overtreding een periode van vier jaar beslaat. Dit betekent door de bank genomen een boetevermindering van 75% ten opzichte van toepassing van de 'reguliere' boeteregels. Het argument van de Minister van EZ dat de beperking tot de aanbestedingsomzet van één jaar noodzakelijk was, omdat de complexe bewijsvoering en vervolging van kartelvorming in een hele sector anders niet op korte termijn mogelijk was, overtuigt in dit verband niet.<sup>49</sup> Dit is op z'n minst een paradoxaal argument, nu er juist bij een jarenlang bestaand kartel in een gehele sector aanleiding lijkt om de jarenlange duur in de zwaarte van de sancties tot uitdrukking te brengen.

Ten slotte is opmerkelijk dat de d-g NMA ervoor gekozen heeft van meet af aan een afwijkend, soepeler boetebeleid toe te passen op de bouwsector. Men had er ook voor kun-

47 Zie §11 Richtsnoeren Boetetoemeting, waarin horizontale prijs- en marktverdelingsafspraken (waaronder nadrukkelijk begrepen 'bid-rigging' in aanbestedingsprocedures) worden aangemerkt als zeer zware overtredingen.

48 Zie voetnoot 15.

49 Zie het antwoord van de minister tijdens het algemeen overleg in de Tweede Kamer op 16 december 2004, Verslag (vastgesteld op 10 februari 2005), Handelingen TK 2004-2005, 28244 nr. 90.



nen kiezen om het 'reguliere' boeteregime toe te passen en de (ongetwijfeld veel hogere) boetes vervolgens te matigen met het oog op de gevolgen voor de financiële positie van de betreffende ondernemingen. Niet voor niets bevatten de algemene Richtsnoeren Boetetoemeting een expliciete mogelijkheid voor de d-g NMa om boetes te matigen indien toepassing van de richtsnoeren tot evidente onbillijkheid leidt.<sup>50</sup>

### Slotopmerkingen

Dit alles overziend, kan men zich niet aan de constatering onttrekken dat de d-g NMa, ongetwijfeld onder druk vanuit de politiek en de sector, met twee maten meet bij de toepassing van dezelfde wettelijke grondslag, artikel 57 Mw. De strafmaat die wordt aangelegd voor de bouwsector is onmiskenbaar aanmerkelijk lichter dan de maat die in reguliere boetezaken wordt gehanteerd. De boetes die in het kader van de versnelde procedure met inachtneming van de speciale GWW-boeterichtsnoeren aan de GWW-ondernemingen zijn opgelegd bedragen dan ook slechts een fractie van de boetes, die op basis van de reguliere Richtsnoeren Boetetoemeting zouden zijn opgelegd.<sup>51</sup> En dit terwijl het een sector betreft, waarin soortgelijke overtredingen reeds aanleiding hebben gegeven tot een sanctieprocedure door de Europese Commissie wegens overtreding van artikel 81 EG, en die haar praktijken, waarin de mededingingsregels met voeten getreden worden, nadien niet lijkt te hebben aangepast. Het is dan ook niet verwonderlijk dat ondernemingen in andere sectoren van de economie deze gang van zaken met lede ogen aanzien. Terwijl zij voor een enkele overtreding van artikel 6 Mw, soms op basis van zeer wankel bewijs, met zware boetes worden bestraft,<sup>52</sup> zien zij dat een sector waarin verboden marktverdelings- en prijsafspraken decennialang de algemene praktijk vormden, er met lichte straffen van afkomt.

De NMa moet als bestuursorgaan bij het uitoefenen van haar discretionaire bevoegdheden naast de eisen van het geschreven recht ook de beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen. Het gelijkheidsbeginsel vereist dat gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld. Iedere overtreding van het kartelverbod moet in beginsel op gelijke wijze gestraft worden. Om daarin helderheid te verstrekken én gelijke gevallen gelijk te behandelen, heeft de NMa immers de reguliere boeterichtsnoeren uitgevaardigd. Weliswaar zou hier kunnen worden aangevoerd dat de (d-g) NMa een ander beleid is gaan voeren,<sup>53</sup> maar dit beleid wordt wel zeer beperkt toegepast, namelijk op één specifieke sector. Voor overtredingen in andere sectoren blijft, ook indien het soortgelijke overtredingen in dezelfde periode betreft, het 'reguliere' boetebeleid van toepassing.

Hoewel alleszins voorstelbaar is dat men de bouwsector als geheel niet te veel heeft willen verzwakken door de ondernemingen met torenhoge boetes te belasten,<sup>54</sup> blijft een feit dat deze sector jarenlang de mededingingsregels aan de laars heeft gelapt en daar ongetwijfeld ook de nodige voordelen van genoten heeft. Deze afweging komt echter in de toelichtingen op het hanteren van een lichter boeteregime niet ter

sprake. In feite lijkt het er sterk op dat de bouwsector er met een waarschuwing van afkomt, terwijl zij de *SPO*-beschikking reeds als waarschuwing ter harte had kunnen nemen. Dit doet de vraag rijzen of ondernemingen in andere sectoren niet eveneens recht hebben op een 'waarschuwing' bij een eerste overtreding van de mededingingsregels. Hoe het ook zij, in elk geval mag de bouwsector zich gelukkig prijzen dat zij in de gelegenheid is gesteld op deze wijze 'schoon schip' te maken.

50 Richtsnoeren Boetetoemeting, §29.

51 Dit blijkt duidelijk uit de zaak *NH8* (zie voetnoot 15), waar voor sanctionering van een vergelijkbare overtreding in de GWW-sector de reguliere boeteregels zijn toegepast en aan de acht betrokken ondernemingen boetes van in totaal ruim € 82 miljoen euro zijn opgelegd.

52 Om een aantal willekeurige voorbeelden te noemen waarin hoge boetes werden opgelegd: zaaknr. 2021 *schoonmaakbranche*, zaaknr. 2269 *garnalenvisserij*, zaaknr. 2422 *dierenartsen*, zaaknr. 2658 *mobiele operators*, zaaknr. 3681 *dakdekkers*.

53 Zie Van Wijk / Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, p. 323-235.

54 Met name nu veel van de ondernemingen die hebben deelgenomen aan overtredingen in de GWW-deelsector zich wellicht ook in andere deelsectoren, waarin de sanctiebesluiten nog moeten volgen, aan soortgelijke praktijken schuldig hebben gemaakt.