

## Nederlandse Mededingingsautoriteit

### BESLUIT

Nummer 3938\_807/72

Betreft zaak: B&U-sector / Bouwbedrijf De Vries en Verburg

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van 25 oktober 2006 met kenmerk 3938\_807/30.

#### 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 De Vries en Verburg 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<sup>1</sup> (hierna: het Rapport) dat integraal deel uitmaakt van het bestreden besluit.
2. De onderneming Bouwbedrijf De Vries en Verburg bestaat uit Bouwbedrijf De Vries en Verburg 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 (hierna: B&U-werken).<sup>2</sup>
3. De Raad heeft wegens de hiervoor in randnummer 1 genoemde overtreding aan Bouwbedrijf De Vries en Verburg B.V. een boete opgelegd.
4. Tegen het bestreden besluit heeft Bouwbedrijf De Vries en Verburg B.V. (hierna ook: de Onderneming) tijdig pro forma bezwaar aangetekend bij brief van 6 december 2006. De gronden van bezwaar zijn op 21 december 2006 aangevuld.
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

---

<sup>1</sup> Rapport van 6 september 2005.

<sup>2</sup> Zie voor de definitie van B&U-werken randnummer 1 van het Rapport.

aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).

6. Op 19 juni 2007 is de Onderneming, alsook de Raad naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 20 juli 2007 aan de Onderneming en de Raad is toegezonden.
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. De Adviescommissie adviseert het besluit op bezwaar vorm te geven onder "*toewijzing en verwerping van de bezwaren*" zoals opgenomen in het Advies. De Adviescommissie adviseert de Raad om de bewijsvoering ten aanzien van de deelname van de Onderneming aan het project '*Nieuwbouw kantoor Florema groep te Leidschendam*' nader te motiveren. Uit de volledige tekst van het Advies blijkt dat de Adviescommissie alle bezwaren verwerpt. De Raad neemt derhalve als uitgangspunt voor het onderhavige besluit op bezwaar dat de Adviescommissie adviseert alle bezwaren te verwerpen.
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:
    - (a) het systeem van vooroverleg;
    - (b) deelname aan het systeem van vooroverleg;
    - (c) verval van sanctiebevoegdheid;
    - (d) boetesystematiek;
    - (e) ijkjaar.

## 2 Nadere motivering

### 2.1 Het systeem van vooroverleg

10. De Onderneming stelt dat er geen bewijs van een voortdurende inbreuk is. Volgens de Onderneming is slechts sprake van enkele individuele vermeldingen door clementieverzoekers. Voorts stelt de Onderneming dat het Rapport zich beperkt tot een algemene beschrijving van een dergelijk systeem op basis van verklaringen en informatie, die door ondernemingen zijn overgelegd in het kader van een beroep op de Clementieregeling. Ten slotte voert zij aan dat het Rapport niet in ogenschouw neemt dat veel aannemers niet landelijk actief zijn, maar werkzaamheden uitvoeren in een kleinere of een grotere regio.
11. In haar Advies heeft de Adviescommissie aangegeven dat zij het betoog van de Onderneming niet volgt. Blijkens het dossier staat vast dat er in de periode januari 1998 tot en met december 2001 sprake was van een algemene structuur van verboden vooroverleg.<sup>3</sup>
12. In aanvulling op hetgeen de Adviescommissie omtrent dit bezwaar heeft geadviseerd, overweegt de Raad het volgende.
13. De Raad heeft het bestaan van het systeem van vooroverleg uitvoerig en gemotiveerd onderbouwd in het Rapport.<sup>4</sup> 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.
14. 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

---

<sup>3</sup> Zie randnummer 10 van het Advies.

<sup>4</sup> Zie hoofdstukken 5 en 6 van het Rapport.

van inschrijfgedrag. Bij ieder vooroverleg tussen de betrokken ondernemingen werden in essentie steeds dezelfde afspraken gemaakt volgens een vergelijkbaar stamien. 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.<sup>5</sup>

15. Voorts staat vast dat de betrokken ondernemingen de vorderingen die als resultaat van verschillende vooroverleggen tussen deelnemers aan een vooroverleg ontstonden in onderling verband administreerden. Zoals aangegeven in het Rapport<sup>6</sup> verrekenden vrijwel alle betrokken ondernemingen regelmatig buiten het verband van een concrete aanbesteding deze vorderingen die over en weer waren ontstaan. Zo bepaalden zij hetgeen zij nog van elkaar te vorderen hadden of aan elkaar verschuldigd waren. Het resterende saldo van deze 'vorderingen' vormde vervolgens steeds de beginstand voor de toekomst. Deze verrekening over de verschillende vooroverleggen heen 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.
16. 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 EG).

---

<sup>5</sup> Zie randnummer 115 van het Rapport.

<sup>6</sup> Zie randnummer 114 van het Rapport.

