

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Nummer: 3938_960/43

Betreft zaak: B&U-sector / VDR Holding

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van 25 oktober 2006 met kenmerk 3938_960/20.

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 VDR 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 Rapport¹ over afspraken en gedragingen in de deelsector burgerlijke en utiliteitsbouw (hierna: het Rapport) dat integraal deel uitmaakt van het bestreden besluit.
2. De onderneming VDR Holding bestaat uit VDR Holding N.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 VDR Bouw B.V. (voorheen: Metabouw Bouwbedrijf B.V.).

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 VDR Holding N.V. en VDR Bouw B.V. (hierna gezamenlijk ook: de Onderneming) een boete opgelegd. Deze rechtspersonen zijn ieder hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.
4. De Onderneming heeft tegen het besluit tijdig bezwaar aangetekend bij brief van 5 december 2006.
5. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).
6. Bij brieven van 22 en 23 februari 2007 heeft de Adviescommissie de Onderneming alsook de Raad medegedeeld dat op 16 maart 2007 een hoorzitting plaats zou vinden.
7. Bij brief van 9 maart 2007 heeft de Onderneming medegedeeld af te zien van het recht te worden gehoord.
8. Op 20 april 2007 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
9. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt:

“De bezwaren dienen te worden verworpen”
10. 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 het hoofdstuk 2 van dit besluit dat voorziet in een nadere motivering ten aanzien van:
 - a) deelname aan het systeem van vooroverleg;
 - b) het opleggen van een boete;
 - c) mate van betrokkenheid;
 - d) toerekening.

2 Nadere motivering

a) Deelname aan het systeem van vooroverleg

11. De Onderneming stelt dat uit de bewijsstukken onvoldoende blijkt dat zij heeft deelgenomen aan een systeem van vooroverleg. Volgens de Onderneming heeft de Raad onvoldoende onderzoek gedaan naar de juistheid van de bewijsstukken en is niet voldaan aan de in het Rapport omschreven 2+2 bewijsregel. De Onderneming stelt dat de clementieverzoekers niet voldoende duidelijk hebben verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan enig vooroverleg. Ook worden volgens de Onderneming de verklaringen niet bevestigd door ten minste twee schriftelijke bewijsstukken. Indien clementieverzoekers een overtreding melden, welke naar hun oordeel "naar haar kennis juist en volledig" is omschreven, dan kan volgens de Onderneming niet van een juiste en volledige omschrijving van een clementieverzoek worden gesproken. Volgens de Onderneming trekt Trebbe Bouw Oost & Noord B.V. zelf haar verklaring in twijfel met haar opmerking dat "*nadere mededelingen een hoog speculatief karakter dragen*". Daarnaast zou volgens de Onderneming de schriftelijke onderbouwing bij de verklaring van Klaassen geheel ontbreken.
12. De Adviescommissie interpreteert het bezwaar van VDR mede als een bezwaar tegen de zogenaamde "2+2" bewijsregel. Blijkens het dossier staat vast dat er in de periode 1998-2001 sprake was van een algemene structuur van verboden vooroverleg. Op grond van de vrije bewijsleer heeft de Raad beleid gevormd om te bepalen in hoeverre individuele ondernemingen aan die structuur hebben deelgenomen. De "2+2"-regel maakt hier deel van uit. Het voldoen aan de "2+2"-regel maakt het aannemelijk dat de onderneming aan de algemene structuur van verboden vooroverleg heeft deelgenomen, behoudens tegenbewijs.
13. Naar de mening van de Adviescommissie is VDR niet geslaagd in het leveren van voldoende tegenbewijs, nu het betoog van VDR bestaat uit de enkele ontkenning aan de projecten opgenomen in het bewijsdossier te hebben deelgenomen. Het bezwaar tegen de "2+2"-regel dient te worden verworpen.
14. Wat betreft het bezwaar dat ziet op de beoordeling van het concrete bewijs van deelname aan de algemene structuur van verboden vooroverleg overweegt de Adviescommissie dat de overwegingen van de Raad in het bestreden besluit en in de zienswijze de aannemelijkheid versterken dat de Onderneming heeft deelgenomen aan de algemene structuur van verboden vooroverleg. De Adviescommissie adviseert het bezwaar te verwerpen.

