

## **Advies in zaaknr. 3938-860, Hooge Raedt Groep (De Combi Groep B.V.)**

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof mr J.H. Jans (voorzitter), prof dr H. Maks en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris)

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

1. Bij besluit van 29 juni 2006 in zaaknummer 3938-624 (hierna: het bestreden besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) vast dat de Hooge Raedt Groep een inbreuk heeft gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) waarvoor een boete is opgelegd aan De Combi Groep B.V. (hierna: de onderneming c.q. De Combi Groep).
2. Tegen het bestreden besteden besluit dienden mr G.W.A. van de Meent en mr R.A. Struijlaart namens de onderneming op 4 augustus 2006 een bezwaarschrift in dat op 6 oktober 2006 werd aangevuld. Bij brief van 17 januari 2007 heeft de onderneming een aantal gronden van het bezwaar ingetrokken. Op deze gronden zal in dit advies niet worden ingegaan.
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 23 januari 2007 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 23 januari 2007 vond deze hoorzitting plaats waarbij de onderneming en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: prof mr J.H. Jans (voorzitter), prof dr H. Maks en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris).
5. Het verslag van de hoorzitting werd op 9 maart 2007 aan de onderneming en de NMa rondgestuurd.

### **2. Bestreden besluit**

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

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

*Strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel*

7. De onderneming constateert dat de reactie van de NMa op hetgeen door de onderneming is aangevoerd in verband met de door een aantal dochters in 2001 behaalde aanbestedingsomzet geen blijk geeft van een daadwerkelijke individuele behandeling. Dit maakt het besluit al onvoldoende zorgvuldig voorbereid en onvoldoende gemotiveerd.
8. In haar zienswijze geeft de NMa aan dat in randnummers 26-36 van het bestreden besluit is gereageerd op de individuele zienswijzen die door de onderneming naar voren zijn gebracht, voor zover deze in het kader van de versnelde procedure naar voren gebracht kunnen worden. Daarmee is naar de mening van de NMa voldoende zorgvuldig gehandeld en kan er geen sprake zijn van strijd met het

motiveringsbeginsel. Verder zet de NMa uiteen hoe in de onderhavige procedure de onderneming is vastgesteld en de inbreuk is toegerekend. De NMa ziet de vaststelling van de onderneming als een feit dat niet kan worden betwist in de versnelde procedure.

#### Beoordeling

9. Naar de mening van de Adviescommissie is in het bestreden besluit voldoende ingegaan op hetgeen de onderneming heeft aangevoerd als individuele zienswijzen. Daarmee is het besluit niet in strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Ter zake van hetgeen door de onderneming is aangevoerd in verband met de dochterondernemingen overweegt de Adviescommissie dat de NMa de onderneming in redelijkheid heeft kunnen vaststellen zoals dat in het onderhavige besluit is gebeurd. Deze uitlegging van het ondernemingsbegrip is overeenkomstig de wijze waarop dit begrip in het EG-recht wordt uitgelegd.

#### *Aanbestedingsomzet niet vermelde dochtermaatschappijen*

10. De onderneming voert aan dat bij de vaststelling van de boete ten onrechte de aanbestedingsomzet van de niet in het rapport genoemde dochtermaatschappij Aannemingsmaatschappij De Combi Utrecht B.V. niet buiten beschouwing is gelaten. Naar aanleiding van opmerkingen van de NMa heeft de onderneming bij faxbericht van 17 januari dit bezwaar ingetrokken teneinde te voldoen aan de voorwaarden voor deelname aan de versnelde procedure.
11. De Raad wijst er op dat in de versnelde procedure ondernemingen afstand hebben gedaan om individuele zienswijzen in te dienen die de essentie van het rapport raken. Hieronder moet tevens worden begrepen de wijze waarop de NMa de onderneming heeft vastgesteld.