17. 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 december 2001 heeft bestaan. De Raad verwijst daarbij naar paragraaf 5.7 van het Rapport.
18. Voor zover de Onderneming de juistheid van de clementieverklaringen waarop het Rapport is gebaseerd in twijfelt trekt, overweegt de Raad het volgende.
19. Om voor clementie in aanmerking te komen, dient een clementieverzoeker te verklaren dat zijzelf 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 zij de overtreding '*naar haar kennis juist en volledig*' heeft omschreven. Als de verklaring onjuist blijkt te zijn, kan de toegezegde clementie volledig komen te vervallen, terwijl de Raad de door de clementieverzoeker afgelegde verklaringen wel tegen haar kan blijven gebruiken.<sup>7</sup> 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 in haar uitspraak van 16 november 2006 in de *Peróxidos Orgánicos, SA* zaak 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*".<sup>8</sup> 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.

---

<sup>7</sup> Artikel 22, 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, zoals gewijzigd bij besluiten van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 28 april 2004, 27 juni 2005 en bij besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 28 maart 2006 (Stcrt. 1 juli 2002, nr. 122; Stcrt. 29 april 2004, nr. 82, Stcrt 28 juni 2005 nr. 122, Stcrt. 29 maart 2006, nr. 63), (hierna: Richtsnoeren Clementietoezegging).

<sup>8</sup> Zaak T-120/04, *Peróxidos Orgánicos, SA v. Commissie*, 16 november 2006, r.o. 70.

20. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad de bezwaren op dit punt.

## 2.2 Deelname aan het systeem van vooroverleg

21. De Onderneming stelt dat uit de omstandigheid dat de Raad zes projecten als bewijs van de overtreding heeft laten vallen, de conclusie moet worden getrokken dat de Onderneming niet structureel aan het vooroverleg heeft deelgenomen. Als gevolg hiervan moet de Raad volgens de Onderneming haar rol per project bewijzen. Voorts betwist de Onderneming de '2+2'-regel. De Onderneming stelt dat bij de projecten veelal is uitgegaan van één verklaring van één clementieverzoeker, hetgeen volgens haar te weinig bewijs oplevert.
22. Ten aanzien van het project '*Nieuwbouw kantoor Florema groep te Leidschendam*' stelt de Onderneming dat zij niet heeft deelgenomen aan de aanbesteding, maar dat zij het werk heeft uitgevoerd als gevolg van het failleren van de uitvoerende partij. Voorts stelt de Onderneming dat ten aanzien van de projecten '*Nieuwbouw kantoor Florema groep te Leidschendam*', '*Pelmolenlaan te Woerden*', '*Bouw 3 tankpark te Ouderkerk a/d IJssel*', '*De Stolk te Stolkwijk*' en '*Fabo te Vlist*' en '*Jaleco te Nieuwlekkerland*' onvoldoende bewijs bestaat van deelname aan de overtreding. Volgens de Onderneming voldoet de Raad niet aan de '2+2-regel', aangezien het bewijs per project afkomstig is van slechts één clementieverzoeker. Daarnaast stelt de Onderneming dat ten aanzien van de vorengenoemde projecten andere bij deze projecten betrokken clementieverzoekers de Onderneming niet hebben genoemd en dat de clementieverzoeker die de Onderneming heeft genoemd met betrekking tot de projecten '*De Stolk te Stolkwijk*' en '*Fabo te Vlist*' niet met deze projecten in verband kan worden gebracht. De Onderneming stelt met betrekking tot het project '*Jaleco te Nieuwlekkerland*' dat zij geen bieding heeft gedaan. Verder voert de Onderneming aan dat zij met de opdrachtgever van het project '*Bouw 3 tankpark te Ouderkerk a/d IJssel*' een lang bestaande relatie heeft waarbij werkzaamheden voortdurend één op één aan de Onderneming worden gegund. Ten aanzien van het project '*Hal Waddinxveen/Dammes Laban*' heeft de Onderneming twee verklaringen overgelegd waaruit volgens haar zou moeten blijken dat geen vooroverleg heeft plaatsgevonden.
23. De Adviescommissie adviseert onder verwijzing naar het dossier het bezwaar te verwerpen en geeft aan dat de overwegingen in het bestreden besluit en in de zienswijze het aannemelijk maken dat de Onderneming heeft deelgenomen aan de algemene structuur van het vooroverleg. Ten aanzien van het project '*Nieuwbouw kantoor Florema groep te Leidschendam*' acht de Adviescommissie het betoog van de Onderneming in zoverre niet onaannemelijk dat dit de Raad in de ogen van de Adviescommissie noopt de

bewijsvoering ten aanzien van de deelname aan verboden vooroverleg nader te motiveren. Ten aanzien van het project '*Bouw 3 tankpark te Ouderkerk a/d IJssel*' is de Adviescommissie van mening dat het bezwaar op de verkeerde lezing door de Onderneming van de door haar zelf overgelegde brief lijkt te berusten.<sup>9</sup> Ten aanzien van het project '*Hal Waddinxveen/Dammes Laban*' is de Adviescommissie van mening dat de verklaringen in het dossier het aannemelijk maken dat er vooroverleg heeft plaatsgevonden. De Adviescommissie volgt het betoog van de Onderneming dat uit de inschrijfcijfers zou kunnen worden geconcludeerd, dat geen vooroverleg heeft plaatsgevonden, derhalve niet.