15. In aanvulling op hetgeen de Adviescommissie omtrent deze bezwaren heeft geadviseerd overweegt de Raad het volgende.
16. In de onderzoeksfase heeft de NMa onderzocht ten aanzien van welke ondernemingen kan worden vastgesteld dat zij hebben deelgenomen aan het 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.³ 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.
17. In het bestreden besluit⁴ 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 systeem van vooroverleg heeft deelgenomen en het mede in stand heeft gehouden.
18. Voor zover de Onderneming wil betogen dat clementieverzoekers misleidende of onjuiste informatie aan de NMa hebben verstrekt, miskent zij dat verklaringen van clementieverzoekers veelal zijn opgesteld op basis van eigen administratie of eigen ervaringen en vaak concrete gedetailleerde informatie bevatten. Om voor clementie in aanmerking te komen dient een onderneming schriftelijk te verklaren 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 NMa de door de clementieverzoeker afgelegde verklaringen wel tegen haar kan blijven gebruiken. 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*

³ Zie randnummer 135 van het Rapport.

⁴ Zie randnummers 20 tot en met 26 van het bestreden besluit.

*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."*⁵

19. Gelet op dit risico en de concrete details over het bestaan van de verboden gedraging, kunnen ook verklaringen van clementieverzoekers worden beschouwd als een bevestiging van deelname aan het systeem van vooroverleg. De Raad wijst er daarbij op dat naast de NMa niet alleen de Europese Commissie, maar ook vele andere mededingingsautoriteiten binnen en buiten de Europese Unie in enigerlei vorm soortgelijke clementieregelingen kennen (vaak aangeduid als een 'Leniency Notice' of 'Leniency Programme').
20. De Raad zal het onderstaande bewijs opnieuw waarderen.
21. In de onderhavige zaak hebben twee clementieverzoekers onafhankelijk van elkaar schriftelijk verklaard dat de Onderneming in de periode januari 1998 tot en met december 2001 betrokken was bij vooroverleg in de B&U-sector. Het gaat om de verklaringen van Trebbe Bouw Oost & Noord B.V. (hierna: Trebbe)⁶ en Klaassen Beheer B.V. (hierna: Klaassen).⁷ Zij hebben beide schriftelijk verklaard dat "*Metabouw*" (nu: VDR Bouw B.V.) uit Deventer in de periode januari 1998 tot en met december 2001 betrokken was bij vooroverleg in de B&U-sector. De verklaringen worden bevestigd door schriftelijke informatie over twee projecten.
22. Uit schriftelijke projectinformatie van Trebbe blijkt dat "*Metabouw*" uit Deventer in 1998 met nog vijf andere ondernemingen heeft deelgenomen aan vooroverleg met betrekking tot het project "*U bouw, Bedrijfsruimte P. Calandweg*" te Arnhem, waarvan Truckcentre P. Caland B.V. de opdrachtgever was.⁸ Voorts heeft Trebbe verklaard dat "*een rekenvergoeding van Hfl 20.000 per deelnemer*"⁹ is vastgesteld. Deze schriftelijke projectinformatie wordt ondersteund door een handgeschreven overzicht van Trebbe waarop verrekensaldi met de andere ondernemingen staan (hierna: de clearinglijst). Op de clearinglijst is te zien dat er een vordering van Trebbe was ontstaan op "*Metabouw*"

⁵ GvEA 16 november 2006, zaak T-120/04, *Peróxidos Orgánicos SA/Commissie*, Jur. 2006 bladzijde II-04441, r.o. 70..

⁶ Zie dossierstuk 3938_35/5 of cb 74/5, p. -0002 en 3938_35/13 of cb 74/13, p. -0006.

⁷ Zie dossierstuk 3938_216/40 of cb 416/40, blad 5 van het meldingsformulier clementieverzoek bouwsector.

