Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer: 3938_519/38
Betreft zaak: B&U-sector/ Bouwbedrijf Clabbers

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van 25 oktober 2006 met kenmerk 3938_519/20.

1. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 25 oktober 2006 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat de onderneming Bouwbedrijf Clabbers artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) heeft overtreden, wegens deelname aan het systeem van vooroverleg zoals uiteengezet in het Rapport over afspraken en gedragingen in de deelsector burgerlijke en utiliteitsbouw[1] (hierna: het Rapport) dat integraal deel uitmaakt van het bestreden besluit.

2. De onderneming Bouwbedrijf Clabbers bestaat uit Bouwbedrijf Clabbers 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 op het gebied van burgerlijke en utiliteitsbouwwerken[2] (hierna: B&U-werken). Blijkens het Rapport maakt Bouwbedrijf Clabbers B.V. vanaf 4 april 2001 onderdeel uit van de onderneming Wijnen Bouwgroep Someren.[3]

3. De Raad heeft wegens de hiervoor in randnummer 1 genoemde overtreding aan Bouwbedrijf Clabbers B.V. (hierna: ook de Onderneming) een boete opgelegd.

---

[1] Rapport van 6 september 2005.

[2] Zie voor de definitie van B&U-werken randnummer 1 van het Rapport.

[3] Wijnen Bouwgroep Someren heeft bij besluit van 29 juni 2006 inzake zaaknummer 3938_616/20 in het kader van de versnelde procedure een boete gekregen van EUR 51.529,00. Hiertegen is geen bezwaar ingesteld.

4. Tegen het bestreden besluit heeft de Onderneming tijdig bezwaar aangetekend bij brief van 1 december 2006.

5. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de Raad de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).

6. Bij brief van 7 mei 2007 heeft de Adviescommissie de Onderneming alsook de Raad medegedeeld dat op 19 juni 2007 een hoorzitting plaats zou vinden. Bij brief van 6 juni 2007 heeft de Onderneming medegedeeld af te zien van het recht te worden gehoord. De Raad heeft tevens medegedeeld af te zien van het recht te worden gehoord.

7. Op 9 augustus 2007 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.

8. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt**:**
'De bezwaren dienen te worden verworpen in voege als voormeld.'

9. De Raad heeft zich ervan vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen. De Raad besluit voorts conform het Advies. Ter motivering van dit besluit:
   i. verwijst de Raad ex artikel 3:49 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) naar het Advies;
   ii. verwijst de Raad naar hoofdstuk 2 van dit besluit dat voorziet in een nadere motivering ten aanzien van;
   - het systeem van vooroverleg;
   - deelname aan het systeem van vooroverleg;
   - verval van sanctiebevoegdheid;
   - boetesystematiek;
   - 15% boetevermindering.

2 Nadere motivering

2.1 Het systeem van het vooroverleg

10. De Onderneming stelt dat de invloed van het systeem van vooroverleg minder ingrijpend was dan in het Rapport omschreven. Ze betoogt niet bekend te zijn met de beperking van de mededinging in de deelsector Burgerlijke en Utiliteitsbouw (hierna: B&U-sector) zoals in het Rapport beschreven. Ook zou ze niet bekend zijn met een consistent systeem van vooroverleg in de periode van januari 1998 tot en met december 2001. Zij wijst erop dat

het doel van vooroverleg slechts het verkrijgen van een rekenvergoeding was. Verder stelt de Onderneming dat bij haar weten geen afstemming plaatsvond omtrent wie de laagste inschrijver zou zijn.

11. De Adviescommissie is op dit bezwaar niet expliciet ingegaan. In het kader van de beoordeling van deelname aan de overtreding, stelt de Adviescommissie het volgende: *'Blijkens het dossier staat vast dat er in de periode 1998-2001 sprake was van een algemene structuur van verboden vooroverleg.'*[4]

12. De Raad heeft het bestaan van het systeem van vooroverleg uitvoerig en gemotiveerd onderbouwd in het Rapport.[5] Het Rapport is gebaseerd op honderden verklaringen die afkomstig zijn van bouwbedrijven uit de B&U-sector, welke bedrijven qua omvang en marktmacht verschillen. De verklaringen gaan concreet en gespecificeerd in op talloze projecten waarbij vooroverleg heeft plaatsgevonden en zijn afkomstig van grote, middelgrote en kleine bouwondernemingen in Nederland. Op basis van het clementiemateriaal is komen vast te staan dat het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaand aan de inschrijving op aanbestedingen in de B&U-sector in Nederland op grote schaal plaatsvond. Zoals in het Rapport is uiteengezet hebben meerdere clementieverzoekers aangegeven dat de individuele vooroverleggen een systeem (of structuur) vormen en dat het systeem werd toegepast in geheel Nederland.