24. In aanvulling op hetgeen de Adviescommissie omtrent dit bezwaar heeft geadviseerd, overweegt de Raad het volgende.
25. 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.<sup>10</sup> 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.
26. 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.

---

<sup>9</sup> Zie dossierstuk 3938\_807/35, bijlage 6.

<sup>10</sup> Zie randnummer 135 van het Rapport.

27. Voor zover de Onderneming wil betogen dat het bewijsmateriaal onvoldoende is om vast te stellen dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het landelijk systeem van vooroverleg, zal de Raad het bewijs volledigheidshalve opnieuw waarderen. Daarbij worden de verschillende bewijsstukken ten aanzien van specifieke aanbestedingsprojecten besproken waarin de Onderneming door clementieverzoekers is genoemd.
28. Zowel Ballast Nedam B.V. (hierna: Ballast Nedam)<sup>11</sup> als TBI Bouwgroep B.V. (hierna: TBI)<sup>12</sup> verklaren dat de Onderneming betrokken was bij het vooroverleg met betrekking tot het project '*Hal Waddinxveen/Dammes Laban*'. De Onderneming stelt dat zij geen vooroverleg heeft gevoerd met betrekking tot dit project. Ter ondersteuning van dit standpunt heeft zij twee bijlagen bij haar bezwaar gevoegd.<sup>13</sup> Bijlage 3 betreft een brief van de opdrachtgever Dammes Laban over de gang van zaken rondom de opdrachtverlening. Bijlage 4 betreft het proces-verbaal van deze aanbesteding. Hieruit blijkt dat de Onderneming de laagste inschrijver was. De Onderneming verbindt daaraan de conclusie dat zij alleen al daarom geen deelnemer kan zijn geweest aan het vooroverleg van dit project. De Raad volgt deze redenering van de Onderneming niet, aangezien hieruit slechts volgt dat Dammes Laban aan meerdere ondernemingen een prijs heeft gevraagd. Deze ondernemingen hebben zich ingeschreven op deze aanbesteding, waaruit volgt dat het project niet één op één is gegund. De Raad is van mening dat op grond van een overzicht van inschrijfprijzen niet geconcludeerd kan worden dat er geen vooroverleg heeft plaatsgevonden met betrekking tot dit project. Voorts ziet de Raad het feit dat alle in het proces-verbaal van de aanbesteding genoemde ondernemingen overeenkomen met de ondernemingen die genoemd worden in de dossierstukken van de clementieverzoekers Ballast Nedam en TBI als een extra bevestiging van de juistheid van deze projectinformatie. De Raad is derhalve van mening dat hij voldoende heeft aangetoond dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het vooroverleg voor dit project.
29. Van Wijnen Holding B.V. (hierna: Van Wijnen) heeft schriftelijk verklaard dat de Onderneming betrokken is geweest bij het vooroverleg ten aanzien van het project '*De Stolk te Stolwijk*'.<sup>14</sup> De Onderneming stelt dat het project '*De Stolk te Stolwijk*' één op één is gegund. De Raad stelt vast dat de Onderneming haar stelling niet verder heeft onderbouwd. Gelet op de in randnummer 19 van dit besluit genoemde gevolgen van het doen van een onjuist clementieverzoek, ziet de Raad geen aanleiding om de juistheid

---

<sup>11</sup> Zie dossierstuk 3938\_13/7 of cb 34/18, p. -0023 en 3938\_15/24 of cb 31/11, p. -0090 en -0178.

<sup>12</sup> Zie dossierstuk 3938\_15/4 of cb 31/4, 39510040000011 en 3938\_15/24 of cb 31/11, p. -0090 en -0178.

<sup>13</sup> Zie dossierstuk 3938\_807/35, bijlagen 3 en 4.

<sup>14</sup> Zie dossierstuk 3938\_16/7 of cb 32/7, p. -0371.



van het handgeschreven stuk van Van Wijnen in twijfel te trekken.

