

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer: 3938_860/51

Betreft zaak: B&U-sector / Hooge Raedt Groep

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van 29 juni 2006 met kenmerk 3938_860/19.

1. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 29 juni 2006 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat de onderneming Hooge Raedt Groep 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 Rapport over afspraken en gedragingen in de deelsector burgerlijke en utiliteitsbouw¹ (hierna: het Rapport) dat integraal deel uitmaakt van het bestreden besluit.
2. De onderneming Hooge Raedt Groep bestaat uit Hooge Raedt Groep B.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 De Combi Groep B.V., Aannemersbedrijf "De Combi" Heerhugowaard B.V., Aannemersbedrijf De Combi Amsterdam B.V., Aannemersbedrijf "De Combi" Deventer B.V. en De Combi Rotterdam B.V. (hierna tezamen ook: de Onderneming).
3. De Raad heeft wegens de hiervoor in randnummer 1 genoemde overtreding aan De Combi Groep B.V. een boete opgelegd.
4. Tegen het besluit heeft De Combi Groep B.V. tijdig pro forma bezwaar aangetekend bij brief van 30 juni 2006.³ De gronden van bezwaar zijn op 7 december 2006 aangevuld.⁴

¹ Rapport van 6 september 2005.

² Zie voor de definitie van B&U-werken randnummer 1 van het Rapport.

³ Zie dossierstuk met kenmerk 3938_860/23.

⁴ Zie dossierstuk met kenmerk 3938_860/27.

5. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de Raad de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).
6. Op 23 januari 2007 is De Combi Groep B.V. alsook de Raad naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 21 mei 2007 aan De Combi Groep B.V. en de Raad is toegezonden.
7. Op 15 mei 2007 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
8. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt:
“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.”
9. 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 hoofdstuk 2 van dit besluit dat voorziet in een nadere motivering ten aanzien van:
 - algemeen zorgvuldigheids- en motiveringsgebrek;
 - aanbestedingsomzet niet vermelde dochtermaatschappijen;
 - incidentele deelname aan vooroverleg / gedwongen deelname aan vooroverleg;
 - staken inbreuk;
 - de hoogte van de boete is disproportioneel;
 - kosten accountant;
 - verzoek tot vergoeding kosten bezwaar.

2 Nadere motivering

Algemeen zorgvuldigheids- en motiveringsgebrek

10. De Combi Groep B.V. stelt dat de NMa zich bij de vaststelling van de hoogte van de boete niet, althans onvoldoende heeft verdiept in de individuele omstandigheden zoals door de Combi Groep B.V. naar voren gebracht.

11. De Adviescommissie is van oordeel dat in het bestreden besluit voldoende is ingegaan op hetgeen de Onderneming heeft aangevoerd als individuele zienswijzen. Daarmee is het besluit niet in strijd met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel.
12. De Raad volgt het Advies van de Adviescommissie en wijst in aanvulling daarop nog op het volgende. De Onderneming is in de versnelde procedure de mogelijkheid geboden om relevante feiten en omstandigheden die haar individueel raken, doch niet de essentie van het Rapport treffen, aan te voeren. De Onderneming heeft enkele individuele omstandigheden aangevoerd. De Raad heeft deze in zijn besluitvorming betrokken voor zover deze passen binnen de versnelde procedure. Eén en ander is verwoord in randnummers 26 tot en met 36 van het bestreden besluit, die de beoordeling van de Raad weergeven op deze punten.
13. Uit het bestreden besluit blijkt derhalve dat de Raad wel degelijk oog heeft gehad voor individuele omstandigheden die door de Onderneming zijn ingebracht. Het bezwaar van De Combi Groep B.V. dat de Raad de individuele omstandigheden buiten beschouwing heeft gelaten, houdt dan ook geen stand. De Raad is van oordeel dat het bestreden besluit met de vereiste zorgvuldigheid is opgesteld en voldoende is gemotiveerd.
14. De Raad wijst deze grond van bezwaar dan ook af.