13. Uit het Rapport blijkt dat in de B&U-sector sprake was van één systeem van vooroverleg omdat in de afzonderlijke vooroverleggen steeds een gemeenschappelijk doel werd nagestreefd, namelijk voormeld vaststellen van rekenvergoedingen en het afstemmen van inschrijfgedrag. Bij ieder vooroverleg tussen de betrokken ondernemingen werden in essentie steeds dezelfde afspraken gemaakt volgens een vergelijkbaar stramien. De deelnemers aan het vooroverleg kenden elkaar een rekenvergoeding toe, waarvan de hoogte gezamenlijk werd vastgesteld. Zij vergeleken hun blankcijfers en bepaalden wie als laagste mocht inschrijven. Tevens werden de inschrijfcijfers vastgesteld waarbij de som van de rekenvergoedingen bij de opdrachtgever in rekening werd gebracht.[6]

14. Voorts staat vast dat de deelnemende ondernemingen de vorderingen die als resultaat van verschillende vooroverleggen tussen deelnemers aan een vooroverleg ontstonden in onderling verband administreerden. Zoals aangegeven in het Rapport verrekenden

[4] Zie randnummer 10 van het Advies.

[5] Zie hoofdstukken 5 en 6 van het Rapport.

[6] Zie randnummer 115 van het Rapport.

vrijwel alle deelnemende ondernemingen regelmatig buiten het verband van een concrete aanbesteding de vorderingen die over en weer waren ontstaan. Het resterende saldo van deze 'vorderingen' vormde vervolgens steeds de beginstand voor de toekomst. Deze verrekening van de saldi betreffende de verschillende vooroverleggen bevestigt de onderlinge samenhang tussen de vooroverleggen. Ook hieruit volgt derhalve dat de vooroverleggen gezamenlijk een onlosmakelijk geheel vormen en dat de in het kader daarvan gemaakte afspraken en gepleegde gedragingen als één enkel voortdurend systeem moeten worden beschouwd.

15. De Raad merkt daarbij op dat, zoals in randnummer 116 van het Rapport is aangegeven, het systeem van vooroverleg in de B&U-sector grote gelijkenis vertoont met eerdere gedragingen in de gemeenschappelijke historie van veel B&U-ondernemingen. Reeds ten tijde van de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties was volgens de Europese Commissie in haar beschikking van 1992 bij ondernemingen in de B&U-sector onder meer sprake van systematische uitwisseling van informatie omtrent de calculatie, vaststelling van een rechthebbende, een regeling voor deelnemers aan het vooroverleg die zich wensten terug te trekken, vaststelling van een rekenvergoeding waarmee de voorgenomen inschrijfcijfers werden verhoogd en de onderlinge vaststelling van de inschrijfcijfers van de deelnemers aan de vergadering. In 1992 is door de Europese Commissie vastgesteld dat deze regelingen en de daaruit voortgevloeide gedragingen één voortgezette inbreuk vormden op artikel 85, eerste lid, van het EEG-verdrag (thans: artikel 81, eerste lid, EG-verdrag).

16. De Raad heeft voorts in het Rapport voldoende onderbouwd dat het systeem van vooroverleg voorafgaande aan aanbestedingen van B&U-werken in Nederland in ieder geval in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 heeft bestaan. De Raad verwijst daarbij naar paragraaf 5.7 van het Rapport.

17. De stelling van de Onderneming dat de invloed van het systeem van vooroverleg minder ingrijpend was dan in het Rapport omschreven, volgt de Raad niet. Zoals in hoofdstuk 6 van het Rapport is weergegeven was door het systeem van vooroverleg sprake van een ernstige beperking van de mededinging. Het vaststellen van een rekenvergoeding en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van B&U-werken in Nederland tussen concurrenten strekt er naar zijn aard toe de mededinging te beperken en wordt in de richtsnoeren van de Europese Commissie[7] als een *hardcore* beperking aangemerkt.[8] Er wordt aangenomen dat deze beperkingen de

[7] Zie de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, PbEG 2001, C3/2, ov. 25.

[8] Zie randnummer 197 van het Rapport.

meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden. De verdeling van werken beperkt immers de keuze waarover afnemers (i.c. de opdrachtgevers) beschikken. Dergelijke beperkingen komen als regel niet in aanmerking voor een beroep op de uitzonderingsregeling neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw, nu zij in het algemeen negatieve marktgevolgen hebben.

18. Opdrachtgevers behoren erop te kunnen vertrouwen dat ingediende offertes zijn opgesteld in vrije concurrentie en niet het resultaat zijn van heimelijke afspraken tussen de inschrijvende ondernemingen. Dit vertrouwen is in de B&U-sector - in ieder geval in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 - ernstig geschonden. De opdrachtgever kan door het systeem van vooroverleg niet profiteren van de volle effecten van vrije mededinging tussen de diverse aannemers die zijn toegelaten tot een aanbesteding.[9] Dat een dergelijk systeem van vooroverleg evident de mededinging beperkt, en om die reden strijdig is met artikel 6 Mw en artikel 81 EG, vloeit voort uit vaste jurisprudentie.[10]

19. De stelling van de Onderneming dat het doel van het vooroverleg slechts het verkrijgen van een rekenvergoeding was, onderschrijft volgens de Raad het doel van het vooroverleg zoals omschreven in het Rapport. 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 het dragen van de kosten van een offerte zonder 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. De Onderneming erkent hiermee dat zij heeft deelgenomen aan mededingingsbeperkende afspraken.

