

## **Advies in zaaknr. 4374 – Hendriks-Infra V.O.F.**

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: Prof. mr. J.H. Jans (voorzitter), mr. drs. R.C. van Houten, Prof.dr. J.A.H. Maks en mevr. mr. M. Sikkens. De subcommissie werd bijgestaan door mr. H.H.B. Vedder (secretaris).

### **1. Inleiding en procedure**

1. Bij besluit van 29 maart 2005 in zaaknummer 4374 (hierna: het bestreden besluit) stelde de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) vast dat Hendriks Infra V.O.F. (hierna: de onderneming) een inbreuk heeft gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) waarvoor de d-g NMa een boete heeft opgelegd aan de volgende ondernemingen:  
G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V.  
Gijs Hendriks Holding B.V.  
Heros Beheer B.V.
2. Tegen het bestreden besteden besluit diende mr. F.H. Hulshof namens de hierboven genoemde vier ondernemingen op 4 mei 2005 een pro forma bezwaarschrift in. Op 27 juni 2005 diende mr. F.H. Hulshof namens deze vier ondernemingen een aanvullend bezwaarschrift in.
3. Bij brief van 14 november 2005 werd aan de partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit medegedeeld dat op 9 december 2005 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 9 december 2005 vond deze hoorzitting plaats waarbij de onderneming en vertegenwoordigers van de NMa (hierna: Raad van Bestuur) werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: Prof. mr. J.H. Jans (voorzitter), mr. drs. R.C. van Houten, Prof.dr. J.A.H. Maks en mevr. mr. M. Sikkens. De subcommissie werd bijgestaan door mr. H.H.B. Vedder (secretaris).
4. Het verslag van de hoorzitting werd op 10 april 2006 aan de onderneming en de NMa rondgestuurd.

### **2. Bestreden besluit**

5. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit advies gehecht

### **3. Bezwaren en beoordeling**

## **Rechtmatigheid versnelde procedure**

6. De onderneming wijst op hetgeen is gesteld in de tweede en derde alinea van de tweede pagina van de begeleidende brief bij het sanctiebesluit. Daar wordt – zakelijk weergegeven – gewezen op de voorwaarden voor deelname aan

de versnelde procedure, zoals die uitwerken voor de bezwaarfase. Naar de mening van de onderneming zijn aldus nieuwe voorwaarden geïntroduceerd voor de deelname aan de versnelde procedure, aangezien de ten tijde van de machtiging (van de heer Blankert) geformuleerde voorwaarden niet zagen op de bezwaar- en beroepfase. De onderneming is van mening dat deze twee alinea's in strijd zijn met het vertrouwensbeginsel. De gevolgen van het niet-voldoen aan deze voorwaarden zijn dan ook in strijd met het verbod van *reformatio in peius* naar de mening van de onderneming.

7. De Raad van Bestuur kan zich niet vinden in het bovengenoemde bezwaar en wijst in dit verband op het feit dat de versnelde procedure beoogt tegemoet te komen aan de maatschappelijke wens snel schoon schip te maken, terwijl het de NMa mogelijk wordt gemaakt om tot een snelle en efficiënte afhandeling van de zaken te komen. De beloning voor de deelname aan de versnelde procedure is een korting op de boete van 15%. De Raad van Bestuur wijst er uitdrukkelijk op dat de deelname aan de versnelde procedure vrijwillig is, terwijl de voorwaarden voor deelname alsmede de consequenties van niet-deelname van te voren duidelijk zijn gemaakt.<sup>1</sup>

#### Beoordeling

8. Naar de mening van de Adviescommissie blijkt uit de correspondentie van de NMa omtrent de versnelde procedure duidelijk de achtergrond van deze procedure, welke voorwaarden gelden voor deelname aan deze procedure en wat de consequenties zijn van niet-deelname aan de versnelde procedure. Deze gegevens zijn de ondernemingen duidelijk gemaakt voordat zij een definitieve keuze moesten maken voor de versnelde of de reguliere procedure. De onderneming heeft aldus welbewust en voldoende voorgelicht kunnen kiezen voor deelname aan de versnelde procedure. Aldus bestaat binnen het kader van de versnelde procedure geen ruimte voor het aanvechten van de rechtmatigheid van deze procedure.

#### Verval sanctiebevoegdheid

9. Het volgende bezwaar is gebaseerd op artikel 64 Mw en gaat ervan uit dat de sanctiebevoegdheid vervalt vijf jaar nadat een overtreding van de Mw is beëindigd. Naar de mening van de onderneming volgt hieruit dat de NMa gehouden is ambtshalve te onderzoeken tot welk tijdstip de onderneming aan het mededingingsbeperkende systeem heeft deelgenomen. Nu de NMa zelf niet heeft getoetst of de sanctiebevoegdheid is vervallen, kan naar de mening van de onderneming het besluit niet in stand blijven of is het onvoldoende gemotiveerd.
10. De Raad van Bestuur wijst ten aanzien van dit bezwaar op de Memorie van Toelichting bij artikel 64 Mw, waaruit zij afleidt dat de vervaltermijn aanvangt op het moment waarop de overtreding is beëindigd. In het bestreden besluit is vastgesteld dat de overtreding heeft voortgeduurd tot december 2001, waarmee het bestreden besluit is genomen voordat de sanctiebevoegdheid zou komen te vervallen. Naar de mening van de Raad van Bestuur kan een individuele onderneming worden geacht te hebben deelgenomen aan een structurele overtreding van het mededingingsrecht voor de gehele periode waarin deze structurele overtreding heeft plaatsgevonden, tenzij deze

---

<sup>1</sup> Bij brief van 28 januari 2005 aan de heer Blankert, 4274/56.

onderneming zich openlijk heeft gedistantieerd van deze overtreding.<sup>2</sup> Nu van een dergelijke openlijke distantieering niet is gebleken, kunnen de ondernemingen worden geacht te hebben deelgenomen aan de overtreding tot december 2001, waarmee ten aanzien van deze ondernemingen geen sprake is van verval van de sanctiebevoegdheid.