Aanbestedingsomzet niet vermelde dochtermaatschappijen

15. De Combi Groep B.V. betwist dat zij het commerciële beleid van haar dochtermaatschappijen op beslissende wijze kon beïnvloeden en meent daarvoor ook voldoende bewijs te hebben aangedragen. De NMa heeft volgens haar bij de vaststelling van de boetegrondslag ten onrechte de Aanbestedingsomzet 2001 van haar dochtermaatschappijen die niet op de bijlage bij het Rapport vermeld waren, niet buiten beschouwing gelaten. De Combi Groep B.V. wijst er daarnaast op dat met name deze volgens haar niet bij het vooroverleg betrokken dochtermaatschappijen juist in het jaar 2001 veel omzet hebben behaald uit werken die via aanbestedingen zijn verkregen.
16. Dit bezwaar raakt aan de wijze waarop de Raad heeft vastgesteld welke ondernemingen aan de in het Rapport beschreven overtreding hebben deelgenomen. De Raad heeft het mededingingsrechtelijke begrip “onderneming” (hierna: het ondernemingsbegrip) in de onderhavige sanctieprocedure op andere wijze toegepast dan in de sanctieprocedure naar aanleiding van het onderzoek verricht naar overtreding(-en) van artikel 6 Mw en artikel 81 EG in de deelsector grond-, wegen- en waterbouw (hierna: GWW-sector). De Adviescommissie interpreteert het bezwaar als een beroep op het gelijkheidsbeginsel bij de toepassing van het ondernemingsbegrip en gaat hier in haar Advies op in.⁵

⁵ Zie randnummers 12 t/m 22 van het Advies.

17. De Adviescommissie is van oordeel dat de Raad op zich gerechtigd is om het ondernemingsbegrip in de B&U-sector toe te passen op de wijze zoals uiteengezet en beargumenteerd in zijn schriftelijke zienswijze op het bezwaarschrift van De Combi Groep B.V. (hierna: schriftelijke zienswijze).⁶ Zij stelt voorts dat de Raad beleidsruimte ter beschikking staat om op grond van voortschrijdend inzicht het ondernemingsbegrip op andere wijze toe te passen. Naar het oordeel van de Adviescommissie schrijft het gelijkheidsbeginsel echter voor dat de Raad moet motiveren waarom de gewijzigde toepassing noodzakelijk is. De Adviescommissie stelt vast dat een dergelijke motivering thans niet aanwezig is. De door de Raad aangevoerde argumentatie acht zij, afgezet tegen de relatieve zwaarte van het gelijkheidsbeginsel, onvoldoende. Indien de Onderneming bij een toepassing van het ondernemingsbegrip conform de toepassing van dat begrip in de sanctieprocedure in de GWW-sector (hierna: de GWW-toepassing) een lagere boete opgelegd zou hebben gekregen, adviseert de Adviescommissie om in het besluit op bezwaar te motiveren waarom de gewijzigde toepassing van het ondernemingsbegrip in het onderhavige geval gerechtvaardigd is. Bij gebreke van een dergelijke motivering adviseert de Adviescommissie om het bezwaar gegrond te verklaren.
18. De Raad volgt de Adviescommissie in haar Advies dat de argumenten voor de gewijzigde toepassing van het ondernemingsbegrip niet rechtvaardigen dat de Onderneming daardoor een hogere boete opgelegd heeft gekregen dan zij bij de GWW-toepassing opgelegd zou hebben gekregen. De Raad stelt daarom vast dat het bezwaar op dit punt gegrond moet worden verklaard en stelt de hoogte van de boete bij tot het bedrag van de boete die zou zijn opgelegd als de Onderneming conform de GWW-toepassing van het ondernemingsbegrip zou zijn vastgesteld.
19. Door de Onderneming is Aanbestedingsomzet 2001 opgegeven voor Aannemersbedrijf De Combi Amsterdam B.V. en Aannemersbedrijf "De Combi" Utrecht B.V. die bij de GWW-toepassing van het ondernemingsbegrip geen opgave zouden hebben hoeven doen. De Aanbestedingsomzet 2001 van deze rechtspersonen gezamenlijk bedraagt EUR 1.423.220,00. Teneinde tot de boete te komen die bij de GWW-toepassing van het ondernemingsbegrip zou zijn opgelegd, verlaagt de Raad derhalve de boetegrondslag met dit bedrag tot EUR 4.686.053,00.
20. Uitgaande van vermelde boetegrondslag, wordt de bruto-boete - rekening houdend met het boetepercentage van 10% dat in de sanctieprocedure in de B&U-sector wordt toegepast - door de Raad thans vastgesteld op EUR 468.605,00. Dit bedrag wordt verminderd met 15% wegens deelname van de Onderneming aan de versnelde