#### Beoordeling

12. De Adviescommissie constateert dat de onderneming dit bezwaar heeft ingetrokken teneinde te voldoen aan de voorwaarden die gelden voor deelname aan de versnelde procedure. De Adviescommissie leest het bezwaar van de onderneming mede als een bezwaar aangaande de toepassing door de Raad van het begrip 'onderneming' als bedoeld in art. 1 sub f Mw. c.q. art. 81 lid 1 EG in de B & U sector vergeleken met de – mogelijk gunstiger – toepassing van dat begrip in de GWW-sector. Dit bezwaar interpreteert de Adviescommissie als een beroep op het gelijkheidsbeginsel bij de toepassing van de Raad van een wettelijk begrip.
13. Aangezien de beperkingen van de versnelde procedure enkel zien op het kiezen van een gemachtigde en het afstand doen van de rechten om de feiten van het Rapport te betwisten alsmede inzage te krijgen in het individuele bewijsdossier, staat de onderneming niets in de weg om het onderhavige bezwaar te voeren.
14. Voorzover De Combi Groep bij de behandeling van dit bezwaar naar voren brengt dat een dochtermaatschappij die niet in de bijlage bij het Rapport is genoemd, zich niet aan verboden vooroverleg heeft schuldig gemaakt, kan dit, anders dan de Raad meent, niet als een betwisting van het Rapport worden gelezen, nu die dochtermaatschappij noch in het Rapport, noch in de bijlage, is opgenomen.
15. De Adviescommissie stelt vast dat de oorsprong van het verschil in toepassing van het ondernemingsbegrip te vinden is in de toelichtingen die bij de sectorspecifieke boeterichtsnoeren aan bezwaarde zijn verzonden. Waar in de toelichting in de GWW-

sector de Aanbestedingsomzet dient te worden opgegeven voor die dochtermaatschappijen die in de bijlage van het GWW-Rapport zijn genoemd, heeft de Raad in de B&U-sector de moedermaatschappij veeleer als deelnemende onderneming gekenschetst, waardoor de toelichting in deze sector op alle dochterondernemingen ziet, onafhankelijk van de omstandigheid of zij in de bijlage bij het Rapport zijn genoemd.

16. Nu de Raad in de GWW-sector de gedraging van de dochtermaatschappijen waar mogelijk aan de moedermaatschappijen heeft toegerekend, beperkt het praktische verschil tussen de twee sectoren zich tot de Aanbestedingsomzet 2001 van dochtermaatschappijen die niet in de bijlage bij het Rapport zijn genoemd: in de GWW-sector maakt deze omzet, in tegenstelling tot de B&U-sector, geen deel uit van de boetegrondslag.
17. De Adviescommissie merkt op dat de Raad in haar ogen op zich gerechtigd is om het ondernemingsbegrip in de B&U-sector vast te stellen op de onderhavige wijze. Allereerst dwingt een zo groot aantal parallelle zaken de Raad ertoe om ter zake beleid te formuleren, i.c. een algemene rekenmethode vast te stellen teneinde tot een boetegrondslag te komen. De Adviescommissie hecht daarbij waarde aan de omstandigheid dat de onderhavige overtredingen van de Mededingingswet zijn geschied in een algehele, landelijke, structuur, waardoor de Raad bijkans gedwongen is om een enigszins 'algemene' rekenmethode vast te stellen. Het hanteren van de Aanbestedingsomzet 2001 zoals deze in de B&U-sector is vastgesteld, komt de Adviescommissie daarbij niet onredelijk voor. In het bijzonder ziet de Adviescommissie in het licht van het voorgaande het hanteren van een getal als de Aanbestedingsomzet 2001 niet als een onaanvaardbare overschrijding van beleidsruimte, ook al is niet komen vast te staan dat bij iedere aanbesteding verboden vooroverleg heeft plaatsgevonden.<sup>1</sup> Daarmee kan aan de omstandigheid dat in de boetegrondslag omzet begrepen is afkomstig van een dochtermaatschappij die niet in het Rapport, noch in de bijlage, is genoemd, geen aparte waarde worden gehecht.
18. Op zich zelf beschouwd heeft de Adviescommissie er eveneens begrip voor, dat bij een bestuursorgaan dat zichzelf geconfronteerd ziet met een veelvoud aan zaken, sprake is van enig voortschrijdend inzicht met betrekking tot de wijze waarop deze zaken dienen te worden afgedaan, de boetetoemeting etc. In de ogen van de Adviescommissie staat de Raad dan ook beleidsruimte ter beschikking om dit voortschrijdende inzicht in veranderd beleid gestalte te geven. Het gelijkheidsbeginsel dient immers niet zó ruim te worden uitgelegd, dat een bestuursorgaan steeds aan eerder ingeslagen wegen gebonden is. Wel schrijft het gelijkheidsbeginsel voor dat het bestuursorgaan daarbij motiveert waarom de beleidswijziging noodzakelijk is, te meer bij wijzigingen ten nadele van justitiabelen die zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden. Wil het bestuursorgaan strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel vermijden, dan zal moeten worden gemotiveerd waarom bij de afweging tussen het gelijkheidsbeginsel en de beleidswijziging, de laatste doorslaggevend is teneinde als objectieve rechtvaardiging te dienen.
19. In het onderhavige geval had de Raad derhalve bij het veranderen van het ondernemingsbegrip ten opzichte van de GWW-sector dienen te motiveren waarom deze afwijking van de GWW-sector ten nadele van de ondernemingen in het licht van het gelijkheidsbeginsel gerechtvaardigd is.