#### Beoordeling

11. De Adviescommissie wijst erop dat de overtreding als structurele overtreding kan worden aangemerkt. De overtreding betreft immers een langdurig functionerend systeem van vooroverleg, dat in strijd is met artikel 6 Mw. Voor dergelijke structurele overtredingen geldt dat de deelnemers worden geacht voor de gehele duur van de overtreding te hebben deelgenomen, zodat zij eveneens voor de gehele duur van de overtreding verantwoordelijk zijn voor de overtreding. Slechts voor ondernemingen die kunnen aantonen dat zij zich openlijk hebben gedistantieerd van de overtreding is dit anders. Nu niet is gebleken van een dergelijke distantieering, kan de onderneming voor de gehele duur van de overtreding verantwoordelijk worden gehouden, waarmee voor de onderneming de overtreding is begaan tot december 2001. Aldus is de NMa bevoegd tot sanctie-oplegging. De Adviescommissie wijst er overigens op dat deelname aan de versnelde procedure met zich brengt dat de feiten uit het rapport – waaronder de vaststelling dat de overtreding tot december 2001 heeft voortgeduurd – niet mogen worden betwist in het kader van deze procedure.

#### **Mate van betrokkenheid/evenredigheid/strijd met het gelijkheidsbeginsel**

12. Naar de mening van de onderneming heeft de NMa onvoldoende onderzocht of de sanctionering in verhouding staat tot de mate van betrokkenheid van de onderneming bij de inbreuk. Meer bepaald geeft de onderneming aan dat zij niet in staat is geweest, als gevolg van het niet kunnen inzien van het individuele dossier, om de mate van betrokkenheid te onderzoeken, of om aan te tonen dat deze slechts beperkt is geweest. Verder is de onderneming van mening dat het evenredigheidsbeginsel met zich mee brengt dat het gelijkheidsbeginsel dient te worden toegepast, zodat de sanctie voor een onderneming die heeft aangezet tot de inbreuk zwaarder dient te zijn dan de sanctie voor een onderneming die slechts zelden heeft deelgenomen aan de inbreuk. De onderneming onderbouwt dit door een vergelijking van de relatieve boetes in onderhavige zaak met die in zaak 3183. Dat het voorgestelde boetepercentage uit het rapport in de onderhavige zaak (12%) is teruggebracht naar 10% in het bestreden besluit kan naar de mening van de onderneming geen afbreuk doen aan de strijdigheid met het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.
13. De Raad van Bestuur wijst erop dat het rapport en het bestreden besluit niet uitgaan van specifieke overtredingen in individuele aanbestedingen, maar van het bestaan van een structurele overtreding door middel van een systeem van vooroverleg. Aldus is het niet langer noodzakelijk de boete te baseren op een boetegrondslag die uitgaat van individuele aanbestedingen. De Raad van Bestuur is van mening dat de mate van betrokkenheid tot uiting komt in het

---

<sup>2</sup> Rn. 61 van de Zienswijze van de Raad van Bestuur op het algemeen gedeelte van de bezwaarschriften.

gebruik van de GWW-aanbestedingsomzet-2001 als boetegrondslag. Een geringe betrokkenheid zal zich immers vertalen in een lage aanbestedingsomzet. Verder wijst de Raad van Bestuur erop dat de verlaging van het boetepercentage van 12% naar 10% onder meer diende ter compensatie van het feit dat niet alle aanbestedingen, en dus niet alle aanbestedingsomzet, in 2001 voorwerp zijn geweest van mededingingsbeperkende gedragingen. Aldus is naar mening van de Raad van Bestuur het evenredigheidsbeginsel niet geschonden. Ten aanzien van de vergelijking van de boetes in de onderhavige zaak met die welke zijn opgelegd naar aanleiding van rapport 3183 wijst de Raad er allereerst op dat dit twee verschillende overtredingen betreft, zodat het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet opgaat. Naar de mening van de Raad van Bestuur kan het lagere boetepercentage in de besluiten naar aanleiding van rapport 3183 niet leiden tot de conclusie dat daarmee de boete in de onderhavige zaak onevenredig zou zijn. De verschillende overtredingen – vooroverleg bij twee projecten in rapport 3183 en een systeem van vooroverleg in de onderhavige zaak – rechtvaardigen een verschillend boetepercentage bij een gelijke boetegrondslag. De Raad van Bestuur wijst er nog op dat de boetes in zaak 3183 cumuleren met die in de onderhavige zaak.

#### Beoordeling

14. Naar de mening van de Adviescommissie is de onderhavige zaak objectief verschillend van die in rapport 3183, zodat een vergelijking met die zaak niet kan leiden tot strijd met het gelijkheidsbeginsel ten aanzien van de boeteoplegging. Wanneer als uitgangspunt wordt genomen het bestaan van een structuur van vooroverleg, kan naar de mening van de Adviescommissie inderdaad worden gesteld dat de GWW-aanbestedingsomzet in het ijkjaar 2001 de mate van betrokkenheid aan dat systeem reflecteert. Verder is de Adviescommissie van mening dat het uitgangspunt van de versnelde procedure met zich mee brengt er geen ruimte bestaat om de inbreuk of de eigen betrokkenheid bij deze inbreuk aan te vechten.<sup>3</sup>

#### **Aanbestedingsomzet en evenredigheid**

15. Naar de mening van de onderneming is het gebruik van de aanbestedingsomzet als boetegrondslag in strijd met het evenredigheidsbeginsel, doordat aldus geen onderscheid wordt gemaakt tussen de onderhandse en openbare inschrijvingen. In dit verband wijst de onderneming op de structuur van de markt en leidt daaruit af dat aan het MKB geen dominante positie of marktmacht toekwam. Een volgende omstandigheid waarop de onderneming wijst, is de mogelijkheid dat omzet is gerealiseerd buiten de inbreuk om, zodat de aanbestedingsomzet in 2001 geen goede boetegrondslag vormt naar de mening van de onderneming. Verder is met het hanteren van de aanbestedingsomzet geen garantie gegeven voor een sanctie die evenredig is aan de inbreuk, terwijl evenmin kan worden gegarandeerd dat aan het gelijkheidsbeginsel is voldaan.