20. Ten aanzien van de stelling van de Onderneming dat ze niet bekend zou zijn met de beperking van de mededinging in de B&U-sector, overweegt de Raad dat de Onderneming niet onkundig kon zijn van het verboden karakter van de onderhavige

---

[9] Zo heeft de Adviescommissie in onder meer haar Advies bij het besluit op bezwaar in Schadenberg Aannemingsbedrijf B.V. geadviseerd dat *"..dat dit vooroverleg tot maatschappelijke schade heeft geleid. Het is immers niet aannemelijk dat dergelijk vooroverleg zou hebben plaatsgevonden teneinde de aanneemsom zo laag mogelijk te houden."* In dit besluit wordt vervolgens overwogen dat *"[i]n deze omstandigheden [..] de aanbestedingsomzet de maatschappelijk schade [reflecteert].* Zie zaak 4559 / Besluit op bezwaar van de NMa in / Schadenberg Aannemingsbedrijf B.V. en Schadenberg Holding B.V. d.d. 9 november 2006, randnummer. 12.

[10] Zie beschikking van de Commissie 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), Pb 1992, L 92/1; GvEA van 21 februari 1995, zaak T-29/92, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1995, p. II-289; HvJEG van 25 maart 1996, zaak C-137/95P, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1996, p. I-1611.

afspraken. Zoals aangegeven in randnummer 15 van het onderhavige besluit heeft de Europese Commissie reeds in 1992 afspraken tussen bouwbedrijven in aanbestedingsprocedure in strijd geacht met de (Europese) kartelverbod.[11] Daarnaast had de Onderneming ervan op de hoogte dienen te zijn dat de Mededingingswet met ingang van 1 januari 1998 in werking was getreden op grond waarvan dergelijk vooroverleg eveneens verboden was.

21. Gelet op het Advies en de vorenstaande aanvulling verwerpt de Raad het bezwaar.

2.2 Deelname aan het systeem van vooroverleg

22. De Onderneming voert aan dat uit het bestreden besluit niet blijkt dat ze deel heeft genomen aan enige niet toegestane gedraging. Hierbij stelt ze dat ze de bewijskracht van de veelal handgeschreven briefjes niet erkent en meent dat de onderbouwing van het bestreden besluit onvoldoende is om tot een sanctieoplegging te komen. Voorts zou de Onderneming nooit enige financiële rekenvergoedingen hebben ontvangen noch gegeven en nimmer initiatief hebben genomen tot het vooroverleg.

23. De Adviescommissie heeft de bovenstaande bezwaren van de Onderneming geïnterpreteerd mede als een bezwaar tegen de "2+2" bewijsregel. Volgens de Adviescommissie moeten de bezwaren worden verworpen.[12]

24. De Adviescommissie stelt dat blijkens het dossier vast staat dat er in de periode 1998-2001 sprake was van een algemene structuur van verboden vooroverleg. Verder is de Adviescommissie van mening dat de Onderneming niet geslaagd is in het leveren van voldoende tegenbewijs.[13] In het bijzonder merkt zij op dat het betoog van de Onderneming in wezen bestaat uit de enkele ontkenning aan de projecten opgenomen in het bewijsdossier, te hebben deelgenomen. De Adviescommissie heeft geadviseerd dat de bewijsvoering zoals opgenomen in het besluit de slotsom kan dragen dat de Onderneming de artikelen 6 Mw en 81 EG heeft overtreden. Terzijde geeft de Adviescommissie de Raad in overweging om het betoog van de Raad zoals geformuleerd

---

[11] Zie beschikking van de Commissie, 5 februari 1992, Bouwnijverheid in Nederland (SPO), PbEG 1992 L92/1, o.a. ov. 136; zie ook GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1995, p. II-289, en HvJ EG 25 maart 1996, C-137/95P, SPO e.a. vs Commissie, Jur. 1996, p. I-1611. Zie ook Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid, eindrapport, TK 2002-2003, 28 244, nrs 5-6, p. 161.

[12] Zie randnummers 9 tot en met 13 van het Advies.

[13] In randnummer 14 van het Advies stelt de Adviescommissie dat het voldoen aan de "2+2"-regel het aannemelijk maakt dat de onderneming aan de algemene structuur van verboden vooroverleg heeft deelgenomen, behoudens tegenbewijs.

in de zienswijze in het besluit op bezwaar op te nemen, teneinde de bewijsvoering voor bezwaarde nader te specificeren en daarmee voor bezwaarde inzichtelijker te maken.[14]

25. In aanvulling op hetgeen de Adviescommissie omtrent dit bezwaar heeft geadviseerd, overweegt de Raad het volgende.

26. In de onderzoeksfase heeft de NMa onderzocht ten aanzien van welke ondernemingen kan worden vastgesteld dat zij hebben deelgenomen aan dat systeem van vooroverleg. Gelet op het feit dat in de B&U-sector een groot aantal ondernemingen werkzaam is, heeft de NMa ten aanzien van niet-clementieverzoekers in de onderzoeksfase als invulling van de vrije bewijsleer de '2+2-regel' gehanteerd.[15] 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 afkomstig van twee bronnen (tweede twee). In de sanctiefase heeft de NMa de ingebrachte mondelinge en schriftelijke zienswijzen en de stukken in het dossier in de context van de afgelegde verklaringen over het systeem van vooroverleg opnieuw beoordeeld. Na herbeoordeling van alle op de zaak betrekking hebbende stukken acht de Raad de deelname van de Onderneming aan de overtreding voldoende aannemelijk. De Raad zal dat hierna uiteenzetten.

