**Advies in zaaknr. 3938-779, Meijer Bouw Sassenheim B.V. en Meijer Holding Sassenheim B.V.**

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr R. E. Bakker (voorzitter), mr M. Sikkens en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris).

## 1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 29 juni 2006 in zaaknummer 3938-779 (hierna: het bestreden besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) vast dat Meijer Bouw Sassenheim B.V. en Meijer Holding Sassenheim B.V. (hierna: de onderneming) een inbreuk hebben gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) waarvoor aan de onderneming een boete werd opgelegd.

2. Tegen het bestreden besteden besluit diende mr F.J. Leeflang namens de onderneming op 4 augustus 2006 een bezwaarschrift in.

3. Deze procedure maakt deel uit van de versnelde procedure in de deelsector burgerlijke- en utiliteitsbouw (B&U-sector).

4. Bij brief van 7 december werd aan de onderneming en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit medegedeeld dat op 5 januari 2007 een hoorzitting zou plaatsvinden van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 5 januari 2007 vond deze hoorzitting plaats waarbij de onderneming en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: mr R. E. Bakker (voorzitter), mr M. Sikkens en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris).

5. Het verslag van de hoorzitting werd op 16 februari 2007 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

*Zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel*

6. De onderneming constateert dat haar een bruto boete van € 4.000,- is opgelegd die als gevolg van de deelname aan de versnelde procedure is verminderd met 15% tot € 3.400,-. Deze boete is naar de mening van de onderneming in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. De onderneming heeft aangegeven dat haar aanbestedingsomzet 2001 nihil is, hetgeen naar haar mening zou moeten resulteren in de laagste boete, althans een lage boete in de B&U-sector. De onderneming constateert aan de hand van een overzicht van boetes in deze sector dat een aantal ondernemingen lagere boetes heeft opgelegd

gekregen.[1] Volgens de onderneming is dit voorts in strijd met het gelijkheidsbeginsel, nu zij als enige verklaring voor deze lagere boetes ziet dat deze ondernemingen eveneens een zeer lage aanbestedingsomzet hebben opgegeven[2] en in het bestreden besluit een verwijzing naar de overige boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden ontbreekt.[3]

7. De onderneming constateert dat de NMa de minimale bruto boete op € 4.000,- heeft vastgesteld omdat een lagere boete de gewenste preventieve werking zou missen. Daarmee heeft de NMa in de ogen van de onderneming de minimum boete uit de GWW-sector overgenomen in de de B&U-sector. In de GWW-sector is de minimale boete echter vastgesteld aan de hand van de laagste boetes in die sector, terwijl deze vergelijking met de laagste boetes niet heeft plaatsgevonden in de B&U-sector, hetgeen door de onderneming in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel wordt geacht.

8. Door aldus voor de B&U-sector de minimale boete niet vast te stellen aan de hand van de laagste opgelegde boetes, zoals dat wel in de GWW-sector is gebeurd, ontbreekt naar de mening van de onderneming de motivering van deze boete. Naar de mening van de onderneming blijkt deze motivering pas in de zienswijze van de NMa en niet al uit het besluit.

9. In haar zienswijze schetst de NMa de achtergrond van de minimale boete aan de hand van de Bekendmaking boetetoemeting B&U-sector.[4] Ten aanzien van de vergelijking met de bedrijven in bijlage 2 merkt de NMa op dat de lagere boete voor deze bedrijven kan worden verklaard door de individuele boeteverminderende omstandigheden. De NMa voert aan dat aan alle ondernemingen met een aanbestedingsomzet 2001 die zou resulteren in een bruto boete van minder dan € 4.000,- een minimale boete van € 4.000,- is opgelegd. De NMa voert aan dat zij de minimale boete uit de GWW-sector slechts na een zorgvuldige afweging heeft overgenomen als minimale boete in de B&U-sector, zodat naar de mening van de NMa geen sprake kan zijn van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel. Onder verwijzing naar hetgeen de NMa reeds heeft overwogen ten aanzien het gelijkheidsbeginsel komt de NMa tot de conclusie dat evenmin sprake kan zijn van strijd met het motiveringsbeginsel.

Beoordeling

10. Naar de mening van de Adviescommissie kunnen de bezwaren inzake de strijd met het motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel tezamen worden behandeld nu hetgeen is aangevoerd terzake van het gelijkheidsbeginsel hetzelfde voorwerp kent als hetgeen is aangevoerd inzake het motiveringsbeginsel, te weten het ontbreken van een onderbouwing van de keuze voor het opleggen van een minimum boete van € 4.000.

11. De Adviescommissie constateert dat de NMa in randnummer 32 van het bestreden besluit allereerst tot de conclusie komt dat de door de onderneming opgegeven aanbestedingsomzet zou resulteren in een boete met onvoldoende preventieve werking. Vervolgens stelt de NMa met een

---

1 Bijlage 2 bij het bezwaarschrift.
2 Randnummer 3.3 van het bezwaarschrift.
3 Randnummer 2.4 van de pleitnota.
4 Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke- en utiliteitsbouw, Stcrt 2005, nr. 12, p. 12.

beroep op randnummer 15 van de Bekendmaking boetetoemeting B&U-sector de bruto boete vast op € 4.000 als de minimale boete met een preventieve werking. Naar de mening van de Adviescommissie komt hieruit echter onvoldoende duidelijk naar voren waarom een boete van dit bedrag preventieve werking heeft. Randnummer 15 van de Bekendmaking boetetoemeting B&U-sector is geformuleerd als zou dit een discretionaire bevoegdheid inhouden voor de NMa. Nog daargelaten dat een dergelijke formulering zich slecht verdraagt met het karakter van beleidsregels – ter bevordering van de rechtszekerheid dienen deze immers te strekken tot een concretisering van de wijze waarop een bestuursorgaan van een bevoegdheid gebruik zal maken-, staat deze werkwijze er in elk geval aan in de weg dat de NMa voor de motivering van haar besluit zou hebben mogen volstaan met een verwijzing naar Randnummer 15. De NMa was aldus gehouden de aan de onderneming opgelegde boete in het bestreden besluit zelf van een concrete onderbouwing te voorzien. Dit geldt temeer nu het hierbij gaat om een bruto-boete, die nog verlaagd kan worden op grond van individuele boeteverlagende omstandigheden, hetgeen van belang is voor de preventieve werking. Ook de wens met de keuze voor het bedrag van van € 4.000 aan te sluiten bij de boeteoplegging in de GWW-sector, terwijl geen aansluiting wordt gezocht bij de boeteoplegging in de installatie-sector dient beter te worden onderbouwd.

12. De Adviescommissie wijst ten slotte op randnummers 36 en 37 waaruit wel degelijk blijkt dat de onderneming niet in aanmerking is gekomen voor boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.

## 4. Conclusie en advies

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

De bezwaren van de onderneming moeten naar de mening van de Adviescommissie gegrond worden verklaard.

W.g.
mr R. Bakker (voorzitter)

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