---

<sup>3</sup> Behoudens voorzover aantoonbaar is dat het jaar 2001 voor de onderneming geen representatief ijkjaar is voor wat betreft de GWW-aanbestedingsomzet, zie o.m. de zienswijze van de Raad in zaak 4406 randnummer 4. Hierin zegt de Raad toe dat zij in het kader van de heroverweging in bezwaar op passende wijze rekening zal houden met door de onderneming aangevoerde gegevens inzake de niet-representativiteit van dit ijkjaar.

16. De Raad van Bestuur wijst erop dat het rapport en het bestreden besluit niet uitgaan van specifieke overtredingen in individuele aanbestedingen, maar van het bestaan van een structurele overtreding door middel van een systeem van vooroverleg. Aldus is het niet langer noodzakelijk de boete te baseren op een boetegrondslag die uitgaat van individuele aanbestedingen. De Raad van Bestuur is van mening dat de mate van betrokkenheid tot uiting komt in het gebruik van de GWW aanbestedingsomzet 2001 als boetegrondslag. Een geringe betrokkenheid zal zich immers vertalen in een lage aanbestedingsomzet in het representatief te achten jaar 2001.<sup>4</sup>

#### Beoordeling

17. De Adviescommissie wijst er nogmaals op dat het uitgangspunt is het bestaan van een structuur van vooroverleg. In die omstandigheid is het hanteren van de aanbestedingsomzet als boetegrondslag gerechtvaardigd, aangezien moet worden aangenomen dat bij een deel van alle aanbestedingen vooroverleg zal hebben plaatsgevonden. Het ontbreken van marktmacht bij de individuele ondernemers speelt geen rol bij de boeteoplegging, aangezien het juist het creëren van marktmacht via het systeem van vooroverleg is geweest dat ten grondslag heeft gelegen aan de inbreuk op het mededingingsrecht.

### Winstmarges en boete

18. Naar de mening van belanghebbende is in het bestreden besluit onvoldoende rekening gehouden met de lage winstmarges in de GWW-sector, alsmede de verschillende marges zoals die door de verschillende ondernemingen werden behaald, zodat de boete in strijd met het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel is. Ook hier is de mate van betrokkenheid volgens de onderneming van belang, zodat het ontbreken van overwegingen hieromtrent in het bestreden besluit leiden tot een gebrekkige motivering. De onderneming wijst in dit verband nog op de vierde tranche van de Awb, op grond waarvan de NMa gehouden zou zijn de evenredigheid van de boete te bekijken aan de hand van de draagkracht van de onderneming.
19. Naar de mening van de Raad van Bestuur is zij niet gehouden rekening te houden met de winstmarges bij de vaststelling van de boete. De Raad van Bestuur wijst in dit verband op rechtspraak en de parlementaire geschiedenis die dergelijke factoren uitsluit van de boetetoemeting.<sup>5</sup>

#### Beoordeling

20. Naar de mening van de Adviescommissie kan uit de Mededingingswet, noch uit de parlementaire geschiedenis van deze wet worden afgeleid dat de NMa bij de boeteoplegging verplicht is rekening te houden met behaalde winstmarges. Voor zover de memorie van toelichting ten aanzien van de vierde tranche van de Awb al van belang zou zijn, wijst de Adviescommissie erop dat deze juist aangeeft dat de draagkracht niet altijd hoeft te worden onderzocht door het bestuursorgaan.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Maar zie noot 3.

<sup>5</sup> HvJEG gevoegde zaken 96-102, 104, 105, 108 en 110/82., I.A.Z., Jur. 1983, 3369, TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

<sup>6</sup> Memorie van Toelichting TK 2003-2004 29 703, nr. 3, p. 141.

## **Doelstellingen boete en evenredigheid**

21. Volgens de onderneming dient de evenredigheid van de boete eveneens te worden gezien in het licht van de doelstelling van de boete. In dit verband wijst de onderneming erop dat de kans op herhaling nihil is, terwijl ook terugvorderingsacties zijn ingesteld door overheden en strafrechtelijke onderzoeken hebben plaatsgevonden. Aldus dient de boete geen doelstelling meer van generale of bijzondere preventie.
22. De Raad van Bestuur voert aan dat voor een dergelijke zware inbreuk als de onderhavige een passende sanctie dient te worden opgelegd. Verder is de Raad van Bestuur van mening dat het geenszins vaststaat dat de kans op herhaling nihil is, zodat doelstellingen van generale en preventie een voldoende afschrikwekkende boete vereisen. Ten slotte wijst de Raad van Bestuur op de noodzaak tot een cultuuromslag te komen door middel van een sectorbrede aanpak.

### **Beoordeling**

23. De Adviescommissie deelt de mening van de Raad van Bestuur dat geenszins aannemelijk is gemaakt dat de kans op herhaling nihil is. In deze omstandigheden dient het opleggen van een boete doelstellingen van zowel specifieke als generale preventie. Dat terugvorderingsacties zijn ingesteld door benadeelde opdrachtgevers kan hier niet aan afdoen. Iedere andere opvatting zou handhaving van het mededingingsrecht door middel van boeteoplegging door een bestuursorgaan illusoir maken, waar immers nooit kan worden uitgesloten dat een benadeelde derde een terugvordering zal instellen. Om dezelfde reden kan de boeteoplegging niet afhankelijk worden gemaakt van het al dan niet instellen van strafvervolgning.