27. In het bestreden besluit heeft de Raad aangegeven op grond waarvan hij heeft vastgesteld dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. De Raad is van oordeel dat de verschillende bewijsstukken, die van meerdere clementieverzoekers afkomstig zijn, voldoende zijn om in samenhang met de afgelegde verklaringen vast te kunnen stellen dat de Onderneming aan het landelijk systeem van vooroverleg heeft deelgenomen en het mede in stand heeft gehouden.

28. Voor zover de Onderneming met haar bezwaar, de bewijskracht van de clementieverklaringen betwist, merkt de Raad op dat om voor clementie in aanmerking te komen, een clementieverzoeker dient te verklaren dat hijzelf en andere ondernemingen een bepaalde overtreding hebben begaan. Deze verklaringen zijn veelal opgesteld op basis van eigen administratie en/of eigen ervaringen en bevatten concrete gedetailleerde informatie. Een clementieverzoeker verklaart daarbij uitdrukkelijk dat hij de overtreding '*naar haar kennis juist en volledig*' heeft omschreven. Als de verklaring onjuist

[14] Zie randnummer 8 van het Advies.

[15] Zie randnummer 135 van het Rapport.

blijkt te zijn, kan de toegezegde clementie volledig komen te vervallen,[16] terwijl de NMa de door de clementieverzoeker afgelegde verklaringen wel tegen hem kan blijven gebruiken. In dat geval riskeert een clementieverzoeker de volledige boete (zonder dat daarbij de boete wordt verminderd wegens clementie). Ook het Gerecht van Eerste Aanleg heeft geoordeeld dat het onlogisch zou zijn wanneer clementieverzoekers misleidende of onjuiste informatie zouden verstrekken. *"Dat wordt verzocht om toepassing daarvan teneinde een verlaging van de geldboete te verkrijgen, vormt er immers niet noodzakelijkerwijs een aanzet voor om bewijzen vertekend weer te geven ten aanzien van de andere deelnemers aan de verweten mededingingsregeling. Iedere poging om de Commissie te misleiden kan immers twijfels doen rijzen over de oprechtheid en de volledigheid van de medewerking van de verzoeker, en bijgevolg zijn mogelijkheid om volledig profijt te hebben bij de mededeling inzake medewerking in gevaar brengen."*[17] Gelet op dit risico en de concrete details over het bestaan en de inhoud van de verboden gedraging, kunnen ook deze stukken worden beschouwd als een bevestiging van (deelname aan) het systeem van vooroverleg.

29. Ten aanzien van de stelling van de Onderneming dat ze de bewijskracht van de veelal '*handgeschreven briefjes*' niet erkent, constateert de Raad dat deze '*handgeschreven briefjes*' zijn opgesteld ten tijde van de overtreding door deelnemers aan het systeem van vooroverleg. Het betreffen voorts bewijsstukken die van meerdere clementieverzoekers afkomstig zijn. Zoals uiteengezet in het bestreden besluit heeft de Raad op basis van deze en overige bewijsstukken in samenhang met de afgelegde verklaringen vast kunnen stellen dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg.[18]

30. Volledigheidshalve zal de Raad opnieuw het bewijs tegen de Onderneming beoordelen.

31. In de onderhavige zaak hebben Koninklijke BAM Groep N.V. (hierna: BAM) en Aannemingsmaatschappij Welling-JTC B.V. (hierna: Welling) onafhankelijk van elkaar verklaard dat de Onderneming in de periode januari 1998 tot en met december 2001 betrokken was bij vooroverleg in de B&U-sector. Deze verklaringen worden ondersteund door schriftelijke informatie over vier projecten.

---

[16] Zie artikel 22 van de Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG-Verdrag juncto artikelen 56, 57 en 62 Mededingingswet van 1 juli 2002, Stcrt. 1 juli 2002, nr. 122, laatstelijk gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 28 maart 2006, Strcrt. 29 maart 2006, nr. 63.

[17] Zaak T-120/04, Peróxidos Orgánicos, SA v. Commissie, 16 november 2006, r.o. 70.

[18] Zie randnummer 16 tot en met 20 van het bestreden besluit.

Project '*Winkelcentrum + woningen Gemert*'

32. Uit bewijsstukken van BAM[19] blijkt dat Clabbers uit Horst met nog zes andere ondernemingen heeft deelgenomen aan vooroverleg met betrekking tot het project *'Winkelcentrum + woningen Gemert'*. In een handgeschreven notitie is op de naam *'Clabbers Horst'* vermeld met daarbij het bedrag *'7.289.000'* en een *'vergoeding'* van *'7x 25.000'*. Onder de vergoeding staat vermeld: *'zomervakantie 2000 uitkeren'*. De Raad is van oordeel dat BAM concrete informatie heeft gegeven ten aanzien van het project zelf, de deelnemers aan het vooroverleg en de gemaakte afspraak en meent dat hiermee genoegzaam is aangetoond dat de Onderneming betrokken was bij vooroverleg met betrekking tot dit project.