⁶ Zie dossierstuk met kenmerk 3938_860/42.

procedure. Hieruit volgt dat de Raad in de onderhavige zaak de netto-boete thans vaststelt op EUR 398.314,00. Voorts brengt de Raad 10% van het bedrag dat de Onderneming heeft bijgedragen aan de Collectieve Regeling Bouwnijverheid in mindering op de netto-boete. Dit resulteert in een verlaging van EUR 7.424,00. Uit het voorgaande volgt dat de in het bestreden besluit opgelegde boete van EUR 511.863,00 wordt verminderd tot EUR 390.890,00.

21. Gelet op het Advies en het bovenstaande verklaart de Raad dit bezwaar gegrond.

Incidentele deelname aan vooroverleg / gedwongen deelname aan vooroverleg

22. Volgens De Combi Groep B.V. zijn haar dochtermaatschappijen slechts incidenteel betrokken geweest bij het systeem van vooroverleg in de B&U-sector. De Combi Groep B.V. stelt dat zij nooit het initiatief heeft genomen voor het vooroverleg. Bij de aanbesteding van grotere bouwprojecten werden De Combi Groep B.V. en haar dochtermaatschappijen in een dusdanige positie gemanoeuvreed door grotere bouwbedrijven dat zij niet anders konden dan meedoen aan het vooroverleg. De hoogte van de Aanbestedingsomzet 2001 van De Combi Groep B.V. zegt niets over de besmettingsgraad van de aanbestedingen waarbij zij betrokken is geweest. De Raad zou met het voorgaande ten onrechte geen rekening hebben gehouden waardoor het bestreden besluit onzorgvuldig is voorbereid. Volgens De Combi Groep B.V. kan het niet zo zijn dat zij even zwaar wordt gestraft als ondernemingen die wel structureel hebben deelgenomen aan het systeem van vooroverleg.
23. De Adviescommissie is van mening dat het uitgangspunt van de versnelde procedure met zich brengt dat er geen ruimte bestaat om de inbreuk of de eigen betrokkenheid bij de inbreuk aan te vechten. De Adviescommissie wijst er voorts op dat het standpunt van De Combi Groep B.V. dat de Onderneming is gedwongen tot deelname aan het systeem van vooroverleg op geen enkele wijze is onderbouwd.
24. De Raad is van oordeel dat deze bezwaargrond – voor zover deze betrekking heeft op de individuele boetetoemeting – in de versnelde procedure kan worden aangevoerd. De Raad volgt het standpunt van De Combi Groep B.V. evenwel niet en overweegt hiertoe het volgende.
25. De Raad wijst er allereerst op dat de vaststelling van de boetegrondslag binnen zijn beleidsruimte valt.⁷ Om volledige transparantie te betrachten en rechtseenheid en rechtsgelijkheid te waarborgen heeft de Raad, in aanvulling op haar (algemene)

⁷ 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.*

Richtsnoeren boetetoemeting (thans: Boetecode),⁸ dit beleid vastgelegd en bekendgemaakt in de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke & utiliteitsbouw (hierna: Boetebekendmaking)⁹. Het geldend wettelijk kader, waaronder uitdrukkelijk de discretionaire bevoegdheid ex artikel 56 jo. 57, lid 2, Mw en de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting, bieden ruimte om een andere boetegrondslag te kiezen. Op grond hiervan kon de Raad de Boetebekendmaking vaststellen en toepassen.