## **Rol van de overheid**

24. Volgens de onderneming is in het bestreden besluit onvoldoende rekening gehouden met de rol die de overheid heeft gespeeld bij het instandhouden van de inbreuk. De onderneming wijst in dit verband, onder meer, op een aantal stukken van de Parlementaire Enquête Commissie, waarin de rol die de overheid heeft gespeeld bij het instandhouden van de inbreuk, aan de orde komt. Verder acht de onderneming de rol van de overheid van belang omdat de NMa, naar de mening van de onderneming, onderzoek dient te doen naar de maatschappelijke schade van de inbreuk. De onderneming ontleent dit standpunt aan de brief van 4 april 2003, waarbij de prioriteiten van de NMa worden aangegeven.
25. De Raad van Bestuur voert aan dat bij de vaststelling van het boetepercentage in het bestreden besluit onder meer rekening is gehouden met de rol van de overheid.<sup>7</sup> Naar de mening van de Raad van Bestuur is zij niet gehouden de concrete maatschappelijke schade te onderzoeken, alhoewel deze evident is. De Raad van Bestuur plaatst voorop dat het bestaan van een systeem van vooroverleg en de deelname aan dit systeem door de onderneming niet wordt betwist. De maatschappelijke schade vertaalt zich in de ernst van de overtreding en die is tot uitdrukking gekomen in de boetegrondslag.

---

<sup>7</sup> Randnummer 14 juncto randnummer 12.

## Beoordeling

26. Naar de mening van de Adviescommissie blijkt uit het bestreden besluit dat wel degelijk rekening is gehouden met de rol van de overheid bij het instandhouden van de inbreuk, en dat de mate waarin rekening is gehouden met deze rol niet kennelijk onredelijk is.<sup>8</sup> Het bestreden besluit gaat niet uit van specifieke aanbestedingen waarbij vooroverleg heeft plaatsgevonden, maar van het bestaan van een systeem van vooroverleg. Noch uit de Mededingingswet, noch uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat de NMa gehouden zou zijn de maatschappelijke schade van een overtreding te onderzoeken. Voor zover de NMa al gehouden zou zijn de concrete maatschappelijke schade te onderzoeken, is dit vrijwel onmogelijk waar dit uitgangspunt is gekozen. Evenwel is de Adviescommissie van mening dat, indien als uitgangspunt wordt genomen het bestaan van een structuur van vooroverleg, ervan moet worden uitgegaan dat bij een percentage van alle aanbestedingen vooroverleg heeft plaatsgevonden en dat dit vooroverleg tot maatschappelijke schade heeft geleid. Het is immers niet aannemelijk dat dergelijk vooroverleg zou hebben plaatsgevonden teneinde de aanneemsom zo laag mogelijk te houden. In deze omstandigheden reflecteert de aanbestedingsomzet de maatschappelijke schade.

## **Clementiebeleid en het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur**

27. Naar de mening van de onderneming heeft de NMa gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur door de Richtsnoeren Clementietoezegging toe te passen op de wijze zoals dat ter zake van de bouwfraude is gebeurd. Volgens de onderneming kan het bewijs dat door diverse ondernemingen is geleverd na eind 2003/begin 2004 niet meer worden aangemerkt als bewijs waarover de NMa niet reeds beschikte (bewijs met additionele waarde). Aangezien de onderneming van mening was dat het bewijs dat zij zou kunnen aanleveren geen additionele waarde zou hebben, heeft zij ervan afgezien dit bewijs aan de NMa te overhandigen. Door toch clementiekortingen te geven van 40% tot 50% handelde de NMa in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De onderneming wijst op de Richtsnoeren Clementietoezegging voor de GWW-sector, op grond waarvan, naar de mening van de onderneming, het vereiste van additionele waarde niet langer van toepassing is voor clementiekortingen van 40 tot 50%. Door aldus te handelen heeft de NMa gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur.

28. De Raad van Bestuur voert aan dat de GWW-boeterichtsnoeren moeten worden gezien als beleidsregels in de zin van titel 4.3 Awb, en dat zij een nadere invulling bevatten van het clementiebeleid overeenkomstig de Richtsnoeren Clementietoezegging. Reeds op grond van de Richtsnoeren Clementietoezegging had de onderneming kunnen kiezen om een clementieverzoek in te dienen. Aangezien de GWW-boeterichtsnoeren als beleidsregels dienen te worden gezien kan het enkele feit dat zij zijn opgesteld nadat clementieverzoeken zijn ingediend niet leiden tot de conclusie dat zij niet gebruikt kunnen worden in de onderhavige zaak, nu zij

---

<sup>8</sup> Randnummer 14 juncto randnummer 12 van het bestreden besluit.

bijdragen aan de transparantie van het clementiebeleid. De Raad van Bestuur wijst erop dat de bouwsector in januari en april 2004 is opgeroepen om clementieverzoeken in te dienen, en dat aan deze oproepen veel gehoor is gegeven. Aan de aard van het clementieinstrument is inherent dat clementie voor een bepaalde overtreding niet langer mogelijk is zodra het onderzoek ten aanzien van deze overtreding is beëindigd. Aldus hebben clementieverzoeken die zijn ingediend na 13 oktober 2004 – de datum waarop het onderzoek is beëindigd met het uitbrengen van het rapport – niet geleid tot clementie in de onderhavige zaak. Wel kunnen zij eventueel resulteren in clementie in het kader van een volgende procedure. Dit alles brengt naar de mening van de Raad van Bestuur met zich mee dat het clementiebeleid niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel of het verbod van willekeur.

#### Beoordeling

29. De Adviescommissie wijst er ten eerste op dat de GWW-boeterichtsnoeren uitdrukkelijk bepalen dat zij slechts een nadere invulling bevatten van de Richtsnoeren Clementietoezegging, en dus geen nieuwe regels of voorwaarden daaromtrent bevatten. Aldus geldt nog steeds het vereiste van additionele waarde, zodat niet kan worden gesteld dat de NMa heeft gehandeld in strijd met het verbod van willekeur. Wat er zij van de bewering van de onderneming dat clementiekortingen van 40% tot 50% zouden zijn verleend terwijl de informatie uit deze clementieverzoeken geen additionele waarde zou hebben, het gelijkheidsbeginsel noopt hoe dan ook niet tot het toekennen van clementiekorting aan ondernemingen die geen verzoek hebben ingediend. Ondernemingen die geen clementieverzoek hebben ingediend bevinden zich immers in een objectief verschillende situatie ten opzichte van ondernemingen die wel een verzoek hebben ingediend. Ten slotte brengt de aard van het clementieinstrument als middel om informatie te verkrijgen tijdens een onderzoek met zich mede dat voor clementie geen ruimte is wanneer dit onderzoek is afgesloten. Naar de mening van de Adviescommissie heeft de NMa dan ook terecht geen clementie toegekend voor clementieverzoeken die zijn ingediend nadat het rapport in de onderhavige zaak was uitgebracht.

