

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Nummer: 3938_599 / 69

Betreft zaak: B&U-sector / Lavaredo Holding

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van 29 juni 2006 met kenmerk 3938_599/ 13.

1. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 29 juni 2006 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat de onderneming Lavaredo Holding 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 utiliteitsbouw¹ (hierna: het Rapport) dat integraal deel uitmaakt van het bestreden besluit.
2. De onderneming Lavaredo Holding bestaat uit Lavaredo Holding 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 utiliteitsbouwwerken² (hierna: B&U-werken), waaronder in ieder geval Vannel Bouwbedrijf B.V. (hierna ook: de Onderneming).

¹ Rapport van 6 september 2005.

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

3. De Raad heeft wegens de hiervoor in randnummer 1 genoemde overtreding aan Lavaredo Holding B.V. en Vannel Bouwbedrijf B.V. een boete opgelegd. Deze rechtspersonen zijn ieder hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.
4. Tegen het bestreden besluit hebben Lavaredo Holding B.V. en Vannel Bouwbedrijf B.V. (hierna: bezwaarmakers) tijdig pro forma bezwaar aangetekend bij brief van 8 augustus 2006. Bij diezelfde brief hebben Lavason B.V. en Voilier B.V. eveneens pro forma bezwaar aangetekend tegen het bestreden besluit.³
5. Bij brief van 6 oktober 2006 hebben bezwaarmakers hun gronden van bezwaar aangevuld. Bij brief van 27 december 2006 hebben Lavason B.V. en Voilier B.V. hun gronden van bezwaar aangevuld.
6. 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).
7. Op 23 januari 2007 zijn bezwaarmakers, Lavason B.V., Voilier B.V., alsook de Raad naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 9 maart 2007 aan bezwaarmakers, Lavason B.V., Voilier B.V. en de Raad is toegezonden.
8. Op 13 mei 2007 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
9. Naar de mening van de Adviescommissie dienen te bezwaren van Lavason B.V. en Voilier B.V. niet-ontvankelijk te worden verklaard. Deze rechtspersonen kunnen niet als belanghebbende worden aangemerkt, nu zij geen van beide een voldoende rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken belang hebben. Voorts heeft de Adviescommissie geadviseerd de bezwaren van bezwaarmakers, voor zover gericht tegen de motivering van de representativiteit van het ijkjaar 2001, gegrond te verklaren.
10. De Raad heeft zich ervan vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen. De Raad besluit 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

³ Lavason B.V. en Voilier B.V. hielden tot 30 september 2003 ieder 50% van de aandelen in Lavaredo B.V. en haar dochteronderneming Vannel Bouwbedrijf B.V.

motivering ten aanzien van de door bezwaarmakers gestelde niet-representativiteit van het ijkjaar 2001.

2 Nadere motivering

11. Volgens bezwaarmakers blijkt niet waarom de naar voren gebrachte individuele omstandigheden niet relevant zijn. Door deze onbesproken te laten heeft de Raad volgens bezwaarmakers in strijd met het motiveringsbeginsel gehandeld. De Onderneming heeft voorts een overzicht verstrekt waaruit blijkt dat de Aanbestedingsomzet 2001 ongeveer het dubbele bedroeg van de Aanbestedingsomzet 1999 en 2000.
12. In de zienswijze van de Raad op het bezwaar en tijdens de hoorzitting van 23 januari 2007 heeft de Raad toegelicht op welke wijze hij de boetegrondslag corrigeert indien sprake is van een niet-representatief ijkjaar. Voorts zijn bezwaarmakers tijdens de hoorzitting op de hoogte gesteld van het voornemen van de Raad om in deze zaak de boetegrondslag te verlagen.
13. De Adviescommissie is van mening dat hetgeen door bezwaarmakers is aangevoerd in verband met de schending van het motiveringsbeginsel in wezen neerkomt op de vraag of het ijkjaar 2001 voldoende representatief is. De Adviescommissie heeft zich op het standpunt gesteld dat de Raad in redelijkheid heeft kunnen overgaan tot vaststelling van de correctie voor niet-representatieve ijkjaren. Naar de mening van de Adviescommissie dient het door de Raad gehanteerde normbedrag nader gemotiveerd te worden.
14. Voor zover bezwaarmakers aanvoeren dat de Raad in strijd met het motiveringsbeginsel heeft gehandeld door te stellen dat het ijkjaar 2001 wel voldoende representatief is, overweegt de Raad, in aanvulling op hetgeen de Adviescommissie heeft geadviseerd, als volgt.
15. Zoals blijkt uit de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke & utiliteitsbouw⁴ (hierna: de Boetebekendmaking) heeft de Raad de Aanbestedingsomzet 2001 als boetegrondslag aangemerkt. De Raad acht het jaar 2001 in zijn algemeenheid een representatief ijkjaar voor de overtredingen waarvan de boete wordt vastgesteld op grond van de Boetebekendmaking.