26. 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 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%. Anders dan De Combi Groep B.V. stelt, is in het bestreden besluit bij het bepalen van de hoogte van de boete dus wel degelijk rekening gehouden met de mate van betrokkenheid zoals bedoeld in het Rapport.
27. De methodiek is voor alle betrokkenen in de B&U-sector gelijk. Er is uitgegaan van dezelfde boetegrondslag, waarin de mate van betrokkenheid tot uitdrukking komt. Aldus is sprake van gelijke behandeling.
28. Het bezwaar van De Combi Groep B.V. dat de Onderneming gedwongen was deel te nemen aan vooroverleg, komt er feitelijk op neer dat haar de verboden afspraken en gedragingen niet kunnen worden verweten. Hiervan is naar het oordeel van de Raad geen sprake. Allereerst heeft De Combi Groep B.V. niet aangetoond dat de Onderneming gedwongen was deel te nemen aan vooroverleg. Hiernaast is relevant dat de Onderneming ten tijde van de overtreding niet onkundig kon zijn van het verboden karakter van de onderhavige afspraken en doelbewust in strijd met de geldende regels

⁸ 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.

⁹ Bekendmaking van 6 september 2005, Stcrt. 2005, nr. 172, p. 12. Rectificatie van 12 oktober 2005, Stcrt. 2005, nr. 198, p. 22.

heeft gehandeld. Reeds in 1992 heeft de Europese Commissie afspraken tussen bouwbedrijven in aanbestedingsprocedures in strijd geacht met het (Europese) kartelverbod. In dat verband zijn in de periode 1993 – 1999 diverse publicaties in de media verschenen, met name in de Cobouw. Ten slotte had de Onderneming op de hoogte dienen te zijn van het feit dat de Mededingingswet met ingang van 1 januari 1998 in werking was getreden op grond waarvan dergelijk vooroverleg eveneens verboden was.

29. De Raad verwerpt het bezwaar.

Staken inbreuk

30. De Combi Groep B.V. stelt dat zij na het bekend worden van de 'bouwfraude' eind 2001 niet meer heeft deelgenomen aan enig vooroverleg. De Combi Groep B.V. voert derhalve aan dat zij de overtreding heeft gestaakt ruim voordat de NMa haar onderzoek is gestart. Dit zou aanleiding dienen te zijn voor een (forse) matiging van de boete.
31. De Adviescommissie overweegt dat - afgezien van het feit dat geen onderbouwing heeft plaatsgevonden van de bewering dat de deelname aan de inbreuk vroegtijdig is gestaakt - in de versnelde procedure geen ruimte is voor een betwisting van de eigen deelname aan de overtreding.
32. De Raad volgt dit Advies voor zover de Onderneming haar deelname aan de overtreding betwist. De Raad begrijpt deze grond van bezwaar echter aldus dat de Onderneming niet de feiten zoals weergegeven in het Rapport betwist, doch slechts stelt dat zij haar deelname na het bekend worden van de bouwfraude eind 2001 heeft gestaakt en dat dit aanleiding dient te zijn voor een verlaging van de boete.
33. De Boetebekendmaking bepaalt dat de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting van toepassing zijn voor zover daarvan bij de Boetebekendmaking niet wordt afgeweken. Uit randnummer 28 van de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting volgt dat de omstandigheid dat een onderneming de overtreding '*uit eigen beweging*' heeft beëindigd, kan resulteren in een boeteverlaging. Blijkens de tekst van genoemd randnummer is de Raad niet gehouden dit als boeteverlagende omstandigheid aan te merken. De Raad heeft op dit punt beleidsvrijheid. In beginsel geeft een beëindiging uit eigen beweging van een overtreding geen aanleiding tot matiging van een boete. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn.
34. Allereerst merkt de Raad op dat het Rapport dateert van september 2005 en ziet op een overtreding begaan in de periode 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001. De stelling van De Combi Groep B.V. dat ten tijde van het uitbrengen van het rapport de inbreuk was gestaakt kan derhalve op zichzelf beschouwd, gelet op randnummer 28 van de

(algemene) Richtsnoeren boetetoemeting, niet als boeteverlagende omstandigheid in aanmerking worden genomen.