30. Met betrekking tot het project *'Rabo te Vlist'* stelt de Onderneming dat in haar herinnering zich meer ondernemingen bij deze aanbesteding hebben ingeschreven en dat dit de handgeschreven notities van Van Wijnen ongeloofwaardig maakt. In de bijgaande brief bij de notities is evenwel door Van Wijnen aangegeven dat het hier gaat om een clearinglijst.<sup>15</sup> Hierbij zijn de schulden en vorderingen per bedrijf opgenomen. Het ligt derhalve voor de hand dat op deze pagina slechts de vorderingen en schulden ten opzichte van de Onderneming worden vermeld. De Raad volgt het standpunt van de Onderneming dat geen vooroverleg ten aanzien van dit project heeft plaatsgevonden dan ook niet.
31. Zowel ten aanzien van het project *'Rabo te Vlist'* als het project *'De Stolk te Stolkwijk'* stelt de Onderneming dat zij Van Wijnen niet met deze projecten in verband kan brengen. De Raad acht deze ongemotiveerde betwisting onvoldoende om de door Van Wijnen overgelegde projectinformatie in twijfel te trekken.
32. Uit een projectverklaring van Van Waning B.V. (hierna: Van Waning) blijkt dat de Onderneming heeft deelgenomen aan vooroverleg ten aanzien van het project *'Bouw 3 tankpark te Ouderkerk a/d IJssel'*.<sup>16</sup> De Onderneming stelt dat ook andere door Van Waning genoemde deelnemers aan het vooroverleg een clementieverzoek hebben ingediend, maar dat deze de Onderneming niet hebben genoemd in hun clementieverzoek. De Raad volgt dit standpunt van de Onderneming niet, aangezien Van Waning slechts de Onderneming noemt als betrokkene bij dit project. Van Waning geeft daarbij aan dat verder niet bekend is wie nog meer betrokken was bij het vooroverleg. De Onderneming stelt dat dit project direct aan de Onderneming is gegund. Ter ondersteuning van dit standpunt heeft zij in bijlage zes bij haar bezwaarschrift een brief van de opdrachtgever van dit project gevoegd, waarin de gang van zaken rondom de gunning van dit werk is beschreven.<sup>17</sup> De Raad constateert dat in de brief de passage: *"We hadden echter wel diverse prijzen opgevraagd"* is opgenomen. De Raad stelt vast dat blijkens het Rapport bij een enkelvoudige uitnodiging slechts één bouwonderneming voor de uitvoering van een werk wordt benaderd.<sup>18</sup> Voorts stelt de Raad vast dat uit de inhoud van de door de Onderneming overgelegde brief volgt dat meerdere partijen een prijsopgave hebben mogen doen, zodat geen sprake is van een enkelvoudige uitnodiging. Deze brief ondersteunt in die zin juist de projectverklaring van Van Waning.

---

<sup>15</sup> Zie dossierstuk 3938\_16/7 of cb 32/7, p. -0002 en -0371.

<sup>16</sup> Zie dossierstuk 3938\_20/6 of cb 53/7, p. -0013.

<sup>17</sup> Zie dossierstuk 3938\_807/35, bijlage 6.

<sup>18</sup> Zie randnummer 20 van het Rapport.

De Raad volgt de Adviescommissie dan ook in haar opvatting dat het bezwaar van de Onderneming op een verkeerde lezing van de brief lijkt te berusten. De Raad acht de deelname aan het vooroverleg ten aanzien van het project '*Bouw & tankpark te Ouderkerk a/d IJssel*' voldoende aannemelijk.

33. Smits Zoetermeer B.V. (hierna: Smits Zoetermeer) heeft ten aanzien van het project '*Nieuwbouw kantoor Florema groep te Leidschendam*' een clementieverzoek ingediend, waarbij zij heeft aangegeven dat naast de Onderneming ook andere deelnemers waren betrokken bij het vooroverleg voor dit project, waaronder Bouwbureau Weba B.V. (hierna: Weba) en Aannemingsbedrijf Hermes en Roepman B.V. (hierna: Hermes en Roepman). Weba en Hermes en Roepman hebben zelf ook een clementieverzoek ingediend.<sup>19</sup> De Onderneming betoogt dat deze clementieverzoeken de verklaring van Smits Zoetermeer ontkrachten, omdat zowel Weba als Hermes en Roepman in hun clementieverzoek de naam van de Onderneming noch het project hebben vermeld. De Raad volgt dit bezwaar niet. Hermes en Roepman heeft ten aanzien van een aantal projecten clementie verzocht, maar geeft daarbij aan dat de gegevens mogelijk niet compleet zijn.<sup>20</sup> Ook Weba heeft in haar clementieverzoek aangegeven dat zij incidenteel aan vooroverleg in de B&U-sector heeft deelgenomen, maar dat details omtrent daarbij gemaakte afspraken niet meer zijn te geven aangezien deze niet meer voor handen zijn en geen reconstructie mogelijk is van de gemaakte afspraken.<sup>21</sup> Uit de clementieverzoeken van Weba en Hermes en Roepman kan worden afgeleid dat zij, zoals ook blijkt uit de projectinformatie van Smits Zoetermeer, hebben deelgenomen aan het systeem van vooroverleg in de B&U-sector. Naar de mening van de Raad ontkrachten deze clementieverzoeken op generlei wijze de verklaring van Smits Zoetermeer.
34. De Onderneming heeft op 22 mei 2007 een tweetal stukken overgelegd met betrekking tot een aanbesteding van het project '*Nieuwbouw kantoor met opslagruimten en vriescel*'.<sup>22</sup> De Onderneming heeft betoogd dat deze stukken op het project '*Nieuwbouw kantoor Florema groep te Leidschendam*' zien. De Raad volgt het betoog van de Onderneming niet. In deze stukken staat het bedrijf '*Menken van den Assen*' vermeld en niet '*Florema Groep*'. Ook de datum in de door de Onderneming toegezonden stukken, namelijk '*2 juli 1999*', komt niet overeen met de datum '*9-2-2000*' in de handgeschreven notities van Smits Zoetermeer over dit project. Tijdens de hoorzitting heeft de Onderneming bevestigd dat

---

<sup>19</sup> Zie dossierstuk 3938\_158/9 of cb 296/9, blad 5 en 6 van het 'meldingsformulier clementieverzoek bouwsector', 3938\_158/10 of cb 296/10, p. -0014).