⁴ Bekendmaking van 6 september 2005, Stcrt. 2005, nr. 172, p. 12. Rectificatie van 12 oktober 2005, Stcrt. 2005, nr. 198, p.22.

16. 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.⁵ 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.
17. De Raad acht het ijkjaar 2001 voor een individuele onderneming in de deelsector burgerlijke en utiliteitsbouw (hierna: 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.
18. 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.
19. 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.⁶ De Raad gebruikt hiervoor de indexcijfers over de betreffende deelsector van het Centraal Bureau voor de Statistiek.
20. 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

⁵ Zie randnummer 23 van de Boetebekendmaking.

⁶ 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.

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. De 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.

21. 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.
22. Vervolgens zet de Raad de omzetontwikkeling van de individuele onderneming af tegen de omzetontwikkeling in de deelsector.
23. 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.

24. 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. Gebruikmakend van zijn discretionaire bevoegdheid acht de Raad het ijkjaar 2001 voor een individuele onderneming niet representatief indien de omzetontwikkeling meer dan 30%⁷ (factor 0,3) groter is dan de omzetontwikkeling in de deelsector. Aldus komt de Raad voor de B&U-sector uit op een toetsingsnorm van 41% (11%+ 30%), oftewel factor 1,41.

25. Uit het voorgaande volgt dat geen sprake is van een dubbeltelling, zoals de Adviescommissie stelt in haar Advies.⁸ In tegenstelling tot hetgeen de Adviescommissie opmerkt, neemt de Raad niet aan dat Aanbestedingsomzet 2001 in ieder geval gemiddeld 11% hoger zal zijn dan in het voorgaande jaar. De term omzetontwikkeling, zoals deze door de Raad wordt gebruikt bij de invulling van de toetsingsnorm, geeft niet de jaarlijkse omzetgroei weer, maar de verhouding van de omzet in het jaar 2001 tot de gemiddelde omzet van alle jaren van de overtreiding. De Raad toetst derhalve hoe de omzetontwikkeling van de Onderneming zich verhoudt tot de omzetontwikkeling in de deelsector, oftewel in welke mate deze daarboven uitstijgt. Omdat het gaat om vergelijking van de omzetontwikkelingen, die zowel voor de sector als voor de individuele ondernemingen op dezelfde wijze zijn berekend, is geen sprake van dubbeltelling.
26. In de onderhavige zaak heeft de Raad vastgesteld dat de omzetontwikkeling van de Onderneming 73% bedraagt. De Raad acht in dit bijzondere geval een neerwaartse correctie van de boetegrondslag op zijn plaats (hierna: ijkjaarcorrectie).
27. 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 overtreiding.

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

⁷ Strikt genomen gaat het om 30 procentpunten. Omwille van de leesbaarheid wordt hier gesproken van procenten.

⁸ Zie randnummer 13 van het Advies.

nu 1,93 miljoen (7,72/4) miljoen en de omzetontwikkeling is na de correctie afgerond 41% (2,72/1,93).

28. 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.
29. Met inachtneming van het bovenstaande stelt de Raad de gecorrigeerde boetegrondslag voor de Onderneming vast op EUR 2.931.398,00. Voor de cijfermatige uitwerking van de ijkjaarcorrectie verwijst de Raad naar bijlage 1. Uitgaande van deze boetegrondslag wordt de bruto-boete (rekening houdend met het boetepercentage van 10%, welke in de sanctieprocedure in de B&U-sector wordt toegepast) thans vastgesteld op EUR 293.139,00.
30. De Raad ziet conform randnummer 20 van de Boetebekendmaking reden om de boete te verminderen met een percentage van 15% van de bruto-boete ad EUR 293.139,00, gezien de deelname van de Onderneming aan de versnelde procedure. Dit resulteert in een vermindering van EUR 43.971,00 van de bruto-boete.
31. Het bedrag dat resulteert na vermindering in verband met het deelnemen aan de versnelde procedure, wordt aangeduid als de netto-boete. In het onderhavige geval bedraagt de netto-boete EUR 249.168,00.
32. De Raad neemt in deze versnelde procedure geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.
33. De Raad neemt in de onderhavige zaak geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.
34. Het voorgaande resulteert in een boete van: EUR 249.168,00.