⁸ Zie dossierstuk 3938_35/5 of cb 74/5, p. -0001 t/m -002 en 3938_35/13 of cb 74/13, p. -0002 t/m -0010.

⁹ Zie dossierstuk 3938_35/13 of cb 74/13, p. -0007.

van “20.000,-”.¹⁰ Dit bedrag komt overeen met het bedrag in de schriftelijke projectinformatie van Trebbe.¹¹

23. Clearinglijsten zijn (al dan niet handgeschreven) lijsten waarop ondernemingen de verrekensaldi – betreffende projecten en aanbestedingen – met andere aan vooroverleg deelnemende ondernemingen bijhouden. Gebleken is dat clearinglijsten niet noodzakelijkerwijs jaarlijks worden opgemaakt maar dat deze lijsten een overzicht van de projecten en aanbestedingen uit verschillende jaren kunnen bevatten. Dat bovenaan de clearinglijst, die Trebbe heeft overgelegd “Aug. 2001” staat en niet het jaar waarin het vooroverleg is gevoerd is derhalve niet uitzonderlijk en wordt in het onderhavige geval, mede verklaard in de bij de clearinglijst behorende brief.¹² Hierin is te lezen: “*De verrekensaldi zijn ontstaan uit hoofde van afspraken. Op gezette tijden werd het daaruit ontstane verrekensaldo per collega-bedrijf door ons afgestemd en bij onderlinge overeenstemming over dit saldo werden de achterliggende stukken door ons vernietigd en werd een totaal overzicht gemaakt van deze verrekensaldi per collega-bouwbedrijf. Laatstelijk is dit in augustus 2001 gebeurd.*” De Raad is van oordeel dat Trebbe concrete informatie heeft gegeven ten aanzien van het project zelf, de deelnemers aan het vooroverleg, de opdrachtgever, de datum, de plaats en de gemaakte afspraak.¹³ Dat Trebbe ook heeft verklaard dat “*nadere mededelingen onzerzijds over per project gemaakte afspraken*” “*een hoog speculatief karakter*”¹⁴ hebben, betekent niet dat de Raad aan voornoemde projectinformatie voorbij dient te gaan. Gelet op het vorenstaande is de Raad van oordeel dat genoegzaam is aangetoond dat de Onderneming betrokken was bij verboden vooroverleg met betrekking tot dit project.
24. Uit de schriftelijke projectinformatie van Klaassen blijkt dat “*Metabouw*” uit Deventer in 2001 met nog drie andere ondernemingen betrokken was bij vooroverleg met betrekking tot het project “*Opleidings- en Trainingscentrum te Aalten*”. Klaassen heeft verklaard dat ten behoeve van dit project in 2001 een rekenvergoeding is vastgesteld.¹⁵ De Raad is van oordeel dat de projectinformatie van Klaassen voldoende gespecificeerd is, daar het project, de deelnemers aan het vooroverleg, de plaats, het jaar en de gemaakte afspraak in voldoende mate zijn omschreven. Gelet op het vorenstaande is de Raad van oordeel

¹⁰ Zie dossierstuk 3938_35/3 of cb 74/3, p. -0001 en -0004.

¹¹ Zie dossierstuk 3938_35/13 of cb 74/13, p. -0007.

¹² Zie dossierstuk 3938_35/3 of cb 74/3, p. -0001.

¹³ Zie dossierstuk 3938_35/3 of cb 74/3, p. -0004, 3938_35/5 of cb 74/5, p. -0002 en 3938_35/13 of 74/13, p. -0002 t/m -0010.

¹⁴ Zie dossierstuk 3938_35/5 of cb 74/5, p. -0001.

¹⁵ Zie dossierstuk 3938_216/40 of cb 416/40.

dat genoegzaam is aangetoond dat de Onderneming betrokken was bij verboden vooroverleg met betrekking tot dit project.

