

## **Advies in de zaak 4933, Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V.**

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr R.E. Bakker (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn (secretaris) en mr R.J. Hekket.

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

1. Bij besluit van 31 augustus 2006 in zaaknummer 4933 (hierna: het besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vast dat Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V. (hierna: ADS) inbreuk heeft gemaakt op artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81, eerste lid, EG.<sup>1</sup>
2. Op grond van de vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG heeft de Raad een boete opgelegd aan ADS.
3. Tegen het besluit werd op 12 oktober 2006 een bezwaarschrift ingediend.<sup>2</sup> Op 21 november werden aanvullende gronden ingediend.<sup>3</sup>
4. Bij brief van [DATUM] werd aan de partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) medegedeeld dat op 2 maart 2007 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 2 maart 2007 vond deze hoorzitting plaats waarbij de partijen en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: mr R.E. Bakker (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn (secretaris) en mr R.J. Hekket.
5. Het verslag van de hoorzitting werd op [DATUM] aan partijen rondgestuurd.

### **2. Besluit**

6. Het besluit is als bijlage aan dit advies gehecht.

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

#### **Rapport**

7. ADS betwist de essentie van het rapport, waarbij de kern van deze betwisting de marktafbakening betreft. Naar de mening van ADS had de Raad de zgn. "waterzuiveringssector" als een aparte sector moeten behandelen en niet als deel van de Installatiesector. ADS voert hiertoe ondermeer aan dat de overtredingen van de Mededingingswet in de waterzuiveringssector anders gestalte hebben gekregen dan in het overige deel van de Installatiesector. Met name zou de wijze waarop de deelnemers hun vorderingen onderling vastlegden, veel meer gelijkend zijn aan de wijze waarop dit in de GWW-sector is geschied, dan aan de wijze waarop dit in de Installatiesector is geschied.<sup>4</sup>
8. Derhalve betoogt ADS dat zij niet aan de algehele structuur van de overtreding in de Installatiesector heeft deelgenomen. De redenering in het besluit dat deze door ADS aangevoerde omstandigheid niet af doet aan het bestaan van het algehele stelsel, is

---

<sup>1</sup> Prismanummer 4933/45.

<sup>2</sup> Prismanummer 4933/50.

<sup>3</sup> Prismanummer 4933/57.

<sup>4</sup> Paragrafen 1 en 2 van de aanvullende gronden.

onjuist, daar ADS geen "claims" kon leggen op bepaalde werken zoals in het Rapport omschreven.<sup>5</sup>

9. ADS stelt voorts dat de Raad in de waterzuiveringssector over veel informatie beschikte, maar aan meerdere ondernemingen geen Rapport heeft uitgebracht. Dit zou er andermaal op duiden dat de waterzuiveringssector belangrijk verschilt van de Installatiesector.<sup>6</sup>

### Beoordeling

10. Het door ADS gepleegde vooroverleg moet in die mate verschillend worden geacht van de overtreding zoals in het rapport voor de Installatiesector (hierna: het rapport) omschreven, dat de Adviescommissie van oordeel is dat het besluit niet op dit rapport gegrondvest kan worden.
11. Daartoe acht zij doorslaggevend dat bij het door ADS gepleegde vooroverleg een stelsel ten behoeve van het vergoeden van rekenkosten werd gehanteerd, terwijl in het rapport een werkverdelingsstelsel staat beschreven. Derhalve werden de 'tegoeden' door de karteldeelnemers in het kartel waaraan ADS heeft deelgenomen, op andere wijze opgebouwd, bijgehouden en bij later vooroverleg ingezet dan de Raad in het rapport heeft beschreven.
12. De omstandigheid dat beide stelsels een overtreding van de artikelen 6 Mw en 81 EG vormen, kan aan voornoemde slotsom niet afdoen, daar de eisen van art. 59 lid 2 sub a Mw met zich brengen dat de feiten en omstandigheden van de vermoede overtreding voor de onderneming die het rapport ontvangt, in hogere mate worden gespecificeerd. De wijze waarop het voordeel voor een onderneming die in een stelsel van vooroverleg participeert, gestalte krijgt, acht de Adviescommissie een omstandigheid in de zin van voornoemde bepaling die derhalve in het rapport dient te worden genoemd. Juist bij het opleggen van een punitieve sanctie aan ondernemingen, dient de Raad ten behoeve van de rechten van verdediging van die ondernemingen inzichtelijk te maken op welke wijze hij van mening is dat deze de mededinging ten eigen behoeve zouden hebben beperkt.
13. Evenmin kan de omstandigheid dat enkele ondernemingen zowel in de Installatiesector als in de omstandigheden zoals door ADS aangedragen aan vooroverleg hebben deelgenomen, aan bovenstaande slotsom afdoen. Zelfs indien voor die specifieke ondernemingen, niet zijnde ADS, door de deelnemers aan beide stelsels van vooroverleg een methodiek zou zijn ontwikkeld om tegoeden over en weer te verdisconteren, brengt die omstandigheid immers niet mee dat de overtreding van ADS in het rapport genoegzaam is omschreven.
14. Het bezwaar dient derhalve gegrond te worden verklaard.
15. In het licht van hetgeen hiervoor is overwogen, volgt hierna de bespreking van de overige bezwaren ten overvloede.