Projecten '*Leolux Blerick*' en '*v Rensch Horst*'

33. Uit andere bewijsstukken[20], eveneens afkomstig van BAM, kan worden afgeleid dat Clabbers uit Horst heeft deelgenomen aan vooroverleg met betrekking tot de projecten '*Leolux Blerick*' en '*v Rensch Horst*'. Eén van de bewijsstukken is een clearinglijst, '*Clearing NvE Eindhoven 1-12-2000*' [21] waaruit blijkt dat de Onderneming een bedrag van '*15.000*' voor het project '*Leolux Blerick*' en '*7500*' voor het project '*v Rensch Horst*' heeft ontvangen. De Raad acht de deelname aan het vooroverleg ten aanzien van deze projecten voldoende aannemelijk.

Project '*Nieuwbouw basisschool de Tovercirkel*'

34. De clementieverzoeker Welling heeft bewijsstukken[22] overgelegd waaruit blijkt dat Clabbers uit Horst met nog éénentwintig andere ondernemingen betrokken was bij vooroverleg met betrekking tot het project '*Nieuwbouw basisschool de Tovercirkel*' te '*Malden*', met besteknummer '*10406-18FE*', aanbestedingsdatum '*19-02-98*' en *"opdrachtgever ROZON, Nijmegen"*. De bewijsstukken bevatten een overzicht met daarbij een *"blad 1"*waarop '*Clabbers Bouwbedr., Horst'* is vermeld als één van de betrokken ondernemingen. In de kolom *"opm."*met opmerkingen op het overzicht staat bij bovengenoemd project ** vermeld. Dit verwijst naar "iets gedaan, geen werk W-JTC" (W-JTC = B.V. Aannemingsmaatschappij Welling-JTC). In de begeleidende brief van 12 oktober 2004 heeft Welling onder meer aangegeven dat dit overzicht betrekking heeft op vooroverleg.[23] De Raad is van oordeel dat Welling concrete informatie heeft gegeven

---

[19] Zie bijlage 1 bij het stuk 3938_519-10, paginanummers 00038017000112 en 39510100000414.

[20] Zie bijlage 1 bij het stuk 3938_519-10, paginanummers 39510100000038/40, 39510100000549, 39510100000574, 39510100000049/56, 395101000000457/462.

[21] Zie bijlage 1 bij het stuk 3938_519-10, paginanummer 39510100000038/40.

[22] Zie bijlage 1 bij het stuk 3938_519/14, paginanummers 00198008000001 en 00198008000002 + bijlagen.

[23] Zie bijlage 1 bij het stuk 3938_519/14, paginanummers 00198008000001 en 00198008000002, randnummers 2 tot en met 5.

ten aanzien van het project zelf, de deelnemers aan het vooroverleg, de opdrachtgever en de datum en meent dat hiermee genoegzaam is aangetoond dat de Onderneming betrokken was bij vooroverleg met betrekking tot dit project.

35. Gelet op alle hiervoor bedoelde bewijsstukken in hun onderlinge samenhang bezien, acht de Raad voldoende aangetoond dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg in de B&U-sector.

36. Dat de Onderneming nooit het initiatief tot het vooroverleg heeft genomen, doet aan deze conclusie niet af. De Raad stelt voorop dat de Onderneming deze stelling niet heeft onderbouwd en overweegt voorts dat uit het vorenstaande volgt dat voldoende is komen vast te staan dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg in de B&U-sector en daarmee aan een overtreding die gedurende de periode januari 1998 tot en met december 2001 één voortdurende inbreuk heeft gevormd op de mededingingsregels.[24] Het enkele feit dat elke onderneming niet als initiator aan de inbreuk deelneemt, betekent niet dat haar aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk kan worden uitgesloten, daaronder begrepen de aansprakelijkheid voor gedragingen die in feite door andere ondernemingen zijn begaan, maar die hetzelfde mededingingbeperkende doel of gevolg hebben.[25] Ook in het geval de Onderneming geen initiator is geweest, heeft ze immers bijgedragen aan (de instandhouding van) het systeem van vooroverleg.

37. Wat betreft de stelling dat nimmer een rekenvergoeding is ontvangen of gegeven merkt de Raad op dat de Onderneming ook deze stelling niet heeft onderbouwd. De Raad overweegt voorts dat het voor de vaststelling van deze overtreding en het opleggen van de boete is niet van belang of de Onderneming daadwerkelijk heeft geprofiteerd van de overtreding.[26]

38. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad het bezwaar.

2.3 Verval van sanctiebevoegdheid

39. 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

---

[24] HvJEG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 77 tot en met 80.

[25] Arrest HvJEG van 8 juli 1999, reeds aangehaald voetnoot 24, r.o. 79 en 80.