<sup>20</sup> Zie dossierstuk 3938\_61/1 of cb 128/1.

<sup>21</sup> Zie dossierstuk 3938\_247/1 of cb 459/1.

<sup>22</sup> Zie dossierstuk 3938\_807/43.

het hier een ander project betreft.<sup>23</sup> De Raad stelt derhalve vast dat de door de Onderneming overgelegde stukken niet zien op het project '*Nieuwbouw kantoor Forema groep te Leidschendam*' en derhalve niet kunnen dienen als tegenbewijs.

35. De Onderneming stelt dat het project '*Nieuwbouw kantoor met opslagruimten en vriescel*' het enige project is dat zij op het Forepark heeft gerealiseerd en dat zij niet betrokken is geweest bij het project '*Nieuwbouw kantoor Forema groep te Leidschendam*'. Ten bewijze hiervan voert zij aan dat uit het handgeschreven stuk afkomstig van Smits Zoetermeer voortvloeit dat zij het werk zou hebben verkregen. Dit is volgens de Onderneming niet het geval. De Raad stelt vast dat uit het handgeschreven stuk afkomstig van Smits Zoetermeer niet automatisch volgt dat de Onderneming het werk ook daadwerkelijk heeft uitgevoerd. Het betreffende stuk toont aan dat de Onderneming betrokken was bij het verboden vooroverleg in de B&U-sector. De stelling van de Onderneming dat zij het werk niet heeft verkregen acht de Raad dan ook onvoldoende om de verklaring van Smits Zoetermeer in twijfel te trekken.
36. TBI heeft schriftelijk verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het vooroverleg ten aanzien van het project '*Pelmolenlaan te Woerden*'.<sup>24</sup> De Onderneming betoogt dat Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V. (hierna: Aan de Stegge), die ook door TBI genoemd wordt als deelnemer aan dit vooroverleg, een clementieverzoek heeft ingediend, maar dat zij de Onderneming niet als deelnemer aan het vooroverleg in de B&U-sector heeft genoemd. De Raad volgt dit bezwaar niet. In de bijgaande brief bij het 'meldingsformulier clementieverzoek bouwsector' van Aan de Stegge staat dat de lijst met deelnemers aan het vooroverleg in de B&U-sector is gebaseerd op hetgeen Aan de Stegge nog heeft kunnen achterhalen.<sup>25</sup> Schriftelijke bescheiden of administratie waren niet voor handen. Daarnaast was het bij Aan de Stegge lang niet altijd bekend welke aannemers er allemaal bij de afstemming waren betrokken. De Raad is derhalve van mening dat de schriftelijke informatie van TBI met betrekking tot dit project niet wordt ontkracht door het bezwaar van de Onderneming en concludeert dan ook dat de Onderneming aan het vooroverleg ten aanzien van het project '*Pelmolenlaan te Woerden*' heeft deelgenomen.
37. In een door clementieverzoeker Aannemersbedrijf P. van Leeuwen B.V. overgelegde projectverklaring staat vermeld het project '*Jaleco*' te '*Nieuw Lekkerland*' de naam '*De Vries en Verburg*', de datum '*10-04-2000*' en het bedrag '*4.537,80*'. De Onderneming stelt ten aanzien van het project '*Jaleco te NieuwLekkerland*' dat twee andere deelnemers aan

---

<sup>23</sup> Zie dossierstukken 3938\_807/53 en 3938\_807/58.

<sup>24</sup> Zie dossierstuk 3938\_15/24 of cb 31/11, p. -0088.

<sup>25</sup> Zie dossierstuk 3938\_25/5 of cb 59/6, p. -0001 Zie ook 3938\_807/35, bijlage 5.

het vooroverleg, namelijk Aannemersbedrijf J van Daalen B.V. (hierna: Van Daalen) en Aannemingsbedrijf Van Eck B.V. (hierna: Van Eck), een clementieverzoek hebben ingediend en dat geen van beiden de Onderneming heeft genoemd in haar clementieverzoek. De Raad wijst erop dat zowel Van Daalen<sup>26</sup> als Van Eck<sup>27</sup> heeft aangegeven dat de lijst met projecten en ondernemingen mogelijk niet volledig is, aangezien sommige gegevens niet meer beschikbaar zijn. De Raad ziet derhalve onvoldoende aanleiding om de projectverklaring van clementieverzoeker Aannemersbedrijf P. van Leeuwen B.V.<sup>28</sup> als niet juist te beschouwen. Verder stelt de Onderneming dat het bedrag van NLG 10.000 (EUR 4.537,80) slechts achter de naam van Van Eck staat en dat de Onderneming in ieder geval nooit een vergoeding heeft ontvangen. Naar de mening van de Raad is de precieze afwikkeling van de afspraken bij het vooroverleg niet belangrijk, aangezien niet alleen het vereffenen van tegoeden in strijd is met de Mededingingswet maar ook het middels vooroverleg vaststellen dan wel opbouwen van claims.