### **Stuk zonder hoor en wederhoor**

16. ADS stelt dat de Raad in het besluit een stuk aanhaalt, dat zich niet in het individuele bewijsdossier bevindt, zodat hierop geen hoor en wederhoor is toegepast.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Paragraaf 3 van de aanvullende gronden.

<sup>6</sup> Paragraaf 4.10 en 5.3 van de aanvullende gronden.

<sup>7</sup> Paragraaf 4.7 van de aanvullende gronden.

## Beoordeling

17. Nu de Adviescommissie de stelling van ADS niet kan verifiëren, is zij niet in staat dit bezwaar te beoordelen. Derhalve wordt de Raad geadviseerd na te gaan of het aan ADS toegezonden dossier bedoeld stuk omvat, bij gebreke waarvan de Raad gehouden is dit document niet in de bewijsvoering te betrekken.
18. Het bezwaar dient voor het overige te worden verworpen.

## **Hoogte boete**

19. ADS is niet bij de Savi betrokken geweest, waardoor zij de methode van art. 12(i) van Boeterichtsnoeren Installatie niet kan toepassen. Bij de methode van art. 12(ii) mag zij de omzet behaald met water-en zuiveringsinstallaties weglaten, zodat deze op nul uitkomt. ADS erkent dat deze methode tot een evident niet representatieve uitkomst zou leiden. Derhalve heeft ADS de NMa benaderd met de vraag of de "afgemelde omzet 2001" uit het VOMW-bestand voldoende zou zijn.<sup>8</sup> ADS stelt dat de NMa deze methode aanvankelijk heeft aanvaard.<sup>9</sup>
20. Vervolgens heeft de NMa gesteld dat de VOMW-gegevens onvoldoende zijn en dat de Onderneming gehouden is een volledige opgave te doen van de Aanbestedingsomzet 2001 conform art. 11 van de Boeterichtsnoeren Installatie. ADS meent thans dat zij met een beroep op het gelijkheidsbeginsel met een "nul"-opgave in de zin van art. 12(ii) kan volstaan, temeer daar andere ondernemingen die niet uitsluitend in de waterzuiveringssector actief zijn, die projectomzetten eveneens niet behoeven op te geven.
21. De Raad is in het besluit van mening dat het hier geen gelijke gevallen betreft, nu die ondernemingen lid waren van Savi, dit in tegenstelling tot ADS. ADS stelt hier tegenover dat dat argument tot de onbillijke conclusie leidt dat een onderneming als EWW een lagere boete krijgt dan ADS, terwijl EWW was aangesloten bij twee prijsregelende organisaties en niet één zoals ADS.<sup>10</sup> ADS heeft ter hoorzitting haar stelling gepoogd te adstrueren met cijfermateriaal.
22. De Raad heeft ter hoorzitting toegezegd dit aspect van het besluit nader te onderzoeken.
23. De Raad heeft vanwege het niet voldoen aan de verplichting om de Aanbestedingsomzet 2001 op te geven, de boete met 1% van de boetegrondslag verhoogd, waartegen ADS eveneens bezwaar maakt.<sup>11</sup>
24. Voorts eist ADS toekenning van de 15% korting wegens deelname aan de versnelde procedure, nu zij van mening is dat zij gedwongen was om naar de reguliere procedure over te stappen.

## Beoordeling

25. De Adviescommissie begrijpt het bezwaar van ADS allereerst als een betoog dat volgens ADS de Raad op grond van art. 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht

---

<sup>8</sup> VOMW staat voor de Vereniging van Ondernemers in de Milieutechniek en Waterbeheersing.

<sup>9</sup> Paragraaf 6.3 van de aanvullende gronden, waar wordt verwezen naar Prismanummer 4933-4.T719.

<sup>10</sup> Paragraaf 6.6 van de aanvullende gronden.