35. De Combi Groep B.V. heeft overigens niet aangetoond dat zij de inbreuk uit eigen beweging heeft gestaakt voor de datum waarop het Rapport door de Raad werd uitgebracht. Zelfs indien zou worden aangetoond dat de Onderneming haar verboden gedrag vóór het uitbrengen van het Rapport (vrijwillig) zou hebben beëindigd, dan nog doet de Onderneming niet meer dan waartoe zij is gehouden, namelijk zich onthouden van het handelen in strijd met de Mededingingswet. Dit vormt naar het oordeel van de Raad geen boeteverlagende omstandigheid. Bovendien kon de Onderneming, zoals hiervoor in randnummer 28 aangegeven, ten tijde van de overtreding niet onkundig zijn van het verboden karakter van de onderhavige afspraken en heeft zij doelbewust in strijd met de geldende regels gehandeld.
36. Ten slotte heeft De Combi Groep B.V. niet aangetoond dat van bijzondere omstandigheden sprake is die aanleiding dienen te geven tot matiging van de boete. Gelet op de aard, het bijzondere karakter en de omvang van de overtreding in de bouwsector, ziet de Raad geen aanleiding een beëindiging uit eigen beweging van deelname aan vooroverleg na het bekend worden van de 'bouwfraude' eind 2001 als boeteverlagende omstandigheid in aanmerking te nemen.
37. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad het bezwaar.

De hoogte van de boete is disproportioneel
38. De Combi Groep B.V. stelt dat de boete die door de Raad is opgelegd disproportioneel hoog is. [Vertrouwelijk]. De Combi Groep B.V. wordt hiermee onevenredig zwaar gestraft. De Raad heeft in het bestreden besluit bovendien nagelaten te beoordelen of oplegging van de boete in deze zaak een effect van speciale preventie kon hebben.
39. De Adviescommissie is van mening dat voor een matiging van de boete geen ruimte is in deze zaak. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient oplegging van een boete in de onderhavige zaak doelen van speciale en generale preventie, gelet op het feit dat de onderneming nog steeds actief is op de markt en gelet op de structurele inbreuk op de Mededingingswet. De Adviescommissie wijst erop dat de NMa een discretionaire bevoegdheid heeft bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Deze grond van bezwaar dient naar het oordeel van de Adviescommissie dan ook ongegrond te worden verklaard.
40. De Raad volgt het Advies en wijst nog op het volgende.

41. Bij het bepalen van de hoogte van de boete gaat de NMa uit van, voor alle onderneming geldende, objectieve maatstaven. Deze vastgelegde criteria bieden geen ruimte om rekening te houden met de in het verleden behaalde winst. Uit de rechtspraak en de wetsgeschiedenis volgt dat de financiële positie van een onderneming geen rol behoort te spelen bij de vaststelling van de boete.¹⁰ Daarbij wijst de Raad er nog op dat ingevolge artikel 57, lid 1, Mw een boete kan worden opgelegd ter hoogte van ten hoogste EUR 450.000, of indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming en dat de thans verlaagde boete dit maximum niet te boven gaat. De Raad is van oordeel dat een boete van 10% van de Aanbestedingsomzet niet onevenredig is.¹¹ Naar het oordeel van de Raad valt derhalve niet in te zien waarom de boete van EUR 390.890,00 in deze zaak disproportioneel hoog is.
42. Aangezien De Combi Groep B.V. nog op de markt actief is, heeft oplegging van de boete naar het oordeel van de Raad speciale preventieve werking. Zelfs als oplegging van een boete geen speciale preventie zou dienen, zou oplegging van een boete uit oogpunt van generale preventieve werking nog steeds geboden zijn.
43. [Vertrouwelijk]
44. De Raad wijst deze grond van bezwaar dan ook af.

Kosten accountant
45. De Combi Groep B.V. stelt dat de Raad de door haar in de primaire sanctiefase gemaakte kosten van de accountant had behoren af te trekken van de boete.
46. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de eis van een accountantsverklaring bij de opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 niet onredelijk. Wat betreft de door De Combi Groep B.V. gemaakte vergelijking met het besluit op bezwaar in de zaak Mobile Operators wijst de Adviescommissie op de verschillende stadia in de procedure waarin de accountantskosten zijn gemaakt. Voor een matiging van de boete is volgens de Adviescommissie dan ook geen ruimte.
47. De Raad volgt dit Advies van de Adviescommissie en wijst – ter nadere motivering – nog op het volgende.