#### **Clementiebeleid, fiscale korting en het gelijkheidsbeginsel**

30. Naar de mening van de onderneming brengt het hierboven aangevoerde inzake het clementiebeleid en het gelijkheidsbeginsel met zich mee dat de onderneming eveneens voor de fiscale korting in aanmerking dient te komen. Nu andere ondernemingen, wier clementieverzoek is afgewezen, toch in aanmerking kwamen voor fiscale korting, dient de fiscale korting in de opvatting van de onderneming te worden toegepast, ongeacht of het clementieverzoek wordt gehonoreerd of niet. Verder brengt het gelijkheidsbeginsel naar de mening van de onderneming met zich mee dat ondernemingen die geen clementieaanvraag kunnen doen, doordat zij geen bewijs kunnen aandragen, gelijk moeten worden behandeld met ondernemingen wier clementieaanvraag is afgewezen.
31. De Raad van Bestuur wijst op de redenen voor de fiscuskorting en geeft aan dat alleen ondernemingen die een clementieverzoek hebben ingediend in aanmerking komen voor de fiscuskorting. Zij wijst in dit verband op de brief van de NMa van 4 november 2004 en de E-mailbulletins van 15 november 2004 en 28 januari 2005 van de heer Blankert. Clementieverzoeken die niet



hebben geresulteerd in het verlenen van clementie door de NMa zijn wel doorgeleid naar de belastingdienst, en hebben dus geleid tot het verlenen van de fiscuskorting. Dat ondernemingen die geen clementieverzoek hebben ingediend daarmee ook niet in aanmerking komen voor fiscuskorting is dus niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

#### Beoordeling

32. De Adviescommissie verwijst naar de redenen voor de fiscuskorting, zoals die in de zienswijze uiteen zijn gezet. De fiscuskorting vereist dus dat een clementieverzoek is ingediend en dat de indiener toestemming geeft voor het doorgeleiden van de gegevens uit het clementieverzoek naar de belastingdienst. Een onderneming die geen clementieverzoek heeft ingediend kan dus geen aanspraak maken op fiscuskorting. Aangezien een dergelijke onderneming zich in een situatie bevindt die objectief verschilt van die waar in een onderneming die wel een clementieverzoek heeft ingediend zich bevindt, kan een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet slagen.

#### **Toerekening van de inbreuk aan Gijs Hendriks Holding B.V.**

33. Het bestreden besluit bepaalt dat de inbreuk is begaan door Hendriks Infra V.O.F., en dat deze inbreuk kan worden toegerekend aan G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V., Gijs Hendriks Holding B.V. en Heros Beheer B.V., die elk hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de boete. Naar de mening van Gijs Hendriks Holding B.V. is de inbreuk ten onrechte aan haar toegerekend, aangezien zij nooit vennoot is geweest van de onderneming. Volgens Gijs Hendriks Holding B.V. gaat de NMa er van uit dat zij vanaf 22 november 2001 tot heden vennoot is geweest in de onderneming. Gijs Hendriks Holding B.V. verwijst naar uittreksels uit het handelsregister om aan te tonen dat zij nimmer vennoot is geweest in de onderneming, en dat alleen Beheersmaatschappij Hendriks B.V., Hendriks Infra B.V. en Heros Aannemingsbedrijf B.V. vennoot zijn of zijn geweest van de onderneming. Gijs Hendriks Holding B.V. is 100% aandeelhouder in Hendriks Infra B.V. Op grond hiervan komt Gijs Hendriks Holding B.V. tot de conclusie dat het besluit niet in stand kan blijven, aangezien de NMa de inbreuk heeft willen toerekenen aan de vennoten.
34. Verder is Gijs Hendriks Holding B.V. van mening dat de toerekening van de inbreuk aan haar in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, aangezien bij andere vennootschappen onder firma de boete is toegerekend aan de vennoten, en niet –zoals bij Gijs Hendriks Holding B.V. – aan de 100% aandeelhouders in deze vennoten.
35. Subsidiair merkt Gijs Hendriks Holding B.V. op dat de inbreuk niet voor de volledige periode (januari 1998 – december 2001) aan haar kan worden toegerekend. Ter onderbouwing van dit standpunt wijst zij erop dat Gijs Hendriks Holding B.V. 100% aandeelhouder is in Hendriks Infra B.V., en dat Gijs Hendriks Infra B.V. pas vanaf 1 januari 1999 vennoot is in de onderneming. Aldus kan de inbreuk pas vanaf 1 januari 1999 aan Gijs Hendriks Holding worden toegerekend.
36. Gijs Hendriks Holding B.V. is van mening dat zij in de gelegenheid dient te worden gesteld haar individuele bezwaren nader aan te vullen indien de NMa van mening blijft dat de inbreuk aan haar is toe te rekenen. De bezwaren die door de onderneming zijn ingediend gelden alsdan ook voor haar.