38. 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.
39. Voor zover de Onderneming beoogt te stellen dat op grond van het bewijs niet kan worden vastgesteld dat zij op structurele basis heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg, overweegt de Raad dat dit op geen enkele wijze kan afdoen aan de vaststelling dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg in de B&U-sector. Zij heeft daarmee ook deelgenomen aan een overtreding die gedurende de periode januari 1998 en december 2001 één voortdurende inbreuk heeft gevormd op de mededingingsregels. Wanneer sprake is van één voortdurende inbreuk zoals beschreven in het Rapport, dan zijn alle betrokken ondernemingen aansprakelijk voor de gehele overtreding en kunnen hiervoor worden beboet. 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.
40. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad de bezwaren op dit punt.

---

<sup>26</sup> Zie dossierstuk 3938\_252/1 of cb 464/1.

<sup>27</sup> Zie dossierstuk 3938\_38/3 of cb 81/3.

<sup>28</sup> Zie dossierstuk 3938\_175, p. 00336002000002.

### 2.3 Verval van sanctiebevoegdheid

41. De Onderneming stelt dat de bevoegdheid tot het opleggen van de boete is vervallen, aangezien er meer dan vijf jaren zijn verstreken tussen het opleggen van de boete en de data van de door de NMa aangehaalde projecten ten bewijze van deelname aan de overtreding.
42. De Adviescommissie adviseert het bezwaar te verwerpen, aangezien zij van mening is dat de Raad op goede gronden heeft vastgesteld dat de overtreding tot en met 31 december 2001 heeft geduurd. Derhalve zijn tot aan de datum van het besluit van 25 oktober 2006 geen vijf jaren verstreken.
43. Aanvullend op het Advies en het bestreden besluit overweegt de Raad als volgt.
44. 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.<sup>29</sup> 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 december 2001.<sup>30</sup> 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.
45. 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 aantoonbaar dat zij zich tijdens de duur van de overtreding publiekelijk heeft gedistantieerd van de overtreding of uit de markt is getreden.<sup>31</sup> De stel- en bewijsplicht hiervoor ligt bij de

---

<sup>29</sup> Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 93.

<sup>30</sup> Zie randnummer 151 van het Rapport.

<sup>31</sup> 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.

Onderneming.

46. Gesteld noch gebleken is 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.
47. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop, verwerpt de Raad het bezwaar.

## 2.4 Boetesystematiek

48. De Onderneming stelt dat de boete per bewezen project dient te worden bepaald, aangezien geen sprake is van betrokkenheid van de Onderneming bij het systeem van vooroverleg.
49. De Adviescommissie is niet expliciet op het bezwaar ingegaan.
50. 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.<sup>32</sup> Om volledige transparantie te betrachten en rechtseenheid en rechtsgelijkheid te waarborgen heeft de Raad, in aanvulling op haar (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting (thans: Boetecode)<sup>33</sup>, dit beleid vastgelegd en bekendgemaakt in de deelsector burgerlijke & utiliteitsbouw (hierna: Boetebekendmaking)<sup>34</sup> Het geldend wettelijk kader, waaronder uitdrukkelijk de discretionaire bevoegdheid ex artikel 56 jo. 57, lid 2, Mw, en de

---

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Bekendmaking van 6 september 2005, Stcrt. 2005, nr. 172, p. 12. Rectificatie van 12 oktober 2005, Stcrt. 2005, nr. 198, p.22.

(algemene) Richtsnoeren boetetoemeting, bieden ruimte om een andere boetegrondslag te kiezen. Op grond hiervan kon de Raad de Boetebekendmaking vaststellen en toepassen.

51. 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.
52. 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.
53. 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.
54. 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.<sup>35</sup>

55. Op grond van het Advies en vorenstaande aanvulling daarop concludeert de Raad dat het bezwaar ongegrond dient te worden verklaard.

## 2.5 Ijkjaar

56. De Onderneming stelt dat het jaar 2001 niet als representatief kan worden beschouwd.
57. Doordat de Raad ter hoorzitting heeft toegezegd de door de Onderneming nader te overleggen stukken te zullen betrekken bij de heroverweging, is de Adviescommissie niet nader op dit bezwaar ingegaan.
58. In aanvulling op hetgeen de Adviescommissie omtrent dit bezwaar heeft geadviseerd, overweegt de Raad het volgende.
59. De Raad acht het niet ongebruikelijk dat de Aanbestedingsomzet 2001 van een individuele onderneming hoger is dan diens aanbestedingsomzet in de voorgaande jaren van de overtreding (1998-2000), aangezien ondernemingen veelal een groeiende omzet laten zien. Dit doet in beginsel niet af aan de representativiteit van het ijkjaar. Uitsluitend in bijzondere gevallen acht de Raad het ijkjaar 2001 niet representatief. Daarvan is sprake als de Aanbestedingsomzet 2001 disproportioneel hoog is in verhouding tot de aanbestedingsomzet in de andere jaren van de overtreding. In dat geval leidt onverkorte toepassing van de Aanbestedingsomzet 2001 naar de mening van de Raad tot evidente onbillijkheid en kan de Raad van de Boetebekendmaking afwijken.<sup>36</sup> De Raad zal dit op passende wijze doen, wanneer ondernemingen genoegzaam kunnen aantonen dat het jaar 2001 in hun geval niet als een representatief ijkjaar kan worden beschouwd.
60. De Raad acht het ijkjaar 2001 voor een individuele onderneming in de B&U-sector niet representatief als haar Aanbestedingsomzet 2001 meer dan 41% groter is dan haar gemiddelde aanbestedingsomzet in de jaren van de overtreding. De Raad overweegt in dit verband het volgende.