¹⁰ Vergelijk HwJEG, gev. zaken 96/82 e.a., *I.A.Z./Commissie*, Jur. 1983, p. 3369; TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

¹¹ 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, *Merx Volker Installatiegroep BV e.a.* In deze zaak heeft de rechtbank (voor de Installatiesector) geoordeeld dat boetes van 10,5% van de aanbestedingsomzet 2001 “zeker niet onevenredig” zijn.

48. Op grond van vaste jurisprudentie geldt dat eventuele kosten die zijn gemaakt in de administratieve voorfase in de regel voor eigen rekening behoren te blijven.¹² Slechts onder bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld als een bestuursorgaan onzorgvuldig heeft gehandeld, kan dat anders zijn. Hiervan is in de onderhavige zaak geen sprake. De Raad heeft in redelijkheid kunnen bepalen dat voor het aanleveren van de financiële gegevens een accountantsverklaring noodzakelijk was. De verstrekte gegevens dienen immers door de Raad geverifieerd te kunnen worden. Hiermee is voorts gewaarborgd dat ondernemingen op gelijke wijze opgave Aanbestedingsomzet 2001 doen. De extra inspanning om het gedeelte van de Aanbestedingsomzet 2001 in de gehele omzet te berekenen, acht de Raad bovendien bij een ordentelijke boekhouding geen bovenmatige inspanning waarvoor de Onderneming schadeloos zou moeten worden gesteld. De Raad wijst er tot slot op dat de door De Combi Groep B.V. aangehaalde zaak¹³ op wezenlijke punten verschilt van de onderhavige zaak.
49. Op grond van het voorgaande concludeert de Raad dat de door De Combi Groep B.V. gemaakte kosten met betrekking tot de door de Onderneming ingeschakelde accountant de Raad geen aanleiding geven de boete te verlagen. De Raad wijst deze grond van bezwaar dan ook af.

Verzoek tot vergoeding kosten bezwaar

50. De Combi Groep B.V. verzoekt op grond van artikel 7:15 lid 2 Awb om een vergoeding van de kosten die zij in verband met de behandeling van dit bezwaar heeft moeten maken.
51. 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.
52. De Combi Groep B.V. verzoekt een vergoeding van de kosten van rechtsbijstand in de bezwaarfase ex artikel 7:15 lid 2 Awb. Aangezien de Raad het bestreden besluit herroept en de hoogte van de boete in dit besluit bijstelt tot het bedrag dat zou zijn opgelegd als boete als de Onderneming conform de GWW-toepassing van het ondernemingsbegrip zou zijn vastgesteld, bestaat naar het oordeel van de Raad aanleiding om op grond van artikel 7:15 lid 2 Awb aan De Combi Groep B.V. een vergoeding toe te kennen voor de kosten van juridische bijstand in de bezwaarfase. De Raad ziet op grond van genoemd

¹² ABRS 8 december 1997, Gst. 7076,7; ABRS 3 april 2000, AB 2000, 256; Hoge Raad 26 november 1999, RvdW 1999, 184C.

¹³ Besluit op bezwaar van de directeur-generaal van de NMa van 27 september 2004 in zaak 2658, *Mobiele Operators*

Openbaar

artikel aanleiding De Combi Groep B.V. een vergoeding van EUR 322,00 toe te kennen voor het indienen van het bezwaarschrift, vermenigvuldigd met wegingsfactor 1.

3 Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 15 mei 2007 over, zulks aangevuld met de hiervoor opgenomen nadere motivering in hoofdstuk 2;
- II. verklaart de bezwaren tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2006 met kenmerk 3938_860/19 ten aanzien van het gehanteerde ondernemingsbegrip gegrond;
- III. verklaart de overige bezwaren tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2006 met kenmerk 3938_860/19 ongegrond;
- IV. herroept het bestreden besluit ten aanzien van de hoogte van de boete en legt aan De Combi Groep B.V., gevestigd te Heerhugowaard, een boete op van EUR 390.890,00;
- V. wijst het verzoek van De Combi Groep B.V. om vergoeding van kosten in bezwaar toe en vergoedt aan De Combi Groep B.V. een bedrag van EUR 322,00.

Datum: 1 februari 2008

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

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

W.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.