[26] HvJEG, gev. zaken 96/82 e.a. (I.A.Z./Commissie), Jur. 1983, p. 3369, TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

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.

40. De Adviescommissie constateert in haar Advies dat in het bestreden besluit de Raad vastgesteld heeft dat de overtreding tot en met 31 december 2001 heeft geduurd. Tot aan die datum van het besluit van 25 oktober 2006 zijn geen vijf jaren verstreken. Het bezwaar dient derhalve te worden verworpen.[27]

41. In aanvulling op hetgeen de Adviescommissie omtrent dit bezwaar heeft geadviseerd, overweegt de Raad het volgende.

42. Ingevolge artikel 64 Mw, zoals deze bepaling ten tijde van het nemen van het bestreden besluit luidde, vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een boete als bedoeld in artikel 56, eerste lid, Mw vijf jaren nadat de overtreding is begaan. In de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet wordt opgemerkt dat in geval van een voortdurende inbreuk de vervaltermijn begint te lopen vanaf het moment dat de overtreding is beëindigd.[28] In de B&U-sector is sprake van een systeem van vooroverleg dat als één voortgezette overtreding kan worden aangemerkt. Deze overtreding heeft geduurd van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001.[29] Ten aanzien van de Onderneming is vastgesteld dat zij heeft deelgenomen aan deze overtreding. Door haar deelname heeft zij bijgedragen aan het in stand houden van het systeem van vooroverleg. Daarbij is niet relevant hoe frequent of regelmatig de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. De individuele deelname geldt derhalve voor de gehele duur van de overtreding.

43. De Onderneming kan haar individuele deelname aan de voortdurende overtreding beëindigen. Haar individuele deelname aan de voortdurende overtreding geldt dan tot het moment waarop de individuele beëindiging heeft plaatsgevonden. Van beëindiging van de individuele deelname is uitsluitend sprake indien de Onderneming aantoont dat zij zich tijdens de duur van de overtreding publiekelijke heeft gedistantieerd van de

[27] Zie randnummers 17 en 18 van het Advies.

[28] Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 93.

[29] Zie randnummer 151 van het Rapport.

overtreding of uit de markt is getreden.[30] De stel- en bewijsplicht hiervoor ligt bij de Onderneming.

44. Niet is gebleken dat de Onderneming zich gedurende de looptijd van de overtreding publiekelijk van de overtreding heeft gedistantieerd of uit de markt is getreden. De Raad heeft derhalve terecht vastgesteld dat de Onderneming in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 heeft deelgenomen aan één voortgezette overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG. Uit het voorgaande volgt dat de Raad op 25 oktober 2006 bevoegd was aan de Onderneming een boete op te leggen wegens voornoemde overtreding van het kartelverbod, omdat er nog geen vijf jaren waren verstreken na de beëindiging van de (voortgezette) overtreding.

45. De omstandigheid dat Bouwbedrijf Clabbers B.V. vanaf 4 april 2001 onderdeel uitmaakt van de onderneming Wijnen Bouwgroep Someren, heeft niet tot gevolg dat de vervaltermijn op die datum is gaan lopen. Op deze datum kwam immers geen einde aan de duurovertreding noch kan worden betoogd dat de mededingingsbeperkende gedragingen vanaf deze datum geen effect meer hebben. De Raad concludeert dan ook dat een beroep op de vervaltermijn ex artikel 64 Mw niet kan slagen.

46. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop, verwerpt de Raad het bezwaar.

2.4 Boetesystematiek

47. Het boetesysteem gebaseerd op de Aanbestedingsomzet 2001 acht de Onderneming kort weergegeven 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). De gekozen boetesystematiek zou dan ook in strijd zijn met artikel 57 Mw en zou enkel zijn gekozen om snel tot een afronding van het dossier te komen. De willekeurige boeteoplegging zou in strijd zijn met artikel 3.4 Awb.

48. Voorts stelt de Onderneming dat 3/12 deel van de Aanbestedingsomzet 2001 als maximale grondslag dient te worden gezien. Dit in verband met het feit dat zij per 1 april 2001 onderdeel uitmaakt van de onderneming Wijnen Bouwgroep Someren. Het meerdere zoals door de NMa opgelegd, is in strijd met de door de NMa gekozen systematiek en kan derhalve niet worden aanvaard.

---

[30] Zie o.a. zaak T-141/89, *Trefileurope*, Jur. 1995 II-791, r.o. 85; zaak T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft*, Pb 2002 C 156 d.d. 29 juni 2002, r.o. 223-227; GvEA 5 december 2006, zaak T-303/02 *Westfalen Gassen Nederland/Commissie*, r.o. 124, 138-139.

49. De Adviescommissie verwerpt de bovengenoemde bezwaren.[31] Ze stelt in haar Advies dat het bezwaar van de Onderneming tegen de hoogte van de boete enkel zou kunnen slagen indien de Onderneming zou aantonen dat de Raad bij het vaststellen van de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de B&U-sector (hierna Boetebekendmaking)[32] zijn beleidsruimte zou hebben overschreden. In dat verband is de Adviescommissie van oordeel dat de bezwaren onvoldoende geadstrueerd zijn om een dergelijk slotsom te kunnen dragen, nu de bezwaren uitsluitend een suggestie vormen hoe de Raad de Aanbestedingsomzet 2001 op andere wijze had kunnen definiëren.[33] Voorts is de Adviescommissie van oordeel dat de overname van de Onderneming per 4 april 2001 op een juiste wijze in de boete is verdisconteerd, nu de Raad deze op 39/48e deel heeft vastgesteld, dat wil zeggen voor de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 maart 2001.