37. De Raad van Bestuur wijst er in haar aanvullende zienswijze (zie randnr's 2 en 3) op dat de overtreding is toegerekend overeenkomstig het rapport, waarin de namen van de vennoten in Hendriks Infra V.O.F. niet zijn genoemd. Naar de mening van de Raad van Bestuur doet dit niet af aan de mogelijkheid toe te rekenen aan de moedermaatschappijen van deze vennoten, zoals in het bestreden besluit is gebeurd. De Raad van Bestuur wijst op de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie, op grond waarvan een overtreding door een dochteronderneming onder bepaalde voorwaarden kan worden toegerekend aan de moederonderneming. Aan deze voorwaarden wordt in ieder geval geacht te zijn voldaan indien een moedermaatschappij het volledige aandelenkapitaal houdt. Alsdan bestaat het vermoeden dat de dochtermaatschappij heeft gehandeld overeenkomstig de instructies van de moedermaatschappij. Dit vermoeden kan worden weerlegd.
38. Naar de mening van de Raad van Bestuur (zie de aanvullende zienswijze, randnr's 4,5 en 6) heeft Gijs Hendriks Holding B.V. alleen betwist dat zij geen beslissende invloed zou hebben op Hendriks Infra V.O.F., zonder feitelijke onderbouwing. Daarmee heeft Gijs Hendriks Holding B.V. naar de mening van de Raad van Bestuur het vermoeden van zeggenschap, en daarmee toerekenbaarheid, onvoldoende weerlegd. Ten aanzien van de duur van de zeggenschap constateert de Raad van Bestuur dat Gijs Hendriks Holding B.V., middels haar 100% dochter Hendriks Infra B.V. sinds 1 januari 1999 venoot is van Hendriks Infra V.O.F. Daarmee kan de inbreuk haar voor drie van de vier jaren worden toegerekend. Aan Gijs Hendriks Holding B.V. kan dus  $\frac{3}{4}$  van de boete worden toegerekend.

#### Beoordeling

39. De Adviescommissie wijst op artikel 2:3 BW, op grond waarvan moet worden aangenomen dat de V.O.F. geen rechtspersoonlijkheid bezit. Aldus dient op grond van 56, lid 1, Mw de inbreuk te worden toegerekend aan een rechtspersoon of een natuurlijke persoon. Ter zake van de toerekenbaarheid in het kader van het mededingingsrecht verwijst de Adviescommissie naar de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg, en met name het arrest in de zaak Daimler Chrysler, waarin wordt overwogen dat:<sup>9</sup>

“De omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, is niet voldoende om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij wordt toegerekend; dit kan met name het geval zijn wanneer de dochtermaatschappij haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, doch grotendeels de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt (zie met name arrest ICI/Commissie, punt 85 supra, punten 132 en 133; arresten Hof van 14 juli 1972, Geigy/Commissie, 52/69, Jurispr. blz. 787, punt 44, en 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215, punt 15). Het bezit van 100 % van het kapitaal van de dochteronderneming volstaat als zodanig evenwel niet om het bestaan van een dergelijke controle door de moedermaatschappij aan te tonen. De toerekening van het gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij impliceert altijd dat deze laatste metterdaad zeggenschap heeft uitgeoefend (zie in die zin arrest ICI/Commissie, punt 85 supra, punten 132-141; arrest van 12 juli 1979, BMW Belgium

<sup>9</sup> Zaak T-325/01, DaimlerChrysler, r.o. 218, 219, arrest van 15 september 2005, n.n.g.

e.a./Commissie, 32/78 en 36/78-82/78, Jurispr. blz. 2435, punt 24, en Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 171 supra, punt 23).

Zoals het Hof in het arrest Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, punt 171 supra (punt 28), heeft geoordeeld, volstaat het bezit van 100 % van het kapitaal als zodanig niet voor de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, maar kan de Commissie haar beslissing inzake de toerekening van het gedrag van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij ook baseren op de omstandigheid dat de moedermaatschappij niet betwist dat zij het commerciële beleid van haar dochter op beslissende wijze kon beïnvloeden, en geen bewijs aandraagt voor haar stelling dat die dochter autonoom optrad. Wanneer het gehele kapitaal van de dochter in handen van de moeder is, mag de Commissie immers aannemen dat de moedermaatschappij werkelijk een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter, in het bijzonder wanneer de moedermaatschappij zich tijdens de administratieve procedure als enige gesprekspartner voor de vennootschappen van het concern heeft gepresenteerd.”

Want vaststaat dat Gijs Hendriks Holding B.V. 100% van de aandelen houdt in één van de vennoten van Hendriks Infra B.V., geldt het vermoeden dat Gijs Hendriks Holding B.V. invloed kon uitoefenen op het gedrag van Hendriks Infra B.V., zodat zij voor de inbreuk mede aansprakelijk is. Het enkele feit dat Gijs Hendriks Infra V.O.F. als dochtermaatschappij zich ook als gesprekspartner heeft gepresenteerd doet hier niet aan af.

40. Nu uit de gegevens van de Kamer van Koophandel blijkt dat Gijs Hendriks Holding B.V. sinds 1 januari 1999, via haar 100% dochter Hendriks Infra B.V., invloed kon uitoefenen, kan vanaf dit moment, tot aan het einde van de inbreuk aan Gijs Hendriks Holding B.V. worden toegerekend. Aldus kan naar de mening van de Adviescommissie drie kwart van de boete aan Gijs Hendriks Holding worden toegerekend.

### **Toerekening van de inbreuk aan G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V.**

41. Naar de mening van G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V. is de NMa er ten onrechte van uit gegaan dat zij vennoot was in de onderneming. G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V. verwijst naar uittreksels uit het handelsregister om aan te tonen dat zij nimmer vennoot is geweest in de onderneming, en dat alleen Beheersmaatschappij Hendriks B.V., Hendriks Infra B.V. en Heros Aannemingsbedrijf B.V. vennoot zijn of zijn geweest van de onderneming. G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V. is 100% aandeelhouder in Beheersmaatschappij Hendriks B.V. Op grond hiervan komt Heros Beheer B.V. tot de conclusie dat het besluit niet in stand kan blijven, aangezien de NMa de inbreuk heeft willen toerekenen aan de vennoten.
42. Verder is G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V. van mening dat de toerekening van de inbreuk aan haar in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, aangezien bij andere vennootschappen onder firma de boete is toegerekend aan de vennoten, en niet –zoals bij G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V. – aan de 100% aandeelhouders in deze vennoten.