3 Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 15 mei 2007 over, zulks aangevuld met de hiervoor opgenomen nadere motivering in hoofdstuk 2;
- II. verklaart de bezwaren van Lavason B.V. en Voilier B.V. tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2006, kenmerk 3938_599/13, niet-ontvankelijk;
- III. verklaart de bezwaren van Lavaredo Holding B.V. en Vannel Bouwbedrijf B.V. tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2006, kenmerk 3938_599/13, ten aanzien van de niet-representativiteit van het ijkjaar 2001 gegrond;
- IV. verklaart de overige bezwaren van Lavaredo Holding B.V. en Vannel Bouwbedrijf B.V. tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2006, kenmerk 3938_599/13, ongegrond;
- V. herroept het bestreden besluit ten aanzien van de hoogte van de boete en legt aan Lavaredo Holding B.V., gevestigd te Den Bosch en aan Vannel Bouwbedrijf B.V., gevestigd te Eindhoven, een boete op van EUR 249.168,00. Deze rechtspersonen zijn ieder hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

Datum: 25 april 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

Bijlage berekening van de ijkjaarcorrectie in zaak 3938-599

De grens waarboven een onderneming een disproportioneel hoge omzet heeft is in B&U op 41% (factor 1,41) vastgesteld.

A) Ijkjaartoets: is het ijkjaar 2001 representatief

Onderneming Lavaredo Holding B.V.; de omzetgegevens

Jaar 1998	:	0	(A)
Jaar 1999	:	2.256.608	(B)
Jaar 2000	:	3.128.017	(C)
Ijkjaar 2001	:	4.097.911	(D)

Het bepalen van de gemiddelde omzet van de jaren van de overtreding:

Formule A1: $(A+B+C+D) / 4 = \text{Gem.}$

(waarbij A=omzet 1998, B=1999 etc.)

$(0 + 2.256.608 + 3.128.017 + 4.097.911) : 4 = 2.370.634 \text{ (Gem)}$

Het vaststellen van de omzetontwikkeling:

Formule A2: $D / \text{Gem} = \dots\%$

$4.097.911 : 2.370.634 = 1,73 = 73\%$

B) Ijkjaarcorrectie

Berekening van de (gecorrigeerde) boetegrondslag die binnen de toetsingsnorm valt. Voor de totstandkoming van de onderstaande formules wordt verwezen naar pagina 2.

Formule B1: $(A+B+C) / 2,59 = \text{Gem}$

(waarbij A=omzet 1998, B=1999 etc.)

$(0 + 2.256.608 + 3.128.017) : 2,59 = 2.079.005 \text{ (Gem)}$

Formule B2: $D = 1,41 \times \text{Gem}$

$1,41 \times 2.079.005 = 2.931.397.$

Openbaar

$$D = 2.931.397.$$

Dit is de gecorrigeerde aanbestedingsomzet op basis waarvan wordt beboet.

Bij de ijkjaartoets worden de onderstaande formules gebruikt.

Formule A1: **$(A+B+C+D) / 4 = \text{Gem.}$**

en

Formule A2: **$D / \text{Gem} = \dots\%$**

Om te kunnen berekenen welke boetegrondslag exact binnen de toetsingsnorm valt die de NMa hanteert, worden deze twee formules geïntegreerd. Op deze wijze ontstaan twee nieuwe formules die berekenen welke boetegrondslag exact binnen de toetsingsnorm valt.

Formule A1 **$(A+B+C+D)/4 = \text{Gem}$**
omzetten naar (getal 4 nu rechts van =teken)
 $A+B+C+D = 4 \times \text{Gem}$

Formule A2 **$D/\text{Gem} = 1,41$**
omzetten naar (Gem nu rechts van =teken)
= Formule B2 **$D = 1,41 \times \text{Gem}$**

Beide formules bevatten nu de variabele D. Dit betekent dat in plaats van D in de formule A1 nu $1,41 \times \text{Gem}$ uit formule B2 kan worden ingevuld. $1,41 \times \text{Gem}$ is immers gelijk aan D. Dus:

$$A+B+C+(1,41 \times \text{Gem}) = 4 \times \text{Gem}$$

omzetten naar ($1,41 \times \text{Gem}$ naar rechts van =teken)

$$A+B+C = 2,59 \text{ Gem}$$

omzetten naar (2,59 Gem naar links van =teken)

Formule B1 **(A+B+C)/2,59 = Gem**

Het **Gem** voor de ijkjaarcorrectie kan met deze formule worden berekend. Dit gemiddelde invullen in de reeds hierboven genoemde formule B2:

Formule B2 **D = 1,41 x Gem**

D geeft de gecorrigeerde boetegrondslag op basis waarvan de boete wordt vastgesteld.