---

<sup>35</sup> 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 zaak heeft de rechtbank (voor de Installatiesector) geoordeeld dat boetes van 10,5% van de aanbestedingsomzet 2001 "zeker niet onevenredig" zijn.

<sup>36</sup> Zie randnummer 15 van de Bekendmaking boetetoemeting.



*Uitgangspunt: de omzetontwikkeling deelsectorbreed*

61. In zijn beoordeling of het ijkjaar 2001 voor de Onderneming als niet-representatief moet worden aangemerkt, neemt de Raad als uitgangspunt de omzetontwikkeling van de B&U-sector. Wanneer bij de Onderneming sprake is van een binnen de deelsector normale ontwikkeling van de aanbestedingsomzet, ziet de Raad geen aanleiding het ijkjaar 2001 als niet-representatief aan te merken.

*Berekening omzetontwikkeling voor de deelsector*

62. De Raad berekent voor de deelsector hoe de omzet in het jaar 2001 zich verhoudt tot de gemiddelde omzet van alle jaren van de overtreding (1998 t/m 2001). Deze onderlinge verhouding wordt door de Raad als 'de omzetontwikkeling' aangeduid. De Raad neemt hierbij de totale omzet van de deelsector in aanmerking, omdat hiervoor objectieve gegevens voorhanden zijn.<sup>37</sup> De Raad gebruikt hiervoor de indexcijfers over de betreffende deelsector van het Centraal Bureau voor de Statistiek.
63. De Raad berekent de omzetontwikkeling in de deelsector door de totale omzet in 2001 te delen door de gemiddelde totale omzet uit alle jaren van de overtreding. Het resultaat van deze berekening is een factor, die aangeeft hoeveel de totale omzet in 2001 hoger is dan de gemiddelde totale omzet in de jaren van de overtreding. Hiermee wordt de verhouding van de totale omzet in het ijkjaar tot de gemiddelde totale omzet van alle jaren van de overtreding voor de deelsector in cijfers uitgedrukt.

Voorbeeld:

De deelsector X heeft in de jaren 1998 tot en met 2001 respectievelijk de volgende omzetten gegenereerd (in indexcijfers; 1998 is 100): 100, 101, 102 en 115. Zijn totale omzet over alle jaren van de overtreding bedraagt dan  $(100+101+102+115=)$  418. De gemiddelde omzet over alle jaren van de overtreding is dan  $(418 / 4 \text{ jaar}=)$  104,5. 115 (2001) gedeeld door 104,5 is een factor 1,10. Uitgedrukt in een percentage houdt dit in dat de totale omzet in de deelsector in 2001 10% hoger lag dan de gemiddelde totale omzet in de vier jaren van de overtreding.

64. Voor de B&U-sector heeft de Raad op de bovenbeschreven wijze vastgesteld dat de totale omzet in 2001 11% hoger lag dan de gemiddelde totale omzet in de periode van de overtreding.

---

<sup>37</sup> De Raad acht de ontwikkeling van de totale omzet van een deelsector in de onderhavige procedure de meest geschikte objectief te bepalen graadmeter om vast te stellen wat een normale groei van aanbestedingsomzet van individuele ondernemingen in die deelsector zou zijn.

65. Vervolgens zet de Raad de omzetontwikkeling van de individuele onderneming af tegen de omzetontwikkeling in de B&U-sector.

*Vaststelling van de omzetontwikkeling van een individuele onderneming*

66. De Raad berekent de omzetontwikkeling van de individuele onderneming op dezelfde wijze als de omzetontwikkeling in de deelsector. De Raad deelt de Aanbestedingsomzet 2001 van de onderneming door diens gemiddelde aanbestedingsomzet in alle jaren van de overtreding. Hiermee wordt de verhouding van de aanbestedingsomzet in het ijkjaar tot de gemiddelde aanbestedingsomzet van alle jaren van de overtreding voor de individuele onderneming in cijfers uitgedrukt.

Voorbeeld:

Een onderneming heeft in de jaren 1998 tot en met 2001 respectievelijk de volgende aanbestedingsomzetten gegenereerd (in miljoenen): 1, 2, 3 en 4. Haar totale aanbestedingsomzet over alle jaren van de overtreding bedraagt dan  $(1+2+3+4=)$  10 miljoen. De gemiddelde aanbestedingsomzet over alle jaren van de overtreding is dan  $(10 \text{ miljoen}/4 \text{ jaar}=)$  2,5 miljoen. 4 miljoen (2001) gedeeld door 2,5 miljoen is een factor 1,60. Dit houdt in dat de aanbestedingsomzet van de onderneming in 2001 60% hoger was dan haar aanbestedingsomzet in de vier jaren van de overtreding gemiddeld was.