50. De Raad volgt het Advies van de Adviescommissie met dien verstande dat de Raad het besluit op dit punt nader motiveert.

51. De Raad wijst er op, in aanvulling op hetgeen hierover in het Advies is opgenomen, dat de vaststelling van de boete(grondslag) binnen zijn beleidsruimte valt.[34] Om volledige transparantie te betrachten en rechtseenheid en rechtsgelijkheid te waarborgen heeft de Raad, in aanvulling op haar (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting (thans: Boetecode)[35], dit beleid vastgelegd en bekendgemaakt in de Boetebekendmaking. Het geldend wettelijk kader, waaronder uitdrukkelijk de discretionaire bevoegdheid ex artikel 56 jo. 57, lid 2, Mw, en de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting, bieden ruimte om een andere boetegrondslag te kiezen. Op grond hiervan kon de Raad de Boetebekendmaking vaststellen en toepassen.

---

[31] Zie randnummers 20 tot en met 24 van het Advies.

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

[33] Zie randnummers 20 tot en met 21 van het Advies.

[34] Uitspraak rechtbank Rotterdam van 9 januari 2008, MEDED 06/5016 WILD, 06/5019 WILD, 06/5020 STRN, 06/5023 STRN, 06/5024 VRLK en 06/5027 VRLK, Merkx Volker Installatiegroep BV e.a. vs. de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

[35] Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit – inhoudende regels voor de toemeting van boetes op grond van de wetgeving waarmee de Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast, Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123, zoals gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 9 oktober 2007, Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196. Hierin zijn opgenomen de voordien geldende Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, Stcrt. 21 december 2001, nr. 248, zoals gewijzigd bij besluit van de directeur-generaal van de NMa van 27 juni 2005, Stcrt. 28 juni 2005, nr. 122.

52. De Raad heeft in de Boetebekendmaking gekozen voor een beboetingssystematiek die aansluit bij de geconstateerde overtredingen. De Raad constateerde in verschillende deelsectoren van de bouw een wijdverbreide praktijk van mededingingsbeperkende gedragingen en afspraken. De boetesystematiek beantwoordt tevens aan de wens van snelheid in de afhandeling van de procedures.

53. Een efficiënte en sectorbrede aanpak vereiste aanpassing en vereenvoudiging van het bestaande boetebeleid. De Boetebekendmaking geldt voor de gehele B&U-sector. Dat wil zeggen dat zij wordt toegepast ten aanzien van zowel ondernemingen die de versnelde procedure volgen, als ten aanzien van ondernemingen die de reguliere procedure volgen. De Raad heeft gelijktijdig met het Rapport de wijze van boetetoemeting bekendgemaakt. Ondernemingen hadden daardoor van te voren inzicht in de boetesystematiek en de hoogte van de (eventueel) op te leggen boete.

54. Gezien de algemene aard van de verboden praktijk acht de Raad het eerder passend om bij de boetegrondslag uit te gaan van de aanbestedingsomzet van de individuele ondernemingen dan uit te gaan van de omzet van alle individuele bouwprojecten zoals toepassing van de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting zou vergen. Uit oogpunt van snelheid en eenvoud, alsook om de administratieve lasten voor de NMa en de ondernemingen zo laag mogelijk te houden, heeft de Raad gemeend de periode waarover de aanbestedingsomzet in acht moet worden genomen, te moeten beperken. De Raad heeft gekozen voor een beperking tot één jaar. Als ijkjaar is daarbij voor 2001 gekozen. Dat jaar was het laatste jaar van de overtreding en kan redelijkerwijs als representatief worden beschouwd. Verder houdt het direct verband met de overtreding, aangezien de verboden praktijken in dat jaar nog volop voorkwamen. Daarnaast heeft het als praktisch voordeel dat de benodigde gegevens nog bij de ondernemingen beschikbaar zijn, terwijl de gegevens niet zo recent zijn dat directe vrees voor aantasting van de vertrouwelijkheid bestaat.