43. G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V. is van mening dat zij in de gelegenheid dient te worden gesteld haar individuele bezwaren nader aan te vullen indien de NMa van mening blijft dat de inbreuk aan haar is toe te rekenen. De bezwaren die door de onderneming zijn ingediend gelden alsdan ook voor haar.
44. In aanvulling op de overwegingen van de Raad van Bestuur zoals die hierboven in randnummer 10 van dit advies zijn weergegeven, is de Raad van Bestuur van mening dat G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V. niets heeft aangedragen om het vermoeden te weerleggen dat zij invloed kon uitoefenen, via haar 100% dochter onderneming Beheersmaatschappij Hendriks B.V., in Hendriks Infra V.O.F. Aangezien G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V. gedurende de gehele periode van de inbreuk een beslissende invloed heeft kunnen uitoefenen in Hendriks Infra V.O.F., acht de Raad van Bestuur de gehele boete toerekenbaar aan G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V.

#### Beoordeling

45. Naar de mening van de Adviescommissie is hetgeen hierboven is overwogen in randnummer 12 van dit advies evenzeer van toepassing op G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V., waarmee de overtreding voor de gehele periode toegerekend kan worden aan G.B.M. Hendriks Holding Oud-Gastel B.V.

#### **Toerekening van de inbreuk aan Heros Beheer B.V.**

46. Naar de mening van Heros Beheer B.V. is de NMa er ten onrechte van uit gegaan dat zij vennoot was in de onderneming. Heros Beheer B.V. verwijst naar uittreksels uit het handelsregister om aan te tonen dat zij nimmer vennoot is geweest in de onderneming, en dat alleen Beheersmaatschappij Hendriks B.V., Hendriks Infra B.V. en Heros Aannemingsbedrijf B.V. vennoot zijn of zijn geweest van de onderneming. Heros Beheer B.V. is 100% aandeelhouder in Heros Aannemingsbedrijf B.V. Op grond hiervan komt Heros Beheer B.V. tot de conclusie dat het besluit niet in stand kan blijven, aangezien de NMa de inbreuk heeft willen toerekenen aan de vennoten.
47. Verder is Heros Aannemingsbedrijf B.V. van mening dat zij ten tijde van de inbreuk geen partij was aan wie deze inbreuk kan worden toegerekend. Zij wijst ter onderbouwing van dit standpunt op het volgende. Heros Beheer B.V. is 100% aandeelhouder in en bestuuder van Heros aannemingsbedrijf B.V. Heros Aannemingsbedrijf B.V. heeft op 1 januari 1992 samen met Beheersmaatschappij Hendriks B.V. Hendriks-Heros V.O.F. opgericht, welke onderneming op 30 juli 1998 met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 1998 werd ontbonden, waarna Beheersmaatschappij Hendriks B.V. deze onderneming onder dezelfde naam heeft voortgezet. Beheersmaatschappij Hendriks V.O.F. heeft op of omstreeks 11 juni 1998 samen met de nieuwe vennoot, Hendriks-Infra B.V., de naam van Hendriks-Heros V.O.F. veranderd in Hendriks-Infra V.O.F. Hieruit concludeert Heros Beheer B.V. dat zij noch Heros Aannemingsbedrijf B.V. in staat zijn geweest om gedurende de periode van de inbreuk (januari 1998 – december 2001) enige invloed uit te oefenen op de onderneming, zodat de inbreuk aan Heros Beheer B.V. noch aan Heros Aannemingsbedrijf B.V. kan worden toegerekend. Dat Heros Aannemingsbedrijf pas met ingang van 31 december 1998 is uitgeschreven

uit het handelsregister als vennoot van de onderneming doet hier naar de mening van Heros Beheer B.V. niet aan af.

48. Verder en uiterst subsidiair is Heros Beheer B.V. van mening dat, zelfs al zou de datum van 31 december 1998 als uiterste datum van uittreding uit de onderneming worden gehanteerd, haar deelname aan de inbreuk op 31 december 1998 is geëindigd, zodat op grond van artikel 64 Mw de bevoegdheid tot het opleggen van een boete is vervallen op 31 december 2003.
49. Heros Beheer B.V. is van mening dat in deze omstandigheden van haar niet gevergd kon worden dat zij nadere bezwaren aanvoert, en dat zij in de gelegenheid dient te worden gesteld haar individuele bezwaren nader aan te vullen indien de NMa van mening blijft dat de inbreuk aan haar is toe te rekenen.
50. In aanvulling op de overwegingen van de Raad van Bestuur zoals die hierboven in randnummer 10 van dit advies zijn weergegeven, is de Raad van Bestuur van mening dat Heros Beheer B.V. het vermoeden dat zij beslissende invloed kon uitoefenen in Hendriks Infra V.O.F. onvoldoende gemotiveerd heeft weerlegd. De Raad beschouwt de overname overeenkomst, op grond waarvan Heros Beheer B.V. vanaf 1 januari 1998 geen vennoot zou zijn in Hendriks Infra V.O.F. niet als voldoende gemotiveerde weerlegging, nu uit het handelsregister blijkt dat Heros Beheer B.V. pas vanaf 1 januari 1999 geen vennoot meer was. Nu de Raad van Bestuur uitgaat van de datum van 1 januari 1999, kan  $\frac{1}{4}$  van de boete aan haar worden toegerekend.
51. Ten aanzien van de vervaltermijn op grond van artikel 64 Mw wijst de Raad van Bestuur op het karakter van de inbreuk als een structuurovertreding, als gevolg waarvan een deelnemer aan deze overtreding verantwoordelijk wordt gehouden voor de gehele duur van de overtreding, tenzij deze kan aantonen dat de onderneming zich openlijk van de overtreding heeft gedistantieerd. Nu een dergelijke distantiering niet is gesteld noch gebleken, wordt Hendriks Infra V.O.F. geacht voor de gehele duur aan de overtreding te hebben deelgenomen. Alsdan kan op grond van het hierboven in randnummer 23 weergegevene worden toegerekend aan Heros Beheer B.V., zodat de NMa op grond van artikel 64 Mw in ieder geval tot en met 2006 bevoegd is een boete op te leggen.