---

<sup>1</sup> Deze omstandigheid wordt 'verderop' in de formule verdisconteerd.

20. Een dergelijke motivering is thans niet aanwezig. Afgezet tegen de relatieve zwaarte van het gelijkheidsbeginsel acht de Adviescommissie de thans aangevoerde argumentatie onvoldoende.
21. Zo De Combi Groep derhalve volgens de GWW-methode een lagere boete had gekregen, dient de Raad in zijn besluit op het bezwaar te motiveren waarom de beleidswijziging inhoudende een veranderde vaststelling van het ondernemingsbegrip ten opzichte van de GWW-sector i.c. gerechtvaardigd is.
22. Bij gebreke van een dergelijke motivering dient het bezwaar van De Combi Groep gegrond te worden verklaard.

#### *Incidentele betrokkenheid van de onderneming*

23. De onderneming voert aan dat zij slechts incidenteel betrokken is geweest bij de overtreding van de Mededingingswet. Bovendien geeft de onderneming aan dat zij in een aantal gevallen door omstandigheden is gedwongen tot deelname. Naar de mening van de onderneming is de hoogte van de aanbestedingsomzet in 2001 geen indicator voor de besmettingsgraad van de aanbestedingen waarbij de onderneming is betrokken.
24. De NMa wijst op de achtergronden van de onderhavige procedure als het resultaat van een structurele overtreding van de Mededingingswet. In het kader van de versnelde procedure kan het bestaan van deze structurele overtreding noch de deelname van de onderneming aan de overtreding worden betwist. De mate van betrokkenheid komt aldus tot uiting in de aanbestedingsomzet 2001 die als boetegrondslag is gekozen. Ten slotte voert de NMa aan dat de onderneming op de hoogte had kunnen zijn van het feit dat de structurele overtreding verboden was op grond van de Mededingingswet.

#### *Beoordeling*

25. De Adviescommissie is 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. Zo de bewering van de onderneming dat zij is gedwongen tot deelname al af kan doen aan het feit dat zij had kunnen weten dat het systeem van vooroverleg in strijd met de Mededingingswet, constateert de Adviescommissie dat deze bewering op geen enkele wijze is onderbouwd.

#### *Hoogte van de boete*

26. Naar de mening van de onderneming is de boete disproportioneel nu deze [vertrouwelijk]% van de nettowinst over 2000-2004 bedraagt. Verder voert de onderneming aan dat de boete disproportioneel is gelet op de incidentele betrokkenheid terwijl een beoordeling van de hoogte van de boete in het licht van de preventieve werking ontbreekt.
27. De onderneming is van mening dat de boete gematigd had moeten worden vanwege het staken van de overtreding ruim voordat het onderzoek van de NMa is gestart.
28. De onderneming voert aan dat de kosten van de accountant in mindering op de boete moeten worden gebracht. Het gaat hier om kosten in verband met het achterhalen van door de NMa opgevraagde gegevens. De onderneming wijst in dit verband op het besluit op bezwaar in zaaknr. 2658, Mobiele operators.