25. 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 tot en met 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.
26. Gelet op het Advies en de vorenstaande aanvulling is de Raad van oordeel dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg zoals beschreven in het Rapport.

b) Het opleggen van een boete

27. De Onderneming maakt bezwaar tegen het feit dat in het onderhavige geval een boete is opgelegd. De Onderneming stelt dat de Raad onvoldoende heeft bewezen dat zij de Mededingingswet heeft overtreden, zodat het opleggen van een boete uit het oogpunt van generale preventie niet aan de orde is. Ook bestaat er geen reden om een boete uit het oogpunt van speciale preventie op te leggen. Het feit dat de Onderneming bestaat en actief is gebleven op de markt is volgens de Onderneming juist een bevestiging van het feit dat zij niet deelnam aan kartelvorming. Mocht de Raad toch een boete willen opleggen dan verzoekt de Onderneming de boete te beperken tot een symbolisch bedrag.
28. De Adviescommissie is niet expliciet ingegaan op dit bezwaar.
29. De Raad deelt het standpunt van de Onderneming niet en overweegt hiertoe het volgende. Een boete heeft zowel speciale als generale preventie ten doel.¹⁶ Dit leidt ertoe dat een boete op een zodanig niveau moet worden gesteld dat deze een overtreder van

¹⁶ 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, Hoofdstuk 2, II. Algemene bepalingen, randnummers 9 en 10.

een volgende overtreding weerhoudt (speciale preventie) alsmede potentiële andere overtreders afschrikt (generale preventie). Om de beoogde preventieve werking te bereiken dient de boete afschrikwekkend te zijn, in ieder geval in relatie tot de weerslag op de economie die de overtreding in het algemeen kan hebben, dan wel in relatie tot de overige met de desbetreffende wettelijke norm te beschermen belangen.

30. De Raad is van oordeel dat een boete uit het oogpunt van zowel generale als speciale preventie gerechtvaardigd is. In de randnummers 16 tot en met 26 van dit besluit is vastgesteld dat de Onderneming de artikelen 6 Mw en 81 EG heeft overtreden. De Raad is van oordeel dat de Onderneming – ook om haar af te houden van herhaling van de overtreding – voor deze overtreding bestraft dient te worden (speciale preventie). Het onbestraft laten van een bewezen overtreding van de Mededingingswet ondermijnt de bereidheid tot het naleven van de Mededingingswet, zeker nu het gaat om een overtreding in de bouwsector waar sprake is geweest van structurele kartelvorming in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 (generale preventie). Mede gelet hierop ligt het naar het oordeel van de Raad niet in de rede te volstaan met het opleggen van een symbolische boete.
31. De Raad kan de Onderneming niet volgen in haar stelling dat het feit dat het bestaan van de Onderneming en het actief zijn op de markt juist een bevestiging is van het feit dat zij niet deelnam aan kartelvorming. De Raad is van mening dat het afhouden van de overtreder van herhaling van de overtreding des te meer zin heeft indien de onderneming nog bestaat en actief is op de markt. Dat dit laatste een bevestiging zou vormen van het feit dat de Onderneming niet deelnam aan het systeem van vooroverleg in de B&U-sector komt de Raad onbegrijpelijk voor.

32. Gelet op het vorenstaande verwerpt de Raad het bezwaar.

c) Mate van betrokkenheid

33. De Onderneming meent dat zij ten onrechte dezelfde boete heeft gekregen als de ondernemingen waartegen veel bewijs bestaat dat zij hebben deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. De Raad heeft volgens de Onderneming onvoldoende gemotiveerd waarom de boete van de Onderneming niet afwijkt van een “standaardboete”.
34. De Adviescommissie is niet expliciet ingegaan op dit bezwaar.
35. De Raad verstaat het bezwaar van de Onderneming aldus dat zij, gezien de door haar gestelde beperkte mate van betrokkenheid, de boete te hoog vindt.