#### Beoordeling

52. Naar de mening van de Adviescommissie is hetgeen hierboven is overwogen in randnummer 12 van dit advies evenzeer van toepassing op Heros Beheer B.V. De Adviescommissie wijst op artikel 18, lid 3, van de Handelsregisterwet 1996,<sup>10</sup> en komt op grond daarvan tot de conclusie dat de NMa ervan uit kon gaan dat Heros Beheer B.V. tot 1 januari 1999, via Heros Aannemingsbedrijf B.V. een beslissende invloed kon uitoefenen in Hendriks Infra V.O.F. De datum van 1 januari 1999 voor uittreding uit Hendriks Infra V.O.F. brengt met zich mede dat de boete voor  $\frac{1}{4}$  kan worden toegerekend aan Heros Beheer B.V.

<sup>10</sup>

In combinatie met artikel 12 Handelsregisterbesluit.

53. Ten aanzien van het bezwaar dat is gebaseerd op artikel 64 Mw geldt dat deze vervaltermijn aanvangt wanneer de overtreding is beëindigd. De overtreding is begaan door Hendriks Infra V.O.F., zodat ten aanzien van Hendriks Infra V.O.F. geldt dat, aangezien het een zogeheten structuurovertreding betreft, deze onderneming voor de gehele duur van de overtreding aansprakelijk is. De vraag naar de toerekening is een secundaire vraag, en bestaat erin dat een natuurlijke persoon of rechtspersoon dient te worden gevonden aan wie de boete feitelijk kan worden opgelegd. Uit de Mededingingswet blijkt niet dat ook ten aanzien van de toerekenbaarheidsvraag een vervaltermijn bestaat, zodat de vervaltermijn op grond van artikel 64 Mw niet in de weg staat aan de oplegging van de boete aan de onderneming. Een schending van het gelijkheidsbeginsel is de Adviescommissie van mening onvoldoende geadstrueerd.

### **Clementieverzoek**

54. Naar de mening van de onderneming is haar clementieverzoek van 7 februari 2005 onterecht afgewezen. Bij brief van 18 februari 2005 heeft de NMa het verzoek afgewezen aangezien het te laat was ingediend, te weten nadat het rapport is uitgebracht in de onderhavige zaak. De onderneming maakt bezwaar tegen deze afwijzing op een aantal gronden. Ten eerste was de onderneming niet op de hoogte van het – in de ogen van de onderneming – coulante clementiebeleid. Mede naar aanleiding van de publiciteit rond de bouwfraude verkeerde de onderneming in de vooronderstelling dat de informatie die zij onder zich had geen additionele waarde zou kunnen hebben. Pas na het uitbrengen van het rapport kwam de onderneming tot de conclusie dat de NMa voor de toekenning van clementie niet langer eist dat de informatie additionele waarde heeft. Verder is de onderneming van mening dat de informatie die kort voor het uitbrengen van het rapport is ingeleverd geen additionele waarde kan hebben, zodat op grond van het gelijkheidsbeginsel de NMa gehouden is het clementieverzoek van de onderneming te honoreren.
55. Verder wijst de onderneming op de rechtsongelijkheid die ontstaat doordat onderneming in andere tranches wel voor het uitbrengen van het rapport op de hoogte zijn van het niet langer eisen van een additionele waarde voor de toekenning van clementie.
56. De onderneming is van mening dat de NMa is gehouden tot een individuele beoordeling van het clementieverzoek. Naar de mening van de onderneming is ieder clementieverzoek aan te merken als een samenwerking die verder gaan dan hetgeen waartoe de onderneming was gehouden op grond van de wet.
57. De Raad van Bestuur verwijst naar hetgeen zij heeft gesteld ten aanzien van de algemene bezwaren.<sup>11</sup> In aanvulling daarop schetst de Raad van Bestuur de gang van zaken rond het door de onderneming ingediende clementieverzoek, en haar clementiebeleid in het algemeen. Het clementieverzoek van 7 februari 2005 is volgens de Raad van Bestuur te laat, na het uitbrengen van het rapport in de onderhavige zaak, ingediend, en kon daarom dus niet tot clementie leiden. Ten aanzien van de stelling dat het clementieverzoek een verdergaande vorm van samenwerking oplevert, voert de Raad van Bestuur aan dat deze samenwerking ziet op de onderzoeksfase,

---

<sup>11</sup> Zie hierboven rn. 6 e.v.

Openbaar

dus de periode voor het uitbrengen van het rapport. Volledigheidshalve merkt de Raad van Bestuur nog op dat het clementieverzoek evenmin als andere boeteverminderende omstandigheid kan worden meegenomen in de onderhavige zaak.

Beoordeling

58. De Adviescommissie constateert dat het clementieverzoek van 7 februari 2005 is ingediend nadat het rapport in de onderhavige zaak was uitgebracht. Aldus is in het bestreden besluit terecht geen clementie toegekend op dit verzoek. Nu het clementieverzoek volgens de Raad van Bestuur van nul en generlei waarde is gebleken voor het onderzoek kan dit clementieverzoek evenmin worden aangemerkt als verdergaande samenwerking.

**[Vertrouwelijk]**

59. [Vertrouwelijk]

60. [Vertrouwelijk]<sup>12</sup>

61. [Vertrouwelijk]<sup>13</sup>

**[Vertrouwelijk]**

62. [Vertrouwelijk]

63. [Vertrouwelijk]

Beoordeling

64. De Adviescommissie sluit zich aan bij de overwegingen van de Raad van Bestuur.

#### **4. Conclusie en advies**

De Adviescommissie adviseert - na beoordeling van de bezwaren van partijen - de Raad van Bestuur bij het nemen van het besluit op bezwaar het navolgende in overweging te nemen.

De bezwaren van de partijen moeten naar de mening van de Adviescommissie ongegrond worden verklaard.

Datum: 27 april 2006

W.g.  
prof. mr. J.H. Jans (voorzitter)

W.g.  
mr. H.H.B. Vedder (secretaris)

---

<sup>12</sup> Vertrouwelijk

<sup>13</sup> Vertrouwelijk