29. Naar de mening van de NMa is geen ruimte voor matiging op grond van de redenen die zijn aangevoerd. De NMa is niet gehouden bij de boeteoplegging rekening te houden met de behaalde winst. Ten aanzien van hetgeen is aangevoerd inzake de preventieve werking wijst de NMa erop dat de boeteoplegging doelen van speciale en generale preventie dient. Aangezien de onderneming op dit moment nog actief is op de markt dient de boete doelen van speciale preventie. Volgens de NMa bestaat in de onderhavige procedure geen ruimte om de eigen betrokkenheid bij de inbreuk over de gehele periode te betwisten. Verder ziet de NMa een staking van de deelname aan de inbreuk als niets meer dan hetgeen waartoe de onderneming hoe dan ook gehouden is. Dit zou slechts anders zijn indien de onderneming zich openlijk distantieert van de inbreuk, hetgeen niet is gebeurd. Naar de mening van de NMa kon zij in redelijkheid tot de boetesystematiek komen die is gehanteerd in de onderhavige procedure. In dat verband kon de NMa eveneens een accountantsverklaring eisen, teneinde de controleerbaarheid van de door ondernemingen aangeleverde gegevens te vergroten. De NMa verwijst naar jurisprudentie op grond waarvan de kosten die zijn gemaakt in de voorfase voor eigen rekening behoren te komen. Van bijzondere omstandigheden die afwijking van deze regel zouden kunnen rechtvaardigen is hier geen sprake. Naar de mening van de NMa gaat de vergelijking met de Mobiele operatorszaak niet op nu het daar ging om accountantskosten die pas werden gemaakt in een laat stadium van de bezwaarprocedure, terwijl in die zaak de algemene Bekendmaking boetetoemeting van toepassing is.

#### Beoordeling

30. De Adviescommissie is van mening dat de NMa in redelijkheid tot de conclusie heeft kunnen komen dat in de onderhavige zaak voor een matiging van de boete geen ruimte is. De boeteoplegging dient in deze zaak doelen van speciale en generale preventie, gelet op het feit dat de onderneming nog steeds actief is op de markt en het bestaan van structurele inbreuk op de Mededingingswet. Daargelaten dat geen enkele onderbouwing heeft plaatsgevonden van de bewering dat de deelname aan de inbreuk vroegtijdig is gestaakt, overweegt de Adviescommissie in het kader van de versnelde procedure geen ruimte is voor een betwisting van de eigen deelname aan de inbreuk. De Adviescommissie wijst erop dat de NMa een discretionaire bevoegdheid heeft bij de vaststelling van de hoogte van de boetes. Naar de mening van de NMa kon zij in de onderhavige procedure in redelijkheid komen tot de methode zoals die is neergelegd in de Bekendmaking boetetoemeting B & U sector. De eis van een accountantsverklaring bij de opgave van de aanbestedingsomzet 2001 komt de Adviescommissie evenmin onredelijk voor. Wat betreft de vergelijking met het besluit op bezwaar in de Mobiele operatorszaak wijst de Adviescommissie op de verschillende stadia in de procedure waarin de accountantskosten zijn gemaakt.

#### *Vergoeding kosten bezwaar*

31. De onderneming verzoekt op grond van artikel 7:15 Awb om een vergoeding van de kosten die zij heeft moeten maken in verband met het bezwaar.

32. De NMa geeft aan hierop te zullen beslissen bij het besluit op bezwaar, maar merkt op dat naar haar mening geen sprake is van onrechtmatigheid bij de totstandkoming van het bestreden besluit.

#### Beoordeling

33. Nu naar de mening van de Adviescommissie het bestreden besluit nadere motivering behoeft op het punt van de vaststelling van de onderneming in het licht van het gelijkheidsbeginsel bestaat er naar de mening van de Adviescommissie geen ruimte voor een vergoeding van de kosten. Dit is naar de mening van de Adviescommissie slechts anders indien de nadere motivering van het besluit op bezwaar leidt tot een dictum dat afwijkt van het dictum in het bestreden besluit.

#### **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 in verband met het meenemen van de omzet van niet genoemde dochterondernemingen moeten naar de mening van de Adviescommissie gegrond worden verklaard.

Voor het overige moeten de bezwaren naar de mening van de Adviescommissie ongegrond worden verklaard.

prof mr J.H. Jans (voorzitter)

mr H.H.B. Vedder (secretaris)