55. De mate van betrokkenheid van de afzonderlijke ondernemingen is in zijn algemeenheid tot uitdrukking gekomen in de gekozen boetegrondslag (Aanbestedingsomzet 2001). Indien de mate van betrokkenheid namelijk gering is geweest, dan is de Aanbestedingsomzet 2001 – grofweg – navenant gering. De Raad heeft bij de beboeting voorts rekening gehouden met het feit dat voldoende aannemelijk was gemaakt dat niet bij vrijwel alle aanbestedingen in de betrokken periode in de B&U-sector kartelafspraken zijn gemaakt. Mede in verband hiermee is bij de vaststelling van de boetegrondslag niet uitgegaan van het in de Boetebekendmaking neergelegde maximale boetepercentage van

12% van de Aanbestedingsomzet 2001, maar van een percentage van 10%. De Raad is van oordeel dat een boete van 10% van de Aanbestedingsomzet niet onevenredig is.[36]

56. Ten aanzien van de stelling van de Onderneming dat 3/12 deel van haar Aanbestedingsomzet 2001 als maximale grondslag dient te worden gezien, merkt de Raad op dat hij de Onderneming in deze niet kan volgen. Zoals weergegeven in randnummer 46 van het bestreden besluit is de boetegrondslag, die is gebaseerd op de Aanbestedingsomzet 2001 van de Onderneming, *pro rata* vastgesteld. Deze *pro rata* vaststelling ziet op de gehele duur van de overtreding (48 maanden) en niet, zoals de onderneming lijkt te stellen, uitsluitend op het jaar 2001 (12 maanden). Dit houdt concreet in dat de boetegrondslag in onderhavige zaak - gezien het feit dat Bouwbedrijf Clabbers B.V. per 4 april 2001 onderdeel uitmaakt van de Onderneming Van Wijnen Someren - is vastgesteld op 39/48e deel (en dus niet op 3/12 deel) van de door de Onderneming opgegeven Aanbestedingsomzet 2001 van EUR 1.276.200,00.

57. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad het bezwaar.

2.5 15% Boetevermindering

58. De Onderneming stelt dat ze in aanmerking dient te komen voor de 15% boetevermindering die aan alle deelnemers van de zogenaamde versnelde procedure is verleend. Hierbij stelt ze dat ze recht en belang heeft bij een volledige inzage in hetgeen bij de NMa over haar voorhanden is en daarbij niet bestraft mag worden met het vervallen van 15% boetevermindering.

59. De Adviescommissie adviseert de bezwaren te verwerpen.[37] De Adviescommissie is van oordeel dat de Onderneming niet met succes boetevermindering kan vorderen die mede voortvloeit uit het afzien van het recht op inzage in het dossier. De Onderneming heeft immers om inzage in het individuele bewijsdossier verzocht en heeft ook daadwerkelijk inzage daarin gekregen.

60. In aanvulling op hetgeen de Adviescommissie omtrent dit bezwaar heeft geadviseerd, overweegt de Raad het volgende.

---

[36] Vergelijk uitspraak rechtbank Rotterdam van 9 januari 2008, MEDED 06/5016 WILD, 06/5019 WILD, 06/5020 STRN, 06/5023 STRN, 06/5024 VRLK en 06/5027 VRLK, (Merkx Volker Installatiegroep BV e.a. vs. de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit). In deze zaakheeft de rechtbank (voor de Installatiesector) geoordeeld dat boetes van 10,5% van de aanbestedingsomzet 2001 "zeker niet onevenredig" zijn.

[37] Zie randnummers 26-28 van het Advies.

61. De versnelde procedure is steeds uitdrukkelijk als een keuzemogelijkheid aan ondernemingen voorgelegd. De procedurele regels van zowel de versnelde procedure als de reguliere procedure zijn duidelijk aangegeven bij brieven van 6 september 2005 en 28 april 2006.[38] Van tevoren is aan alle ondernemingen duidelijk gemaakt dat deelname aan de versnelde procedure een vermindering van de boete met 15% tot gevolg zou hebben en welke voorwaarden daaraan verbonden waren. Deze beleidsregel is neergelegd in randnummer 20 van de Boetebekendmaking.

62. Een van de voorwaarden voor deelname aan het versnelde procedure betrof het afzien van het recht op individuele inzage in het dossier. Daarbij is aangegeven dat individuele inzage in het dossier niet past bij het karakter van de versnelde procedure, immers de ondernemingen in de versnelde procedure worden vertegenwoordigd door een gemachtigde, die de mogelijkheid heeft het dossier in te zien. Bedrijven die, zoals de Onderneming[39], aan de reguliere procedure deelgenomen hebben, hebben de mogelijkheid gekregen alle op de zaak betrekking hebbende stukken in te zien.

63. De Raad is dan ook van oordeel dat de Onderneming goed voorgelicht heeft kunnen beslissen of zij deel wenste te nemen aan de versnelde dan wel reguliere procedure. Er bestond voor de Onderneming geen enkel beletsel om voor de versnelde procedure te kiezen en in aanmerking te komen voor 15% boetevermindering, hetgeen overigens ook een zeer groot aantal ondernemingen heeft gedaan.

64. Op grond van het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad het bezwaar van de Onderneming.

[38] Zie stukken 3938_519/1 en 3938_519/10.

[39] Zie stuk 3938_519/6.

3 Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 9 augustus 2007 over; zulks aangevuld met de hiervoor opgenomen nadere motivering in hoofdstuk 2;

II. verklaart de bezwaren tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 25 oktober 2006, met kenmerk 3938_519/20 ongegrond;

III. handhaaft de in voornoemd besluit neergelegde beslissing en de daarbij opgelegde boete.

Datum: 1 februari 2008

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

overeenkomstig het door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit genomen besluit,

W.g.
P. Kalbfleisch
Voorzitter Raad van Bestuur

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