*Vaststelling van de toetsingsnorm 'disproportioneel hoog'*

67. Een onderneming laat een voor de deelsector gemiddelde omzetontwikkeling zien, als haar omzetontwikkeling gelijk is aan de omzetontwikkeling in de deelsector. De Raad acht het ijkjaar 2001 in een dergelijk geval bij uitstek representatief. Indien de omzetontwikkeling van de onderneming groter is dan de omzetontwikkeling in de deelsector, is niet direct sprake van een niet-representatief ijkjaar. De Raad is van mening dat de omzetontwikkeling van een individuele onderneming aanzienlijk moet uitstijgen boven de omzetontwikkeling in de deelsector om het ijkjaar 2001 voor die onderneming als niet representatief aan te merken. De Raad acht het ijkjaar 2001 voor een individuele onderneming niet representatief als de omzetontwikkeling bij de onderneming meer dan 30%<sup>38</sup> (factor 0,3) groter is dan de omzetontwikkeling in de deelsector. Aldus komt de Raad uit op een toetsingsnorm van 41% (11% + 30%), oftewel factor 1,41.

*Toepassing op de onderhavige zaak*

68. In de onderhavige zaak heeft de Raad vastgesteld dat de omzetontwikkeling van de Onderneming 62,5% bedraagt. De Raad acht in dit bijzondere geval een neerwaartse correctie van de boetegrondslag op zijn plaats (hierna: ijkjaarcorrectie).

---

<sup>38</sup> Strikt genomen gaat het om 30 procentpunten. Omwille van de leesbaarheid wordt hier gesproken van procenten.

*Ijkjaarcorrectie*

69. De Raad brengt de boetegrondslag terug tot het eerste bedrag dat binnen de grenzen van de toetsingsnorm valt. Er wordt bij de ijkjaarcorrectie voor het berekenen van een boete derhalve een (neerwaarts) gecorrigeerde Aanbestedingsomzet 2001 gehanteerd. Met deze neerwaartse bijstelling van de Aanbestedingsomzet 2001 verandert ook het gemiddelde van de aanbestedingsomzet in de jaren van de overtreding.

*Voorbeeld*

Een onderneming heeft in de jaren 1998 tot en met 2001 de volgende aanbestedingsomzetten gegenereerd (in miljoenen): 1, 2, 2, 5. Haar gemiddelde aanbestedingsomzet is dan 2,5 miljoen ( $10/4$ ) en haar omzetontwikkeling is factor 2,0 ( $5/2,5$ ). Dit ligt ruim boven de grens van 41% (1,41) zodat de onderneming in aanmerking komt voor een correctie van de boetegrondslag. Als de gecorrigeerde Aanbestedingsomzet 2001 wordt teruggebracht tot het bedrag dat exact 41% meer is dan het gecorrigeerde gemiddelde, komt de boetegrondslag uit op 2,72 miljoen. De aanbestedingsomzetten zijn nu (in miljoenen): 1, 2, 2, 2,72. De gemiddelde aanbestedingsomzet is nu 1,93 miljoen ( $7,72/4$ ) en de omzetontwikkeling is na de correctie afgerond 41% ( $2,72/1,93$ ).

70. Dit heeft tot gevolg dat de Raad de boetegrondslag vaststelt op het bedrag dat exact 41% meer bedraagt dan het (gecorrigeerde) gemiddelde van de aanbestedingsomzet in de jaren van de overtreding. Op deze wijze wordt naar de mening van de Raad een boetegrondslag vastgesteld, die in redelijke verhouding staat tot de aanbestedingsomzet die door de Onderneming in de periode van de overtreding is behaald enerzijds en tot de boetegrondslag van ondernemingen die niet in aanmerking komen voor een ijkjaarcorrectie anderzijds.

*Toepassing op de onderhavige zaak*

71. Met inachtneming van het bovenstaande stelt de Raad de gecorrigeerde boetegrondslag voor de Onderneming vast op EUR 7.304.370,00. Voor de cijfermatige uitwerking van de ijkjaarcorrectie verwijst de Raad naar bijlage 1. Uitgaande van deze boetegrondslag wordt de boete - rekening houdend met het boetepercentage van 10% welk in de sanctieprocedure in de B&U-sector wordt toegepast - thans vastgesteld op EUR 730.437,00

*Conclusie*

72. Gelet op het vorenstaande stelt de Raad vast dat hij zorgvuldig heeft afgewogen dat in het onderhavige geval een afwijking van de hoofdregels van de Boetebekendmaking noodzakelijk is. Op basis van dit oordeel is naar de mening van de Raad - na toepassing van de ijkjaarcorrectie - sprake van een evenredige boetegrondslag in verhouding tot de met het gevoerde boetebeleid te dienen doelen.

### 3 Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 9 augustus 2007 met kenmerk 3938\_807-62 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 2005 met kenmerk 3938\_807-30 ten aanzien van de representativiteit van het ijkjaar 2001 gegrond en voor het overige ongegrond;
- III. herroept het bestreden besluit ten aanzien van de hoogte van de boete en legt aan Bouwbedrijf De Vries en Verburg B.V., gevestigd te Stolwijk, een boete op van EUR 730.437,00.

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.*