<sup>11</sup> Paragraaf 7.3 van de aanvullende gronden.



gehouden zou zijn de Boeterichtsnoeren Installatie voor de Installatiesector niet onverkort op ADS toe te passen. De reden daarvoor zou daarbij gelegen zijn in de omstandigheid dat ondernemingen die zowel in de Installatiesector als in de waterzuiveringssector aan verboden vooroverleg hebben deelgenomen, de aanbestedingsomzet behaald in de waterzuiveringssector buiten beschouwing hebben mogen laten, terwijl ADS – uitsluitend werkzaam in de waterzuiveringssector – niet met een opgave van € 0 heeft mogen volstaan.

26. Waar ADS een beroep wenst te doen op het gelijkheidsbeginsel, begrijpt de Adviescommissie het bezwaar tevens als een beroep op het evenredigheidsbeginsel, daar de Raad voor ondernemingen werkzaam in beide sectoren de Aanbestedingsomzet behaald in de Installatiesector slechts met 10% forfaitair verhoogt, hetwelk geen recht zou doen aan de omzet die enkele van dergelijke ondernemingen in de waterzuiveringssector zouden hebben behaald. Daardoor zou ADS naar verhouding onevenredig zwaar zijn beboet.
27. Tezamen beschouwd leidt onverkorte toepassing van het beleid zoals neergelegd in de Boeterichtsnoeren Installatie in de ogen van de Adviescommissie voor ADS tot onevenredig zware beboeting in verhouding tot ondernemingen die zowel in de Installatiesector als in de waterzuiveringssector werkzaam zijn nu de forfaitaire opslag van 10% onvoldoende recht doet aan de omzet die enkele ondernemingen in de waterzuiveringssector beweerdelijk hebben behaald.
28. Het bezwaar aangaande de toepassing van de Boeterichtsnoeren Installatie dient derhalve in zoverre gegrond te worden verklaard. Indien de Raad in zijn besluit op bezwaar de Boeterichtsnoeren Installatie alsnog onverkort wenst toe te passen, dan dient hij deze beleidskeuze van een dragende motivering te voorzien.
29. Op grond van het voorgaande meent de Adviescommissie dat ADS zich in de aanloop naar het besluit geconfronteerd heeft moeten zien met een beleid dat haar op onevenredig zware wijze zou beboeten. In dat licht is de Adviescommissie van oordeel dat zij op terechte gronden heeft mogen menen dat het aanleveren van de Aanbestedingsomzet 2001 op grond van een volledige opgave in een te hoge boete zou resulteren.
30. De Adviescommissie is dan ook van mening dat ADS onder de gegeven omstandigheden niet van een oncoöperatieve houding beticht mag worden, laat staan dat deze houding afzonderlijke beboeting zou rechtvaardigen.
31. Het bezwaar aangaande de 1% verhoging van de boete dient derhalve gegrond te worden verklaard.
32. Nu ADS de essentie van het rapport uitvoerig heeft betwist, acht de Adviescommissie het bezwaar aangaande de 15% korting ongegrond.

### **Clementie**

33. ADS stelt dat zij als eerste onderneming in de waterzuiveringssector clementie heeft aangevraagd, waardoor zij 50% korting op de boete dient te krijgen.<sup>12</sup>
34. De Raad is van mening dat een andere onderneming als eerste in de Installatiesector een melding heeft gemaakt, waardoor ADS geen 50% clementiekorting kan krijgen.

---

<sup>12</sup> Paragrafen 7.5 en 7.6 van de aanvullende gronden.

### Beoordeling

35. In het licht van het ten aanzien van het rapport en de Boeterichtsnoeren Installatie overwogene, kan de Raad met het betoog in de zienswijze niet volstaan om het bezwaar te verwerpen. De Adviescommissie meent in deze te mogen volstaan met het advies aan de Raad om bij de heroverweging met dit bezwaar op passende wijze rekening te houden.

### Slotoverweging

36. Voor zover naast de hiervoor besproken bezwaren nog andere bezwaren zouden kunnen worden gelezen, ontberen deze bezwaren voldoende zelfstandige betekenis om in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen zelfstandig te worden besproken, dan wel acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

### **4. Slotsom en Advies**

37. Het bezwaar aangaande het Rapport dient gegrond te worden verklaard. De Adviescommissie adviseert de Raad het besluit in te trekken.

mr R.E. Bakker

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 4933  
Voorzitter

dr J.F. Appeldoorn

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet – subcommissie zaak 4933  
Secretaris