

## **Advies in zaaknr. 3938-599, Lavaredo Holding 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 3938-599 (hierna: het bestreden besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) vast dat Lavaredo Holding B.V. een inbreuk heeft gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) waarvoor een boete is opgelegd aan Lavaredo Holding B.V. en Vannel Bouwbedrijf B.V. (hierna gezamenlijk aan te duiden als de onderneming).
2. Tegen het bestreden besteden besluit diende mr A.A.H.M. van der Wijst namens de onderneming op 8 augustus 2006 een bezwaarschrift in dat op 6 oktober 2006 werd aangevuld. Tevens werd bezwaar ingediend namens Lavason B.V. en Voilier B.V.
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**

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

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

#### *Ontvankelijkheid Lavason B.V. en Voilier B.V.*

7. Volgens de NMa zijn de bezwaren van Lavason B.V. en Voilier B.V. niet ontvankelijk, nu het bestreden besluit zich niet tot hen richt en zij evenmin een voldoende rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken belang hebben. Het belang van Lavason B.V. en Voilier B.V. is slechts een afgeleid belang dat erin bestaat dat een eventueel lagere boete voor de onderneming een effect heeft op de garanties die zij bij de verkoop van de aandelen in de onderneming overeen zijn gekomen met de huidige eigenaar.
8. Lavason B.V. en Voilier B.V. wijzen op de achtergronden van de garantie en de vennootschapsrechtelijke situatie en zijn van mening dat hun bezwaren wel ontvankelijk zijn.

Beoordeling

9. Naar de mening van de Adviescommissie dienen de bezwaren van Lavason B.V. en Voillier B.V. niet-ontvankelijk te worden verklaard. Beide rechtspersonen zijn geen adressant van het bestreden besluit en kunnen evenmin als belanghebbende worden aangemerkt, nu zij geen van beide een voldoende rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken belang hebben. De civielrechtelijke afspraken die door Lavason B.V. en Voillier B.V. zijn gemaakt inzake aansprakelijkheid voor eventueel door de NMa op te leggen boetes maken dit niet anders.<sup>1</sup> De Adviescommissie vermag niet in te zien hoe dat anders zou zijn op grond van de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van 7 juli 2006<sup>2</sup> en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (RvS) van 29 maart 2006.<sup>3</sup> De uitspraak van het EHRM ziet op de situatie waarin voor één van de aanvragers van een vergunning geen toegang tot een rechter openstond. In de onderhavige procedure is geen sprake van een aanvraag van een vergunning. De uitspraak van de RvS ziet op de situatie waarin sprake is van uiteenlopende belangen. In de onderhavige zaak hebben zowel de onderneming als Lavason B.V. en Voillier B.V. een gelijklopend belang bij de niet-oplegging danwel vermindering van de boete.

*Strijd met het motiveringsbeginsel*

10. De onderneming constateert dat de NMa in het bestreden besluit niet is ingegaan op een aantal individuele omstandigheden die door haar zijn aangevoerd. Door deze als niet relevant onbesproken te laten heeft de NMa volgens de onderneming in strijd met het motiveringsbeginsel gehandeld.
11. De onderneming produceert in haar bezwaarschrift een overzicht waaruit blijkt dat de aanbestedingsomzet in 2001 ongeveer het dubbele bedroeg van de aanbestedingsomzet in 1999 en 2000. Door in het bestreden besluit te stellen dat het ijkjaar wel voldoende representatief is heeft de NMa naar de mening van de onderneming in strijd met het motiveringsbeginsel gehandeld.
12. Naar de mening van de NMa blijkt uit randnummers 16-30 van het bestreden besluit dat de NMa wel oog heeft gehad voor de individuele omstandigheden die door de onderneming naar voren zijn gebracht. Ter zake van hetgeen is aangevoerd in verband met de niet-representativiteit van het ijkjaar 2001 verwijst de NMa naar haar beleid op grond waarvan een aanbestedingsomzet in 2001 die meer dan 41% meer bedraagt dan de gemiddelde aanbestedingsomzet over de periode van de inbreuk zal worden gecorrigeerd. Nu de hiervoor benodigde gegevens ontbreken kan niet worden bepaald of de aanbestedingsomzet 2001 onvoldoende representatief is.

Beoordeling

13. De Adviescommissie is van mening dat hetgeen door de onderneming is aangevoerd in verband met de schending van het motiveringsbeginsel in wezen neerkomt op de vraag of het ijkjaar 2001 voldoende representatief is. Wanneer als uitgangspunt wordt genomen het bestaan van een structuur van vooroverleg, kan naar de mening van de Adviescommissie inderdaad worden gesteld dat de aanbestedingsomzet in het ijkjaar 2001 de mate van betrokkenheid aan dat systeem reflecteert. Naar de opvatting van de Adviescommissie beschikt de NMa over een ruime discretionaire bevoegdheid bij

---

<sup>1</sup> Vgl. Uitspraak van 7 december 2005 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, LJN AU 8309, Secon, paragraaf 6.1

<sup>2</sup> EHRM, zaak 10523/02, Coorplan-Jenni, JB 2006/287.

<sup>3</sup> ABRvS, uitspraak van 29 maart 2006, LJN AV7535, JB 2006/145.

het vaststellen van de hoogte van de boete voor een overtreding van de Mededingingswet. Deze discretionaire bevoegdheid omvat dus ook de door de NMa gekozen boetegrondslag. De NMa kon in redelijkheid deze discretionaire bevoegdheid invullen zoals zij dat gedaan heeft door de correctie voor niet-representatieve ijkjaren vast te stellen zoals zij dat gedaan heeft. In dit verband hecht de Adviescommissie er aan het volgende op te merken. De NMa gaat bij de bepaling van het normbedrag uit van een gemiddelde jaarlijkse branchebrede omzetstijging van 11% en neemt deze ook op in het normbedrag. Aangenomen wordt voorts dat de aanbestedingsomzet 2001 in ieder geval gemiddeld 11% hoger zal zijn dan in het voorgaande jaar. Dat houdt in dat een eventuele toename van de aanbestedingsomzet in 2001 ten opzichte van het gemiddelde over de periode 1998-2001, om te leiden tot een niet-representatieve aanbestedingsomzet, bovenop de reeds veronderstelde branchebrede toename van 11% nog eens 11% en 30% moet bedragen. Naar de mening van de Adviescommissie dient in ieder geval de onderbouwing van het normbedrag op dit punt te worden verbeterd en van een dragende motivering te worden voorzien. De Adviescommissie gaat er vanuit dat de Raad zich bij de bepaling van de boetegrondslag in het besluit op bezwaar zal baseren op de inmiddels door de onderneming aangeleverde gegevens omtrent de aanbestedingsomzetten in de jaren 1998 tot en met 2001.

#### *Matiging boete wegens individuele omstandigheden*

14. De onderneming schetst de gang van zaken rond de overname van de aandelen in Vannel Holding BV, de 100% moedermaatschappij van Vannel Bouwbedrijf BV. De aandelen in Vannel Holding BV zijn op 30 september 2003 door Voillier BV en Lavason BV overgedragen aan de huidige eigenaar Nemerlaer Holding BV. De bestuurders van Voillier BV en Lavason BV waren de bestuurders van Vannel Bouwbedrijf BV gedurende de periode van de inbreuk. De verkoop van de aandelen vond plaats voor € 1 vanwege de slechte financiële positie waarin Vannel Holding BV zich op dat moment bevond. De onderneming stelt dat Vannel Bouwbedrijf BV in 2003 failliet zou zijn gegaan indien de verkoop niet had plaatsgevonden. Bij de verkoop van de aandelen is overeengekomen dat een eventuele door de NMa op te leggen boete zou worden gedragen door Voillier BV en Lavason BV. Naar de mening van de onderneming brengt dit met zich mee dat met de financiële positie van Voillier BV en Lavason BV rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de onbillijkheid van de boete, zoals door de onderneming ook al is aangevoerd als individuele omstandigheid in de brief van 13 oktober 2005. Het gegeven dat de bestuurders van Lavason BV en Voillier BV als bestuurders rechtstreeks bij de overtreding betrokken zijn geweest brengt naar de mening van de onderneming eveneens met zich mee dat met de individuele omstandigheden van Lavason BV en Voillier BV rekening wordt gehouden bij de bepaling van de boete.
15. De onderneming is verder van mening dat de boete dient te worden gematigd nu de beide destijds bij de inbreuk betrokken bestuurders niet langer werkzaam zijn binnen de onderneming en de kans op herhaling voor hen dus zeer gering is.
16. Naar de mening van de NMa behoeft zij geen rekening te houden met civielrechtelijke afspraken tussen de onderneming en vorige aandeelhouders. Evenmin is financiële positie van de vorige aandeelhouders van belang. De NMa geeft verder aan dat met de financiële positie van de onderneming rekening kan worden gehouden in het kader van een hardheidsbeoordeling voor zover de oplegging van de boete zou leiden tot een faillissement. Voor deze beoordeling zijn actuele financiële gegevens vereist. Nu deze niet zijn verstrekt kan de NMa hierover geen uitspraken doen. De NMa voert ten slotte aan dat de boeteoplegging zowel de generale als de specifieke preventie dient, daarmee is nog steeds ruimte voor boeteoplegging, ook indien de

onderneming aan zou kunnen tonen dat in haar specifieke geval de kans op herhaling nihil zou zijn. Bovendien wijst de NMa erop dat de inbreuk is begaan door de onderneming, zodat het enkele feit dat toenmalige bestuurders niet langer actief zijn, niet afdoet aan het feit dat de onderneming nog wel actief is.

#### Beoordeling

17. De Adviescommissie wijst erop dat de boete is opgelegd aan de onderneming. Het bestaan van civielrechtelijke afspraken tussen de onderneming en derden inzake de verrekening van de boete is hierbij niet van belang. Evenmin kan rekening worden gehouden met de financiële positie van deze derden in de onderhavige procedure nu dat de effectieve invordering van de boete onmogelijk zou kunnen maken. Nu actuele financiële gegevens ontbreken is de NMa niet gehouden in te gaan op het door de onderneming gedane hardheidsberoep. Door de onderneming is slechts gesteld, en niet bewezen, dat de kans op herhaling gering is. Zo dit echter al het geval zou zijn, dan wijst de Adviescommissie op de onverminderd aanwezige noodzaak van een generaal preventieve werking die de oplegging van de boete toestaat.

#### 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 Lavason B.V. en Voillier B.V. dienen naar de mening van de Adviescommissie niet-ontvankelijk te worden verklaard.

De bezwaren van de onderneming met betrekking tot de schending van het motiveringsbeginsel moeten naar de mening van de Adviescommissie gegrond worden verklaard.

prof mr J.H. Jans (voorzitter)

mr H.H.B. Vedder (secretaris)