Advies in zaaknr. 3938-773 en 3938-771, Bouwbureau Weba en Fioole Beheer

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

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 29 juni 2006 in zaaknummer 3938-773 en 3938-771 (hierna: het bestreden besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) vast dat Bouwbureau Weba en Fioole Beheer (hierna: de onderneming) een inbreuk hebben gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) waarvoor een boete is opgelegd aan Fioole Beheer B.V. en Bouwbureau Weba B.V.

2. Tegen het bestreden besteden besluit diende dhr. J.G.M. Kester namens de onderneming op 18 juli 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 20 december werd aan de onderneming en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit medegedeeld dat een hoorzitting zou plaatsvinden van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). De onderneming heeft aangegeven af te zien van het recht gehoord te worden.

2. Bestreden besluit

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

3. Bezwaren en beoordeling

Toerekening omzet dochteronderneming

6. De onderneming is van mening dat de omzet behaald door dochteronderneming Aannemersbedrijf G.A. Baaten B.V. niet in de boetegrondslag opgenomen had mogen worden nu deze onderneming volledig autonoom opereerde. Dit blijkt uit het feit dat deze dochteronderneming een eigen directie heeft die zelfstandig beslissingen neemt en een eigen administratie voert. De onderneming was in de periode van de inbreuk alleen eigenaar van deze dochter en heeft in 2001 besloten deze dochter af te stoten.

7. Naar de mening van de NMa is voor deze grond van bezwaar geen ruimte in het kader van de versnelde procedure.

8. Naar aanleiding hiervan heeft de onderneming deze grond van het bezwaar ingetrokken bij brief van 19 december 2006.

Beoordeling

9. Nu deze grond van het bezwaar is ingetrokken zal de Adviescommissie geen advies uitbrengen. Overigens is de Adviescommissie van mening dat de invulling van het ondernemingsbegrip in de onderhavige zaak niet kennelijk onredelijk is.

Onevenredig hoge boete

10. Naar de mening van de onderneming is de boete onevenredig hoog in verhouding tot de omvang van de onderneming en het niet gegenereerd hebben van inkomsten met de overtreding. In verband met dit laatste wijst de onderneming op de voortdurende verliesgevendheid van Aannemersbedrijf G.A. Baaten B.V. Ten slotte voert de onderneming aan dat Aannemersbedrijf G.A. Baaten B.V. voor zover zij weet nooit betrokken is geweest bij de overtreding.

11. De NMa is van mening dat dit bezwaar dient te worden afgewezen. De NMa voert hiertoe aan dat de boete is opgelegd aan Fioole Beheer B.V. en Bouwbedrijf Weba B.V., en niet aan Aannemersbedrijf G.A. Baaten. De NMa wijst er verder op dat bij de vaststelling van de boete geen rekening wordt gehouden met de financiële positie van de onderneming of behaalde winstmarges. De NMa wijst er ten slotte op dat over kan worden gegaan tot matiging van de boete indien oplegging ervan zou leiden tot faillissement. Nu de voor deze beoordeling noodzakelijke gegevens ontbreken, kan de NMa hierop niet inhoudelijk reageren.

Beoordeling

12. Naar de mening van de Adviescommissie behoeft de NMa bij de oplegging van de boete geen rekening te houden met de winst- of verliesgevendheid van de onderneming of één van haar dochterondernemingen. In de versnelde procedure is geen ruimte voor het betwisten van de mate van betrokkenheid, waarmee dit gegeven, zo het al relevant is, niet kan leiden tot een onevenredigheid van de boete.

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 <u>ongegrond</u> worden verklaard.

prof mr J.H. Jans (voorzitter) mr H.H.B. Vedder (secretaris)