36. De Raad wijst er op dat de vaststelling van de boete(grondslag) binnen zijn beleidsruimte valt. Om volledige transparantie te betrachten en rechtseenheid en rechtsgelijkheid te waarborgen heeft de Raad, in aanvulling op haar (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting (thans Boetecode),¹⁷ dit beleid vastgelegd en bekendgemaakt in de Boetebekendmaking. Het geldend wettelijk kader, waaronder uitdrukkelijk de discretionaire bevoegdheid ex artikel 56 jo. 57, tweede lid, Mw, en de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting, bieden ruimte om een andere boetegrondslag te kiezen. Op grond hiervan kon de Raad de Boetebekendmaking toepassen.
37. 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 bestaande wens van snelheid in de afhandeling van de procedures.
38. Een efficiënte en sectorbrede aanpak vereist aanpassing en vereenvoudiging van het bestaande boetebeleid. De Boetebekendmaking geldt voor de gehele B&U-sector. Dat wil zeggen dat deze 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.
39. 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 Raad 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 kan redelijkerwijs als representatief worden beschouwd voor de sector. Verder houdt het direct verband met de overtreding, aangezien de verboden praktijken in dat

¹⁷ 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.

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.

40. 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 Onderneming heeft niet gesteld dat het ijkjaar 2001 in haar geval niet als een representatief jaar kan worden beschouwd. 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.¹⁸ Dat, zoals de Onderneming stelt, sprake is van een “standaardboete” en dat bij de boetetoemeting geen rekening is gehouden met de mate van betrokkenheid van de afzonderlijke ondernemingen, is derhalve onjuist.

41. Gelet op het vorenstaande verwerpt de Raad het bezwaar.

d) Toerekening

42. De Onderneming stelt dat het bestreden besluit onvoldoende zorgvuldig geformuleerd is. Zij stelt dat de overtreding – indien hiervan al sprake zou zijn – is begaan door Metabouw en dat deze kan worden toegerekend aan VDR Holding.

43. De Adviescommissie is niet expliciet ingegaan op dit bezwaar.

44. De Raad stelt voorop dat hij in het bestreden besluit – in overeenstemming met hetgeen de Onderneming betoogt – de overtreding heeft toegerekend aan VDR Holding N.V. De Raad meent dat het bezwaar van de Onderneming de wijze van toerekening door de Raad juist ondersteunt en is dan ook van oordeel dat ten aanzien van deze bezwaargrond geen geschil bestaat.

¹⁸ 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 geoordeeld dat boetes van 10,5% van de aanbestedingsomzet 2001 “zeker niet onevenredig” zijn.

45. De Raad merkt met betrekking tot de wijze van toerekening ter verduidelijking nog het volgende op.
46. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet kunnen voor de beantwoording van de vraag aan wie een overtreding moet worden toegerekend, argumenten worden ontleend aan het communautaire mededingingsrecht.¹⁹ Het Nederlandse en het communautaire mededingingsrecht is slechts van toepassing op gedragingen van 'ondernemingen'. Onder een onderneming wordt verstaan: "iedere entiteit die een economische activiteit verricht". In de bijlage van het Rapport staan de deelnemende ondernemingen vermeld die de overtreding hebben begaan (artikel 59, tweede lid, sub c, Mw). In het onderhavige geval is dat "VDR Holding". De Raad rekent de overtreding van de deelnemende onderneming toe aan de rechtspersonen of natuurlijke personen (artikel 59, tweede lid, sub d, Mw). In het onderhavige geval is de overtreding toegerekend aan de rechtspersonen VDR Holding N.V. en VDR Bouw B.V. (voorheen Metabouwbedrijf B.V.).
47. Gelet op het vorenstaande verwerpt de Raad het bezwaar.

3 Besluit

48. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:
 - I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 20 april 2007 over, zulks aangevuld met de hiervoor opgenomen nadere motivering in hoofdstuk 2;
 - II. verklaart de bezwaren tegen het besluit van de Raad van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 25 oktober 2006 met kenmerk 3938_960/20 ongegrond;
 - III. handhaaft de in voornoemd besluit neergelegde beslissing en de daarbij opgelegde boete.

Datum: 25 april 2008

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

¹⁹ TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 86-87.

Openbaar

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

W.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur