Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

Advies in zaak:	**2906/Heijmans en Solétanche Bachy**
Leden van de subcommissie:	mw. mr. M.C.M. van Dijk (voorzitter), prof. mr. J.H. Jans en prof. mr. F.O.W. Vogelaar
Secretaris van de subcommissie:	mr. W.T. Algera
Datum	*Bijlage(n)*
29 september 2004	Besluit d.d. 18 december 2003 in zaak 2906/Heijmans en Solétanche Bachy

Inhoudsopgave:

1 Inleiding 2
2 Procedure 2
3 Bestreden besluit 3
4 Beoordeling van de bezwaren 4
4.1 Procedurele bezwaren 5
4.1.1 Voorwerp van onderzoek 5
4.2 Vastgestelde inbreuken 7
4.3 Schending van art. 6, eerste lid, Mw door de Raamovereenkomst 8
4.3.1 Ondernemingen en overeenkomst 8
4.3.2 (Potentiële) concurrentie tussen HB&W en SBF 8
4.3.3 Mededingingsbeperking 11
4.3.3.1 Uitsluiting van concurrentie en uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie 11
4.3.3.2 Voordelen van de overeenkomst 14
4.3.4 Merkbaarheid 14
4.3.5 Toepassing art. 81 EG – Verordening 1/2003 15
4.4 Ontheffing/uitzondering en groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten 16
4.4.1 Ontheffing/uitzondering in de zin van (voormalig) art. 17 Mw en art. 81, derde lid, EG 17
4.4.2 Groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten 19
4.5 Toerekening van de gedragingen 21
4.6 Slotoverweging 24
5 Conclusies en Advies 24

Secretariaat *Postbus 16326* *2500 BH Den Haag* *Muzenstraat 81* *2511 WB Den Haag* *T: [070] 330 33 30* *F: [070] 330 33 70*

1 Inleiding

1. Bij besluit in de zin van artikel 62, eerste lid, Mededingingswet, van 18 december 2003 (hierna: het besluit) stelde de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) in zaak 2906 een inbreuk vast op het verbod van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) door de hierna genoemde ondernemingen met de tussen hen gesloten Raamovereenkomst, waarvan de bepalingen de concurrentie tussen partijen uitsluit, en een exclusieve meld- en overlegplicht tussen partijen vaststelt.

- Heijmans Beton- en Waterbouw B.V. (hierna: HB&W)
- Solétanche Bachy France S.A. (hierna: SBF)

2. De inbreuk strekt ertoe de mededinging te beperken. De overtreding van HB&W wordt toegerekend aan Heijmans N.V. (hierna: Heijmans). Zowel aan Heijmans als aan SBF werd een boete opgelegd van EUR 50.000.

2 Procedure

3. Tegen het bestreden besluit werden namens HB&W en namens Heijmans op 28 januari 2004 bezwaarschriften op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brieven van 5 februari 2004 heeft de d-g NMa HB&W en Heijmans in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 29 april 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brieven van 23 april 2004 heeft de d-g NMa daarop uitstel verleend en HB&W en Heijmans in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 24 mei 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brieven van 24 mei diende mr. M.F.A.M. Smeets en mw. mr. A.M. van den Oord namens HB&W en Heijmans aanvullende gronden van bezwaar in. De twee bezwaarschriften komen behalve op het onderdeel van de toerekening van de gedraging van HB&W aan Heijmans sterk overeen. In het navolgende wordt bij de behandeling van de bezwaren met de verwijzing naar Heijmans tevens HB&W bedoeld, tenzij expliciet anders aangegeven.

4. Tegen het bestreden besluit werd namens SBF op 14 januari 2004 een bezwaarschrift op nader aan te voeren gronden ingediend. Bij brief van 5 februari 2004 heeft de d-g NMa SBF in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 29 april 2004 aanvullende gronden van bezwaar aan te voeren. Bij brief van 20 april 2004 diende mr. A.J.M. Hoogveld namens SBF de door SBF bij brief van 15 april 2004 opgestelde aanvullende gronden van bezwaar in. Namens SBF treedt mr. D.R.A. Goris op als gemachtigde.

5. Op 2 juli 2004 heeft de d-g NMa de Adviescommissie een schriftelijke toelichting doen toekomen op het standpunt van de d-g NMa ter zake van de door HB&W, Heijmans en SBF ingediende bezwaarschriften tegen het besluit.

6. Op 12 juli 2004 vond de hoorzitting van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet plaats ten kantore van de NMa, waarbij bovengenoemde ondernemingen (hierna: bezwaarden) aanwezig waren. De subcommissie bestond in deze zaak uit mw. mr. M.C.M. van Dijk (voorzitter), prof. mr. J.H. Jans en prof. mr. F.O.W.

Vogelaar (leden), bijgestaan door mr. W.T. Algera (secretaris). Van deze hoorzitting is een verslag (hierna: het Verslag) gemaakt dat op 6 september 2004 aan bezwaarden en de d-g NMa is toegestuurd.

7. Voor wat betreft de procedure voor de totstandkoming van het besluit wordt verwezen naar het besluit.

3 Bestreden besluit

8. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit Advies gehecht.

4 Beoordeling van de bezwaren

9. De Adviescommissie bespreekt en beoordeelt de hiernavolgende onderdelen op basis van het besluit, het aan de Adviescommissie ter beschikking gestelde dossier, de bezwaarschriften van Heijmans N.V. en HB&W[1] en SBF en de schriftelijke zienswijze van de d-g NMa, alsmede naar aanleiding van hetgeen ter hoorzitting mondeling naar voren is gebracht namens bezwaarden en de d-g NMa, zoals neergelegd in het Verslag en de bijlagen. Voor de volledige weergave van de standpunten verwijst de Adviescommissie naar genoemde documenten. Ten aanzien van de feiten en de gedragingen van bezwaarden op basis waarvan hieronder beoordeling van de ingebrachte bezwaren plaatsvindt, wordt uitgegaan van de weergave daarvan zoals opgenomen in de randnummers 25 tot en met 52 van het besluit voor zover niet gemotiveerd bestreden door bezwaarden of de Adviescommissie anders uit de onderliggende stukken is gebleken.

10. In dit onderdeel worden per onderwerp de kern van het besluit en de essentie van de bezwaren van Heijmans en SBF weergegeven, waarna de beoordeling van de Adviescommissie volgt. De bezwaren concentreren zich op (i) het voorwerp van onderzoek, (ii) de (potentiële) concurrentie tussen HB&W en SBF, het mededingingsbeperkende karakter van de overeenkomst, alsmede de merkbaarheid ervan (iii) de noodzaak te toetsen aan de ontheffingscriteria en de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten, en (iv) de toerekening van gedragingen.

11. SBF is van mening dat door de d-g NMa in het besluit niet op alle onderdelen van haar schriftelijke en mondelinge zienswijzen naar aanleiding van het rapport is ingegaan. Zowel Heijmans als SBF verwijzen in hun bezwaarschrift naar de door hen ingediende schriftelijke en mondelinge zienswijzen naar aanleiding van het rapport. De Adviescommissie is van oordeel dat op specifieke punten het bezwaarschrift kan worden gestaafd met een concrete verwijzing naar de ingediende zienswijzen naar aanleiding van het rapport. Een algemene verwijzing naar de schriftelijke en mondelinge zienswijzen, zoals door bezwaarden wordt gehanteerd, is evenwel onvoldoende specifiek om door de Adviescommissie als bezwaar te worden beoordeeld.[2] De nadere verwijzingen zoals die door bezwaarden op verzoek van de Adviescommissie tijdens de hoorzitting zijn geduid, zijn evenmin voldoende concreet of bevatten onvoldoende nieuwe feiten en zienswijzen in het licht van het besluit en de bezwaren van partijen.[3] In dat opzicht rechtvaardigt naar het oordeel van de Adviescommissie uitsluitend de verwijzing van SBF naar het bezwaar met betrekking tot de groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten behandeling. Dat bezwaar zal in paragraaf 4.4.2 worden beoordeeld. De Adviescommissie wijst er overigens op dat de vertrouwelijke versie van de schriftelijke zienswijze die in het door de d-g NMa ter beschikking gestelde dossier is opgenomen (met datum 27 januari 2003) inhoudelijk niet gelijk is aan de versie die door SBF tijdens de hoorzitting werd overgelegd (datum 29 januari 2003) en waarnaar wordt verwezen door SBF in haar faxbericht van 28 januari 2003.[4]

---

[1] De bezwaren van Heijmans N.V. en HB&W zijn sterk gelijk. Zie randnummer 3 van dit Advies.
[2] GvEA, arrest van 16 december 2003, gev. zaken T-5/00 en T-6/00, FEG, nng., RO 100-101.
[3] Verslag van de hoorzitting p. 1-3 en 5.
[4] Prismanummer 2906/175, laatste pagina.

12. Hierna volgt in par. 4.1 de beoordeling van enkele procedurele bezwaren, met name met betrekking tot het voorwerp van het onderzoek. In paragraaf 4.2 worden de vastgestelde inbreuken uiteengezet. In paragraaf 4.3 komt de beoordeling van de bezwaren met betrekking tot de schending door de Raamovereenkomst van art. 6, eerste lid, Mw aan de orde. Daarop volgt in paragraaf 4.4 de beoordeling van de bezwaren betreffende de toepasselijkheid van een ontheffing en de groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten. Ten slotte worden in paragraaf 4.5 de bezwaren tegen de toerekening van de gedragingen van HB&W aan Heijmans N.V. beoordeeld.

4.1 Procedurele bezwaren

4.1.1 Voorwerp van onderzoek

13. In het besluit stelt de *d-g NMa* zich op het standpunt dat hij ambtshalve kan besluiten tot onderzoek en het doen opstellen van een rapport. Ook in geval van een verzoek om handhaving in de zin van art. 1:3, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is de d-g NMa niet gehouden zich te beperken tot hetgeen in de aanvraag wordt aangedragen. De d-g NMa heeft naar eigen zeggen, vanwege de ambiguïteit van de verklaringen omtrent de door HB&W aan SBF verzonden e-mail van 24 januari 2002, nader onderzoek gedaan naar de relatie tussen beide ondernemingen. Bij brief is aan beide partijen gemeld dat de NMa onderzoek verrichtte naar gedragingen van ondernemingen in het kader van de aanbesteding van de zgn. Noord-Zuidlijn in Amsterdam.[5] Daarbij is duidelijk gemaakt dat het onderzoek is gestart naar aanleiding van de klacht van de gemeente Amsterdam. In het rapport is aandacht besteed aan de relatie tussen HB&W en SBF en de tussen hen geldende Raamovereenkomst, alsmede aan de uitvoering ervan in het bijzonder in het kader van voornoemde aanbesteding. Daaraan voegt de d-g NMa nog toe dat noch de Awb, noch de Mw een grondslag biedt voor de verplichting om bij aanvang of tijdens het onderzoek aan de betrokken ondernemingen of derden mededeling te doen van dat onderzoek. Ook onderzoeksbelangen verzetten zich tegen een gedetailleerde aanduiding.[6]

14. *Heijmans* stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa onzorgvuldig heeft gehandeld door het voorwerp van onderzoek te wijzigen zonder partijen hiervan op de hoogte te stellen. Het onderzoek is volgens Heijmans opgestart naar aanleiding van een klacht van de gemeente Amsterdam in verband met een specifieke aanbesteding, welke zich na verloop van tijd heeft verlegd naar de Raamovereenkomst en het gedrag van HB&W en SBF op de markt van het toepassen van Bijzondere Funderingstechnieken. Deze uitbreiding heeft de d-g NMa in strijd met art. 5:13 Awb niet aan partijen meegedeeld. Volgens Heijmans schrijft dit artikel in onderhavige situatie voor dat een onderneming die voorwerp is van onderzoek, alsmede de medewerkers van die onderneming waaraan inlichtingen worden gevraagd, op de hoogte worden gebracht van het voorwerp van onderzoek. Daarmee kan de betrokkene beoordelen of de gevraagde gegevens en inlichtingen nodig zijn en of het onderzoek proportioneel is. Heijmans verzet zich dan ook tegen de stelling van de d-g NMa dat er geen mededelingsplicht over het voorwerp van het onderzoek zou bestaan bij aanvang of tijdens het onderzoek. De d-g NMa is met het onderzoek naar de Raamovereenkomst en het gedrag van HB&W en SBF buiten het

[5] Prismanummers 2906/11 en 2906/15.
[6] Besluit, randnrs. 72-76.

doel van het onderzoek getreden, welke zou blijken uit de correspondentie van de NMa. Daarmee zou de d-g NMa tevens art. 6 EVRM hebben geschonden.

Beoordeling

15. Naar het oordeel van de Adviescommissie dienen deze bezwaren te worden verworpen. In beginsel dienen de bevindingen van de onderzoekingen te vallen binnen het doel waarmee de onderzoekingen gerechtvaardigd werden. De reden voor de initiële onderzoekingen betrof een aanwijzing dat zich onregelmatigheden met betrekking tot het mededingingsrecht hebben voorgedaan tussen (onder andere) de ondernemingen SBF en Heijmans bij de aanbesteding van de Noord-Zuidlijn in Amsterdam. Dat naar aanleiding van die onderzoekingen aanwijzingen voor aanvullende overtredingen door deze twee ondernemingen werden vastgesteld, staat er niet aan in de weg deze aanwijzingen te betrekken in het voormelde onderzoek naar mededingingsbeperkende gedragingen. Dit geldt temeer nu de gedragingen tussen SBF en Heijmans waarop het onderzoek zich in eerste instantie richtte, specifiek worden bestreken door de aanvullende bevindingen, te weten de Raamovereenkomst tussen beide partijen. De d-g NMa is daarmee naar het oordeel van de Adviescommissie niet getreden buiten het doel van het onderzoek.

16. Overigens omvat de norm in art. 5:13 Awb - zoals Heijmans terecht vaststelt - de verplichting voor een toezichthouder om mede te delen waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik zal maken. *'Voorts waarborgt het evenredigheidsbeginsel dat 'geen inzage wordt gevorderd van andere bescheiden of dat geen andere zaken worden onderzocht dan die welke verband houden met de wettelijke voorschriften waarop het toezicht in een concreet geval betrekking heeft.'* [7] Anders dan de conclusie die de d-g NMa vervolgens aan dit citaat in zijn mondelinge toelichting verbindt, kan de d-g NMa formeel bezien niet volstaan met de mededeling dat het onderzoek is gericht op een mogelijke overtreding van art. 6 Mw. Zoals ook de bovengeciteerde toelichting bij art. 5:13 Awb verklaart, dient de bevoegdheid te worden gebruikt ten behoeve van de wettelijke voorschriften in een concreet geval. Dit betekent dat de d-g NMa naast het wettelijke voorschrift ten minste globaal dient aan te geven op welke concrete gedragingen het onderzoek zich richt. Daarmee kunnen partijen een inschatting maken van tot hoe ver hun medewerkingsplicht in de zin van art. 5:20 Awb zich uitstrekt. De d-g NMa behoeft daarbij evenwel anders dan partijen betogen noch vooraf, noch tijdens het onderzoek inhoudelijke mededelingen te doen over het verloop of de bevindingen van het onderzoek, omdat daarmee het onderzoek gefrustreerd zou kunnen worden.

17. Tegen deze achtergrond bezien dient naar het oordeel van de Adviescommissie geconcludeerd te worden dat de waarborgen die de d-g NMa in acht heeft genomen ter bescherming van de belangen van partijen in dit concrete geval hebben volstaan, gezien de inhoud van de mededelingen zoals hiervoor uiteengezet.

18. Gelet op de door de NMa in acht genomen waarborgen is naar het oordeel van de Adviescommissie van een schending van art. 6 EVRM eveneens geen sprake.

---

[7] Mondelinge toelichting van de d-g NMa tijdens de hoorzitting, punt 31 onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij art 5:13 Awb, TK, 23700, nr. 3, MvT, p. 141.

4.2 Vastgestelde inbreuken

19. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst (art. 6, eerste lid, Mw).

20. Het onderzoek van de NMa heeft zich naar aanleiding van een klacht van de Gemeente Amsterdam geconcentreerd op de tussen SBF en HB&W gesloten overeenkomst.[8] Deze zogenaamde Raamovereenkomst[9] is een overeenkomst tussen SBF en HB&W welke op 13 december 2000 werd gesloten voor de duur van een *'initial period of two years from its coming into force'*.[10] De Raamovereenkomst is door SBF op 25 juni 2002 met onmiddellijke ingang opgezegd.[11] De bepalingen van de Raamovereenkomst waarop het besluit van de d-g NMa zich concentreert, luiden:

> 'I ORGANIZATION OF THE COOPERATION
> [...]
> 1.1.4 30 days after receipt by a Party of the Warning notice referred to in article 2.1 sent by the other Party in respect to the Project, the Parties shall be deemed to have decided not to follow together such Project except as decided otherwise by the TTC[Technical Tender Committee], (for sake of clarity the provision of this paragraph shall apply whether the TTC meets or not)
> In this case parties are free to follow the project independently and will inform the other party in writing when they decide to do so.
>
> II SPECIAL COVENANTS
> 2.1 Whenever a Party is aware of a potential Project it shall immediately inform the other Party and give all particulars it possesses in relation to the Project in a notice called "the Warning Notice" Either Party shall convene the TTC
>
> 2.2 Until such time the TTC will decide that
> - the Parties shall not follow together a Project, or
> - the Parties do not agree on the terms of the Pre-bid Agreement for a Project, or
> - as provided in paragraph d of article 1.1 herein above the Parties are deemed not to have agreed to follow together a Project,
>
> The parties shall not take action in relation to such Project such as contact with other prospective partner or making any agreement or arrangement with any other parties except with the written consent of the other Party.
>
> [...]
>
> 2.4 Heijmans itself will not start any of the special foundation techniques mentioned in **Annex 1** in the Netherlands, unless SBF has given its permission in writing.
> **Annex 2** indicates civil engineering concrete works in which SBF might be interested. In case in these projects special foundation techniques, as mentioned in Annex 1, are involved the Agreement is applicable. In case no special foundation techniques are involved, SBF is not allowed to tender unless Heijmans has given its permission in writing.

[8] Voor de feiten zie het besluit, randnrs. 25-52.
[9] Prismanr. 06-41-094-028.
[10] Raamovereenkomst, artikel 7.1.
[11] Besluit, randnrs. 148 en 164.

> When Heijmans is not interested SBF will be free to follow the project independently and will do its utmost to involve Heijmans or affiliate companies in that project.'

21. De d-g NMa concludeert op grond van zijn overwegingen in de randnummers 80 tot en met 142 van het Besluit dat *'[...] de uitsluiting van concurrentie tussen partijen alsmede de exclusieve meld- en overlegplicht tussen partijen en de uitvoering daarvan, welke bepalingen zijn besloten in de Raamovereenkomst, zowel ieder voor zich als in hun onderlinge verband beschouwd, mede gelet op de juridische en economische context waarin de Raamovereenkomst tot stand kwam, ertoe strekken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen.'* [12]

4.3 Schending van art. 6, eerste lid, Mw door de Raamovereenkomst

22. Ter beoordeling van de bezwaren van partijen wordt hierna eerst onderzocht of de beide ondernemingen (in potentie) met elkaar concurreren. Vervolgens beoordeelt de Adviescommissie de bezwaren betreffende het mededingingsbeperkende karakter van de Raamovereenkomst. Ten slotte gaat de Adviescommissie in op de bezwaren met betrekking tot de merkbaarheid van de inbreukgedraging.

4.3.1 Ondernemingen en overeenkomst

23. Niet ter discussie staat dat HB&W en SBF als ondernemingen in de zin van art. 6, eerste lid, Mw, jo art. 1, sub g, Mw, jo art. 81, eerste lid, EG dienen te worden beschouwd.[13] Evenmin ter discussie staat dat de Raamovereenkomst en de Samenwerkingsovereenkomst als overeenkomsten in de zin van art. 6, eerste lid, Mw jo art. 1, sub e, Mw, jo art. 81, eerste lid, EG dienen te worden beschouwd.[14] In de navolgende overwegingen wordt dan ook hiervan uitgegaan.

4.3.2 (Potentiële) concurrentie tussen HB&W en SBF

24. In het besluit onderzoekt de *d-g NMa* ten behoeve van de beoordeling van de Raamovereenkomst en met name artikel 2.4 van die overeenkomst of de concerns Heijmans en SBF (potentiële) concurrenten zijn.[15] De d-g NMa maakt daarbij een onderscheid tussen enerzijds ondernemingsactiviteiten betreffende de uitvoering van Civiele Betonwerken, waarbij al dan niet Bijzondere Funderingstechnieken zijn betrokken en anderzijds ondernemingsactiviteiten betreffende de toepassing van de Bijzondere Funderingstechnieken op zichzelf.[16] De d-g NMa stelt vast dat HB&W en SBF in Nederland daadwerkelijke concurrenten zij, omdat beide kunnen meedingen als hoofdaannemer naar opdrachten in Nederland met betrekking tot Civiele Betonwerken, waarbij al dan niet Bijzondere Funderingstechnieken zijn betrokken.[17] Als gronden voert de d-g NMa aan:

- HB&W is actief op het gebied van Civiele Betonwerken en is in staat als hoofdaannemer te concurreren om projecten in de zin van Annex 2 bij de

[12] Besluit, randnr. 143.
[13] Besluit, randnrs. 82-85.
[14] Besluit, randnrs. 103-104. Zie HvJ EG, 11 januari 1990, zaak C-277/87, Sandoz, *Jur.* 1990, p. I-0045.
[15] Besluit, randnrs. 80-102.
[16] Besluit, randnrs. 86-89.
[17] Besluit, randnr. 99.

overeenkomst. Daartoe beschikt HB&W over voldoende eigen expertise. Indien evenwel Bijzondere Funderingstechnieken zijn betrokken, kunnen die worden uitgevoerd via een onderaannemer of een combinant.[18]

- Uit art. 2.4 van de Raamovereenkomst volgt *a contrario* dat SBF in staat is om op het gebied van Civiele Betonwerken, waarbij geen Bijzondere Funderingstechnieken zijn betrokken, met HB&W te concurreren als hoofdaannemer. Vanwege de eigen expertise kan SBF andersom eveneens met HB&W concurreren op het gebied van Civiele Betonwerken waarbij ook Bijzondere Funderingstechnieken zijn betrokken.[19]
- Deze (potentiële) concurrentie volgt onder meer uit een verklaring van SBF, dat zij in staat is het project station Vijzelgracht zelf te realiseren. Naar haar inzicht was evenwel het biedproces te ingewikkeld en was ook de fysieke omgeving van het project te ingewikkeld en te risicovol voor een buitenlandse onderneming.[20]
- SBF had geen noemenswaardige toetredingsdrempels tot de Nederlandse markt en was met die markt ook reeds bekend. Zij heeft eerder op de Nederlandse markt werken uitgevoerd, zowel met als zonder HB&W. Daarnaast wordt de markt gevolgd door een Nederlandstalige medewerker van SBF in België. Ook heeft SBF ervaring opgedaan in Nederland via Fundamentum, een joint venture tussen SBF en HB&W, welke sinds begin jaren '90 opereerde en in 2000 met de inwerkingtreding van de Raamovereenkomst werd beëindigd.[21]
- Verder toont berichtgeving op de website van SBF en haar Engelse dochter (Bachy Soletanche Ltd.) aan dat zij met HB&W concurrerende werken kan uitvoeren.[22]

25. De beoordeling of beide ondernemingen ook (potentiële) concurrenten zijn op het gebied van Bijzondere Funderingstechnieken laat de d-g NMa verder achterwege. De d-g NMa acht het noodzakelijke nader onderzoek op dat terrein niet opportuun, omdat het belang en de strekking van de vraag of HB&W en SBF concurreren ten aanzien van Bijzondere Funderingstechnieken beperkt is, daar bedoelde ondernemingen in elk geval concurrenten zijn voor Civiele Betonwerken waarbij Bijzondere Funderingstechnieken zijn betrokken.[23]

26. *SBF* stelt zich op het standpunt dat HB&W en SBF geen concurrenten van elkaar zijn. SBF is naar eigen zeggen in hoge mate gespecialiseerd in funderingswerkzaamheden, terwijl Heijmans actief is in de bouwsector als hoofdaannemer of in ieder geval aldus actief was ten tijde van de Samenwerkingsovereenkomst. Tijdens de hoorzitting voerde SBF verder aan dat SBF in Nederland weliswaar als onderaannemer actief is geweest, maar niet als hoofdaannemer. De toetreding tot de markt kan niet louter worden gerealiseerd met als basis een werknemer die de taal spreekt en enige ervaring met projecten in Nederland. De d-g NMa had de relevante markt behoren af te bakenen. Voor zover dat zou volstaan is in dat verband niet komen vast te staan dat HB&W en SBF in staan zijn dezelfde activiteiten uit

[18] Besluit, randnr. 90.
[19] Besluit, randnrs. 91-92.
[20] Besluit, randnrs. 93-94.
[21] Besluit, randnr. 95.
[22] Besluit, randnrs. 96-98.
[23] Besluit, randnrs. 100-102.

te voeren in hetzelfde geografische gebied. De vaststelling dat partijen daadwerkelijke concurrenten zijn en de vaststelling dat de overeenkomst naar zijn aard de mededinging beperkt, berust volgens SBF op een louter theoretische mogelijkheid, hetgeen volgens SBF niet kan volstaan als bewijs.[24]

27. *Heijmans* stelt zich eveneens op het standpunt dat HB&W en SBF geen (potentiële) concurrenten waren op het gebied van civiele betonwerken. De onderbouwing door de d-g NMa kan deze conclusie niet dragen.

Beoordeling

28. De Adviescommissie is van oordeel dat deze bezwaren dienen te worden verworpen. De voormelde indicatoren zoals die zijn vastgesteld door de d-g NMa komen de Adviescommissie voor als voldoende onderbouwing van de conclusie dat bezwaarden op de markt voor Civiele Betonwerken als (in ieder geval potentiële) concurrenten kunnen worden beschouwd.

29. Een overeenkomst tussen ondernemingen valt onder het verbod van art. 81, eerste lid, EG indien sprake is van concurrerende ondernemingen.[25]

30. De door de d-g NMa aangevoerde omstandigheden rechtvaardigen de vaststelling dat bezwaarden daadwerkelijke concurrenten zijn. In casu is naar het oordeel van de Adviescommissie ingevolge punt 26 van de richtsnoeren verticalen, waarnaar SBF verwijst, sprake van een situatie van daadwerkelijk concurrerende ondernemingen, aangezien de omschrijving spreekt van een situatie, 'ongeacht of partijen concurrenten op dezelfde geografische markt zijn'. In dat verband is gebleken dat SBF in Frankrijk en in Engeland als hoofdaannemer in Civiele Betonbouw gelijksoortige projecten ontwikkelt als HB&W in Nederland. Daarbij wijst de Adviescommissie tevens op de bedrijfsgegevens van SBF, zoals die door de d-g NMa in het besluit zijn opgenomen, welke SBF als een kapitaalkrachtige en op vele markten actieve, grote internationale onderneming schetsen.[26] Nog afgezien van alle door de d-g NMa aangevoerde indicatoren komt het de Adviescommissie voor dat HB&W en SBF niet louter op hypothetische of theoretische gronden concurrerende ondernemingen zijn, vanwege reeds het enkele feit dat art. 2.4 is opgenomen in de Raamovereenkomst. Ook kan de door SBF aangehaalde passage uit de uitspraak inzake *UNETO-VNI* van de Rechtbank Rotterdam niet afdoen aan de vaststelling door de d-g NMa van potentiële concurrentie tussen SBF en Heijmans HB&W. Betreffende overweging ziet op de vaststelling van een mededingingsbeperking (zie hierna) en niet op de vaststelling van het bestaan van (potentiële) concurrentie.[27]

31. Met de d-g NMa wordt geconcludeerd dat, in geval er sprake is van ondernemingen die met elkaar concurreren op diensten of producten, de relevante markt niet behoeft te

---

[24] Rb. Rotterdam 25 maart 2004, MEDED 02/796 HRK (UNETO-VNI) en Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Pb. 2000, C291/1, punt 26.
[25] Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale overeenkomsten, Pb. 2001, C 3, p. 2, punt 24. Zie tevens Commissiebeschikking van 17 december 1986, Mitchell Cotts/Sofiltra, Pb. 1987, L 41/31, randnr. 19; Commissiebeschikking van 13 juli 1990, Elopak/Metal Box-Odin, Pb. 1990, L 209/15.
[26] Besluit, randnrs. 17-19.
[27] Reeds aangehaald.

worden afgebakend. Het betoog van bezwaarden dat de d-g NMa de markt had moeten afbakenen, kan om die reden dan ook niet slagen. Dat geldt onverkort nu sprake is van een gedraging die ertoe strekt de mededinging te beperken (zie par. 4.3.3).

32. De Adviescommissie stelt ten slotte vast dat de d-g NMa in zijn besluit aangeeft dat het belang van nader onderzoek naar in hoeverre SBF en HB&W concurrenten zijn ten aanzien van BFT (Bijzondere Funderingstechnieken) beperkt is. Volgens de d-g NMa *'[zijn] zij in elk geval concurrenten [...] wat betreft Civiele Betonwerken waarbij Bijzondere Funderingstechnieken zijn betrokken, [...]'.*[28] In zijn schriftelijke toelichting stelt de d-g NMa evenwel vast dat het belang *'[...] van de vraag of HB&W en SBF concurrenten zijn ten aanzien van BFT beperkt is, zo niet ontbreekt, aangezien zij in elk geval daadwerkelijke concurrenten zijn voor opdrachten in Nederland ten aanzien van Civiele Betonwerken (niet zijnde BFT).'* [29] De Adviescommissie verzoekt de d-g NMa in het besluit op bezwaar ten behoeve van de motivering over de verhouding tussen deze beide passages duidelijker uitsluitsel te geven.

4.3.3 Mededingingsbeperking

33. In het besluit stelt de *d-g NMa* vast dat de bepalingen in de Raamovereenkomst die zien op de uitsluiting van concurrentie en op de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie strijd opleveren met art. 6 Mw. Deze bepalingen strekken ertoe de mededinging te beperken en leveren ieder afzonderlijk en gezamenlijk een inbreuk op.[30]

4.3.3.1 Uitsluiting van concurrentie en uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie

34. Ten aanzien van art. 2.4 van de Raamovereenkomst stelt de d-g NMa vast dat deze bepaling de concurrentie van de zijde van SBF jegens HB&W in Nederland uitsloot op het gebied van Civiele Betonwerken, waarbij geen Bijzondere Funderingstechnieken zijn betrokken. SBF kon slechts meedingen indien HB&W geen interesse toonde, met niettemin een inspanningsverplichting van SBF om groepsmaatschappijen van HB&W in te schakelen. Ook voor projecten op het gebied van Civiele Betonwerken waarbij wel Bijzondere Funderingstechnieken (kunnen) zijn betrokken, bood de Raamovereenkomst voor een belangrijk deel de verzekering dat SBF niet met HB&W concurreerde ingeval een dergelijk project in Nederland werd aanbesteed.[31] Partijen dienden namelijk in dat verband steeds eerst exclusief met elkaar in contact te treden met een wachttijd (art. 2.2 en 1.1.4 van de Raamovereenkomst). *'Deze elementen strekten ertoe de concurrentie tussen partijen in belangrijke mate direct uit te sluiten. Het uitsluiten van de concurrentie door de Raamovereenkomst is naar haar aard in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.'* [32]

35. De Raamovereenkomst bevat naar het oordeel van de d-g NMa tevens een exclusieve meld- en overlegplicht (artikelen 1.1.4, 2.1 en 2.2). De d-g NMa stelt onder

---

[28] Besluit, randnr. 101.
[29] Schriftelijke toelichting, punt 6.
[30] Besluit, randnrs. 105-121.
[31] Tijdens de hoorzitting lichtte de d-g NMa toe dat "voor een belangrijk deel"(Besluit, randnr. 106) erop duidt dat er geen exclusieve verbinding van SBF aan Heijmans bestond. Er zijn ook projecten waarin SBF buiten Heijmans actief was nadat de 30 dagen notificatietermijn was verlopen. Zie verslag van de hoorzitting, p. 5.
[32] Besluit, randnrs. 105-108.

verwijzing naar de Commissiebeschikking in de zaak *Polypropyleen* vast dat in het begrip "mededinging" het concept besloten ligt dat iedere ondernemer zelfstandig moet kunnen bepalen welk beleid hij zal voeren.[33] Daarbij vereist de uitvoering van (grote) bouwwerken vaak dat verschillende (bouw-)ondernemingen met elkaar samenwerken, waarbij onvermijdelijk in bepaalde mate informatie moet worden uitgewisseld. In de onderhavige zaak ligt echter niet de vraag voor of een dergelijke incidentele samenwerking mededingingsrechtelijk is toegestaan; immers, de samenwerking en informatie-uitwisseling tussen HB&W en SBF gaat in bepaalde opzichten veel verder. Er was sprake van structurele informatie-uitwisseling, op basis van vergaande exclusiviteit. Deze betrof bovendien meer informatie dan die welke is gericht op samenwerking bij een specifiek project.

> *'Het nadeel voor de mededinging, dat bestaat uit vermindering van onzekerheid ten aanzien van het gedrag van (potentiële) concurrenten, wordt in het onderhavige geval versterkt door de juridische en economische context waarin werken worden aanbesteed, die onder meer wordt gekenmerkt door een verhoogde transparantie. De exclusieve meld- en overlegplicht strekt ertoe concurrentie tussen betrokken partijen onderling te beperken, omdat deze inhoudt dat de concurrerende ondernemingen HB&W en SBF op structurele basis elkaar op de hoogte brengen van hun marktgedrag.'* [34]

36. *Heijmans* stelt zich op het standpunt dat de overeenkomst tussen HB&W en SBF er niet toe strekt de mededinging te beperken, maar de mededinging op de markt voor de Civiele Betonbouw juist bevordert. Daarbij dient de strekking van de overeenkomst niet te worden vastgesteld op basis van de subjectieve intentie van de bij de overeenkomst betrokken partijen. Zij dient te worden vastgesteld aan de hand van de objectieve betekenis en het doel van de overeenkomst, hierbij in acht nemende de economische context waarbinnen de overeenkomst wordt toegepast.[35] Volgens Heijmans heeft de d-g NMa vastgehouden aan argumenten waaruit juist de intentie van HB&W en SBF zou volgen om de mededinging te beperken. Hij is daarentegen ten onrechte volledig voorbijgegaan aan de economische context, welke Heijmans daarom nogmaals schetst.

> Bezien vanuit de economische context van de markt, rechtvaardigden volgens Heijmans de marktomstandigheden op de markt voor de civiele betonbouw begin jaren negentig een strategie om zich op de markt "in te vechten". De markt was op dat moment in beweging onder meer vanwege de plicht tot aanbesteden, waarbij infrastructurele projecten meer integraal werden aanbesteed (bouw- en betonwerkzaamheden in één bestek). In die tijd hielden de vier grote ondernemingen de markt voor de grote projecten gesloten, terwijl er grote opdrachten aankwamen. Heijmans beschikte niet over de noodzakelijke technische kennis en middelen voor hoogwaardige technische ondergrondse bouwmethoden. Mede om die reden is Heijmans met buitenlandse gespecialiseerde partners gaan samenwerken (o.m. SBF, Philip Holzman) en trachtte met deze partners het gesloten karakter van de markt te doorbreken. Voor deze ondernemingen was dat eveneens een interessante optie, omdat zij een gebrek aan kennis van de Nederlandse markt hadden (opdrachtgevers, regelgeving) en ook werden geconfronteerd met de "gevestigde orde". Om structureel als grote betonbouwer op de markt te kunnen opereren en met het oog op de referentie-eisen die bij grote projecten worden verlangd was het vormen van incidentele combinaties onvoldoende. Deze strategie is succesvol gebleken en heeft in de slipstream andere buitenlandse bedrijven geïntroduceerd. De overeenkomst zoals die is gesloten voorzag in de voor beide partijen minst "beknellende" vorm van samenwerking in de laatste fase van die samenwerking. De

[33] Besluit, randnr. 111. Commissiebeschikking van 23 april 1986, Pb. 1986, L 230/1, randnr. 87.
[34] Besluit, randnr. 119-120.
[35] HvJ EG, 29/83 en 30/83 Compagnie Royale Asturienne des Mines: HvJ EG, zaak C-277/87 Sandoz Prodotti Farmaceutici; GvEA, zaak T-148/89, Tréfilunion.

voorbeelden die de d-g NMa aanhaalt van een zelfstandig op de markt actieve SBF, getuigen volgens Heijmans dan ook van de pro-competitieve effecten van die bestendigde relatie. Dit blijkt volgens Heijmans ook uit het bezwaarschrift van SBF.

De overeenkomst heeft derhalve volgens Heijmans noch tot doel noch tot gevolg gehad dat de mededinging wordt beperkt.

37. Ook *SBF* stelt zich op het standpunt dat de Raamwerkovereenkomst niet concurrentiebeperkend is, hetgeen volgens haar ook niet door de d-g NMa is aangetoond. Noch de bewoordingen van de Raamwerkovereenkomst noch de intentie van partijen wijzen daarop. De Raamwerkovereenkomst zou alleen in samenwerking voorzien voor het geval de projecten speciale, technische, door SBF uit te voeren technieken zouden vereisen. Indien deze speciale technieken niet aan de orde zouden komen, zouden de projecten buiten de door SBF te verrichten werkzaamheden vallen. De Samenwerkingsovereenkomst had als doel een mogelijkheid voor SBF te creëren om op de Nederlandse markt actief te blijven ondanks de liquidatie van de gezamenlijke joint venture Fundamentum. De overeenkomst was dus vanuit het standpunt van SBF niet concurrentiebeperkend. Dat zou ook blijken uit randnummer 137 van het Rapport.

Beoordeling

38. De Adviescommissie is van oordeel dat de bezwaren alle dienen te worden verworpen.

39. De afspraken zoals die zijn opgenomen in de Raamovereenkomst leiden tot zogenaamde *foreclosure of the market.*[36] De afspraken leiden er immers toe dat ieder van de twee ondernemingen zich op een bepaald onderdeel van de markt kan richten, terwijl zij niet met elkaar behoeven te concurreren. Marktverdeling en belemmering van toegang tot de markt vormen een ernstige overtreding binnen het mededingingsrecht. Zij zijn door de d-g NMa terecht als *'hard core'* restrictie aangemerkt.

40. Naar het oordeel van de Adviescommissie vormt de structurele uitwisseling van informatie tussen concurrenten een van de meest ernstige overtredingen van het mededingingsrecht, die naar zijn aard er toe strekt de mededinging te beperken.[37] Zoals de d-g NMa terecht vaststelt, past het niet in de verhouding tussen twee concurrenten om niet langer zelfstandig het eigen marktgedrag te bepalen.[38] De stelling van partijen dat de samenwerking bij projecten er zonder meer toe leidt dat informatie uitwisseling plaatsvindt, doet niet af aan de vooronderstelling dat ieder van de partijen een eigen strategie met betrekking tot activiteiten op markten behoort te ontwikkelen, die niet onderling wordt afgestemd.

41. De markt voor grote infrastructurele projecten wordt reeds gekenmerkt door een verminderde mededinging. Zoals Heijmans ook zelf aangeeft, vormden de grote vaste spelers op de markt een moeilijke doordringbaar front. Echter, het gegeven dat een eerdere samenwerking in de vorm van de Joint Venture Fundamentum, niet de beoogde

[36] Commissiebeschikking, Elopak/Metal Box-Odin, reeds aangehaald; Richtsnoeren horizontale overeenkomsten, reeds aangehaald, randnrs. 24 en 25.
[37] Zie de Commissiebeschikking van 2 december 1986, Fatty Acids, Pb. 1987, L 3/17.
[38] HvJ EG, zaak T-1 e.v./89, Polypropyleen; GvEA, zaak T-29/92, SPO.

resultaten opleverde, kan naar het oordeel van de Adviescommissie geen reden vormen om vervolgens te trachten de mededinging uit te schakelen door verregaand overleg en verdeling van de werkzaamheden.

42. Ook het argument van Heijmans dat de d-g NMa op onvoldoende wijze de juridische en economische context op de markt zou hebben betrokken in zijn beoordeling kan niet slagen. De economische en juridische context zijn naar het oordeel van de Adviescommissie op afdoende wijze meegewogen in het besluit.[39] De door Heijmans geschetste omstandigheden doen aan die vaststelling niet af. De strategie uit het verleden waarbij tussen SBF en Heijmans werd samengewerkt door middel van een gezamenlijke dochteronderneming in de vorm van een Joint Venture – waarvoor overigens eveneens bepaalde mededingingsrechtelijke waarborgen gelden – is een andere dan de voorliggende waarbij louter bij overeenkomst wordt geopereerd.

43. De beperking van de mededinging kan ook niet slechts als een potentiële beperking worden beschouwd in de zin van de uitspraak van *UNETO-VNI*, daar de bepalingen anders in het geheel niet in de Raamovereenkomst zouden behoeven te zijn opgenomen.[40]

44. Ten slotte duidt randnummer 137 van het rapport waarnaar SBF verwijst, op een subjectieve intentie van SBF bij het aangaan van de Raamovereenkomst. De mededingingsrechtelijk beperkende gedraging wordt evenwel, zoals in ander verband door Heijmans betoogd, beoordeeld op basis van de objectieve betekenis die aan de gedraging mag worden toegekend.[41] Anders dan SBF kennelijk meent, is de beweegreden van de mededingingsbeperking daarbij niet van belang.[42] Deze wordt immers slechts meegewogen bij een eventuele sanctie-toemeting.

4.3.3.2 Voordelen van de overeenkomst

45. Met betrekking tot de positieve effecten voor de mededinging waarop Heijmans en SBF zich beroepen, wijst de Adviescommissie erop dat de beoordeling van de gestelde voordelen van een overeenkomst voor de mededinging niet plaatsvindt in het kader van art. 6, eerste lid, Mw of art. 81, eerste lid, EG. Deze beoordeling wordt exclusief verricht in het kader van (thans) art. 6, derde lid, (voorheen art. 17) Mw en art. 81, derde lid, Mw (en eventuele daarop gebaseerde groepsvrijstellingen).[43] (Zie verder par. 4.4.)

4.3.4 Merkbaarheid

46. In het besluit stelt de d-g NMa vast dat overeenkomsten die tot doel hebben de mededinging te beperken, als merkbaar mededingingsbeperkend dienen te worden aangemerkt. Dat geldt niet voor zover de partijen wegens de zwakke positie op de betrokken markt de markt slechts in geringe mate kan beïnvloeden. Naar het oordeel van

---

[39] Zie bijvoorbeeld in het besluit de randnrs. 112, 119, 123-128, 135 en 156.
[40] Rb. Rotterdam, UNETO-VNI, reeds aangehaald.
[41] Zie ook besluit randnrs. 142 en 149 en de daar aangehaalde rechtspraak.
[42] HvJ EG, arrest van 25 maart 1996, C-137/95P, SPO, Jur. 1996, p. I-1611, RO 53-57.
[43] GEA, arrest van 23 oktober 2003, zaak T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd, n.n.g. RO 106. Commissiemededeling Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, Pb. 2004, C 101/97, randnr. 11. GvEA, 18 september 2001, zaak T-112/99, Métropole Télévision, Jur. 2001, p. II-2459, RO 74.

de d-g NMa zijn partijen er niet in geslaagd om een dergelijke situatie aannemelijk te maken. Daarbij dient de omvang van de betrokken ondernemingen in aanmerking te worden genomen, de concrete situatie van de markt waarbinnen de regeling fungeert, alsmede de economische en juridische context waarin de ondernemingen opereren.[44]

- Beide ondernemingen zijn bepaaldelijk grote ondernemingen.
- De Raamovereenkomst had overwegend betrekking op grote infrastructurele Civiele Betonwerken, waarvan er niet veel worden aanbesteed.
- De uitsluiting van SBF is des te ernstiger, omdat de concurrentie voor dat soort werken reeds gering werd geacht.

47. Dit brengt mee dat de mededinging van de werken en technieken waarop de Raamovereenkomst ziet reeds beperkt is. De bepalingen leiden tot een wezenlijke aantasting van de mededinging. De duur van de inbreukgedraging speelt daarbij geen rol.

48. *SBF* stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa op geen enkele wijze heeft aangetoond dat de Raamwerkovereenkomst een concurrentiebeperkende werking heeft gehad.

Beoordeling

49. De Adviescommissie is met de d-g NMa van oordeel dat voor de beide gedragingen is komen vast te staan dat zij er toe strekken de mededinging te beperken. Daarmee is de merkbaarheid van de mededingingsbeperking in beginsel gegeven.[45] Daarbij geldt te meer dat, zoals de d-g NMa vaststelt, de markt voor grote projecten reeds wordt gekenmerkt door een verminderde mededinging, waarop met name een klein aantal grote ondernemingen actief is. De Adviescommissie merkt op dat de d-g NMa terecht vaststelt dat bezwaarden geen beroep kunnen doen op hun beperkte positie op de markt.[46]

50. De Adviescommissie is daarmee van oordeel dat de vaststelling van de d-g NMa dat de overeenkomst een merkbaar mededingingsbeperkend effect heeft gehad op voldoende wijze is onderbouwd in het besluit. De door bezwaarden in hun bezwaarschriften aangevoerde argumenten zijn onvoldoende draagkrachtig om die conclusie aan te kunnen tasten. Het specifieke bezwaar terzake van SBF dient dan ook naar het oordeel van de Adviescommissie te worden verworpen.

4.3.5 Toepassing art. 81 EG - Verordening 1/2003

51. Ten slotte is de d-g NMa naar het oordeel van de Adviescommissie vanaf 1 mei 2004 gehouden om, indien hij nationaal mededingingsrecht toepast op een overeenkomst in de zin van art. 81, eerste lid, EG, welke de handel tussen de lidstaten in de zin van die bepaling kan beïnvloeden, tevens art. 81 EG op de overeenkomst toe te passen (art. 3,

[44] Besluit randnr. 122-130.
[45] GvEA, arrest van 15 september 1998, gev. zaken T-374, 375, 384 en 388/94, European Night Services, Jur. 1998, p. II-3141; Rb, Rott. Uitspraak van 18 juni 2003, MEDED 01/621-RIP, Bredase Notarissen, RO 2.3.1.
[46] HvJ EG, arrest van 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk/Vervaecke, Jur. 1969, p. I-295; CBB, uitspraak van 12 maart 2004, AWB 03/916 en 03/946 9500, Bredase Notarissen, RO 6.2.

eerste lid Verordening 1/2003).[47] Tijdens de hoorzitting heeft de d-g NMa daaromtrent aangegeven in het besluit op bezwaar hierop in te zullen gaan.[48] (Zie tevens par. 4.4.1.)

4.4 Ontheffing/uitzondering en groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten

52. In het besluit stelt de *d-g NMa* vast dat geen ontheffing in de zin van art. 17 Mw is aangevraagd voor de Raamovereenkomst. Argumenten ten behoeve van een dergelijke ontheffing doen daarom niet meer terzake.[49] De Raamovereenkomst kan evenmin profiteren van het Besluit Vrijstelling combinatieovereenkomsten,[50] omdat zij - anders dan voor vrijstelling is vereist - geen incidenteel maar een structureel karakter kent.[51]

53. De Raamovereenkomst kan volgens de d-g NMa verder ook niet profiteren van de Groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten (hierna: de groepsvrijstelling).[52]

> *'Eén van de wezenlijke kenmerken van wederkerige specialisatieovereenkomsten in de zin van de [groepsvrijstelling] is dat de samenwerkende partijen elkaar het product of de producten leveren waarin ze zich hebben gespecialiseerd, waarna ieder voor zich de diverse producten in concurrentie met de ander aan derden levert* [verwijzing naar randnummer 12 van de considerans bij de groepsvrijstelling].' [53]
>
> In het geval van een toelaatbare overeenkomst genereren producenten kostenbesparingen, welke geheel of deels ten goede komen aan de afnemers, omdat de producten in onderlinge concurrentie worden aangeboden. In onderhavige casus wordt echter niet onderling geleverd en vervolgens in concurrentie op een werk ingeschreven. *'Integendeel, SBF en HB&W hebben juist de concurrentie op het eindproduct uitdrukkelijk uitgesloten. In de economische context, die wordt gekenmerkt door aanbestedingen voor heterogene producten, is een samen optreden bij onderdelen en individueel inschrijven op het eindproduct, ook niet voorstelbaar. Van de Raamovereenkomst zijn dan ook geen voordelen voor de mededinging te verwachten, die van wederzijdse specialisatieovereenkomsten te verwachten zijn.'* [54]
>
> *'Een (horizontale) samenwerking tussen partijen bij de uitvoering van één specifieke gedane of aangekondigde aanbesteding kan slechts in aanmerking komen voor een vrijstelling van het verbod van artikel 6 Mw omdat die samenwerking gelet op de specifieke kenmerken van betreffende aanbesteding uit oogpunt van efficiëntie wenselijk is. De mogelijkheden van betrokken partijen om in verband met de specifieke kenmerken van een aanbesteding de meest efficiënte combinatie aan te gaan werd door de Raamovereenkomst juist beperkt, doordat de overeenkomst hun vrijheid om per project te kiezen met welke partij zij zouden samenwerken structureel belemmerde. Ongeacht de specifieke kenmerken van één bepaald project, waren partijen ingevolge de Raamovereenkomst immers verplicht altijd eerst exclusief met elkaar te spreken over samenwerking op dat project.'* [55]

---

[47] Vo. 1/2003, Pb. 2003, 1/1. Voor de beoordeling of de gedraging de handel tussen de lidstaten (merkbaar) beïnvloed zie: Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. C 101/81.
[48] Verslag van de hoorzitting, p. 8.
[49] Besluit randnr. 131.
[50] Besluit, randnr. 132; Besluit van 25 november 1997, Staatsblad 592, houdende vrijstelling van combinatieovereenkomsten terzake van aanbestedingen van het verbod van mededingingsafspraken.
[51] Besluit randnrs. 133-142.
[52] Commissieverordening 2658/2000 van 29 november 2000, betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb. 2000, L 304/5.
[53] Besluit, randnr. 133.
[54] Besluit, randnrs. 134-135.
[55] Besluit, randnr. 138.

54. Ook de stelling dat de overeenkomst een concurrentiebevorderend doel heeft, als gevolg waarvan SBF in staat werd gesteld met haar Bijzondere Funderingstechnieken in Nederland toe te passen, volgt de d-g NMa niet. De stellingen van SBF dat zij zonder de overeenkomst niet op de Nederlandse markt actief kan zijn, zijn niet te rijmen met andere stellingen van SBF. Zo heeft zij op basis van verschillende berichten met diverse andere partijen contact gehad. Op basis hiervan concludeert de d-g NMa dat SBF ook zonder de Raamovereenkomst zelf, al dan niet door middel van ad hoc-samenwerkingsverbanden, actief kan zijn op de Nederlandse markt. Het door HB&W gestelde karakter van een voorbereidingsovereenkomst, waarbij partijen regelen onder welke voorwaarden zij met elkaar zullen onderhandelen over een mogelijke samenwerking, gaat voorbij aan het structurele karakter, het gevolg van de uitsluiting van de concurrentie en de verplichte concurrentiegevoelige informatie-uitwisseling.[56]

55. *Heijmans* stelt zich op het standpunt dat voor zover er wel een beperking van de mededinging zou zijn de overeenkomst voor een ontheffing in aanmerking komt. De d-g NMa had ondanks het ontbreken van een aanvraag daartoe op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel behoren te toetsen of de overeenkomst in aanmerking komt voor een dergelijke ontheffing, hetgeen hij ten onrechte achterwege heeft gelaten.

56. Heijmans stelt zich eveneens op het standpunt dat de d-g NMa had moeten toetsen of een groepsvrijstelling van toepassing is, met name de voornoemde groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten. Volgens Heijmans is sprake van een overeenkomst in de zin van art. 1, sub c, van de groepsvrijstelling en gaat de d-g NMa in het besluit ten onrechte voorbij aan het feit dat dergelijke overeenkomsten onder het toepassingsbereik van de groepsvrijstelling vallen. Daarbij zijn exclusieve levering en gezamenlijke distributie toegestaan op grond van art. 3, onder a en b, van de groepsvrijstelling. De marktaandeeldrempel uit art. 4 van de groepsvrijstelling wordt daarbij niet overschreden en voorzover de daarvan wel sprake zou zijn, is Heijmans van mening dat de overeenkomst niet tot *foreclosure* heeft geleid. Er bestaat volgens Heijmans voldoende concurrentie ten aanzien van het uitvoeren van specialistische funderingstechnieken. Daartoe overlegt Heijmans onder verwijzing naar de schriftelijke zienswijze verschillende ondernemingen die in concurrentie met SBF diepwanden kunnen vervaardigen.

57. *SBF* stelde zich tijdens de hoorzitting eveneens op het standpunt dat aan de voorwaarden voor de groepvrijstelling specialisatieovereenkomsten is voldaan.[57] Volgens SBF is sprake van een overeenkomst in de zin van art. 1, sub b, van de groepsvrijstelling.

Beoordeling

58. De Adviescommissie beoordeelt deze bezwaren als volgt:

4.4.1 Ontheffing/uitzondering in de zin van (voormalig) art. 17 Mw en art. 81, derde lid, EG

59. Sinds het onderhavige besluit is genomen, is het nationale wettelijke systeem van de Mededingingswet met ingang van 1 augustus 2004 aangepast aan de systematiek van de

[56] Besluit, randnrs. 139-141.
[57] Verslag, p. 5 en schriftelijke zienswijze SBF randnrs. 82-89. Zie tevens randnr. 11 van dit Advies.

EG-bepalingen terzake, zoals die gelden per 1 mei 2004. Het mededingingsrechtelijke systeem is daarmee gebaseerd op een wettelijke uitzondering, een rechtstreeks werkende vrijstelling zonder een voorafgaand besluit.[58] Daarbij gelden dezelfde criteria als welke in het stelsel van ontheffingen in art. 17 Mw waren opgenomen. Die criteria zijn nu - in lijn met het Europese stelsel - van art. 17 Mw naar een aan art. 6 Mw toegevoegd derde lid verplaatst.

60. Aangezien geen ontheffing in de zin van het voormalige art. 17 Mw was aangevraagd voor de afspraken in de Raamovereenkomst was de d-g NMa, anders dan Heijmans stelt, onder het voormalige stelsel ook niet gehouden om de gedragingen aan de criteria in dat artikel te toetsen.[59] Met inwerkingtreding van het hierboven geschetste stelsel van een wettelijke uitzondering kunnen daarenboven geen ontheffingen meer worden verleend. Een verzoek tot ontheffing kan dan ook reeds daarom niet worden gehonoreerd. Wel dient met de inwerkingtreding van het nieuwe stelsel, indien daarop een beroep wordt gedaan, te worden getoetst aan de criteria van art. 6, derde lid, Mw dan wel mogelijkerwijze art. 81, derde lid, EG, hetgeen in onderhavige procedure evenzeer dient te gelden voor het besluit op bezwaar.

61. Bij de totstandkoming van deze wijziging van de Mededingingswet werd vastgesteld, dat – in het geval van een inbreuk op art. 6, eerste lid, Mw – de onderneming die zich op de uitzondering van art. 6, derde lid, Mw beroept, dient te bewijzen dat aan de voorwaarden van dat artikellid is voldaan.[60] Zonder in de onderhavige zaak tot een dergelijk oordeel gehouden te zijn, is de Adviescommissie voorshands van oordeel dat de door Heijmans en SBF aangevoerde omstandigheden onvoldoende onderbouwing vormen om een uitzondering in de zin van art. 6, derde lid, Mw te rechtvaardigen. In het bijzonder de stelling dat SBF met deze overeenkomst in staat wordt gesteld op de Nederlandse markt te opereren is niet steekhoudend. SBF wordt juist belemmerd om op het gebied van de Civiele Betonwerken actief te zijn, terwijl blijkt dat SBF ook buiten HB&W om actief kan zijn op de markt voor Bijzondere Funderingstechnieken. De d-g NMa zal evenwel in zijn besluit op bezwaar, voor zover daarop een beroep wordt gedaan, deze uitzonderingstoets alsnog dienen uit te voeren, alhoewel hij daartoe in het oorspronkelijke besluit nog niet was gehouden.

62. Indien de d-g NMa – in de hiervoor geschetste omstandigheid van een gewijzigde regelgeving – van oordeel mocht zijn dat bezwaarden ter onderbouwing van een dergelijk beroep op een uitzondering in staat moeten worden gesteld hun positie daarover nader te bepalen en/of nader onderzoek door de d-g NMa dient te worden verricht, dan wordt hij bij deze geadviseerd partijen tot nadere onderbouwing uit te nodigen dan wel dat onderzoek alsnog zelf ter hand te nemen.

63. Ten slotte, zoals werd vastgesteld in paragraaf 4.3.5 van dit Advies, is naar het oordeel van de Adviescommissie de d-g NMa vanaf 1 mei 2004 gehouden om, indien hij

---

[58] Wet van 30 juni 2004 en inwerkingtredingsbesluit van 6 juli 2004, Stbl. 345/346. Verordening 1/2003.
[59] Vergelijk HvJ EG, arrest van 10 december 1985, gev. zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82, Stichting Sigaretten Industrie, *Jur.* 1985, p. 3831, RO 75. Tijdens de hoorzitting laat Heijmans weten dat de ontheffingsaanvraag weliswaar was opgesteld, maar om tactische redenen nooit was verstuurd. Zie het verslag van de hoorzitting, p. 7.
[60] Kamerstukken II, 2003-2004 29276, nr. 8, p. 8.

nationaal mededingingsrecht toepast op een overeenkomst in de zin van art. 81, eerste lid, EG, welke de handel tussen de lidstaten in de zin van die bepaling kan beïnvloeden, tevens art. 81 EG op de overeenkomst toe te passen (art. 3, eerste lid Verordening 1/2003).[61] De Adviescommissie verstaat hieronder, dat art. 81 EG en haar onderscheiden leden volledig dienen te worden toegepast, een en ander mede gezien het bepaalde in art. 5 van Verordening 1/2003.

64. Daarbij geldt wel dat een partij die een beroep doet op art. 81, derde lid, EG de noodzakelijke feiten en omstandigheden zal moeten stellen dat hij aan de voorwaarden voor die uitzondering voldoet. Hij draagt daarover tevens de bewijslast dat aan die voorwaarden van die bepaling is voldaan (art. 2, laatste volzin, Verordening 1/2003). Hetgeen de Adviescommissie in de voorgaande paragraaf stelde met betrekking tot een eventuele uitzondering op basis van art. 6, derde lid, Mw en een nadere positiebepaling dienaangaande voor partijen en/of nader onderzoek van de zijde van de d-g NMa, geldt evenzeer in relatie tot art. 81, derde lid, EG.

65. In dat verband wijst de Adviescommissie erop dat de toepassing van nationaal mededingingsrecht niet mag leiden tot het verbieden van een overeenkomst welke de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden, maar de mededinging in de zin van art. 81, eerste lid, EG niet beperkt, of aan de voorwaarden van art. 81, derde lid EG voldoet of onder een verordening ter uitvoering van art. 81, derde lid, EG valt (art. 3, tweede lid, Vo. 1/2003).

4.4.2 Groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten

66. Art. 1, eerste lid van de vrijstellingsverordening kent drie hoofdvormen van overeenkomsten die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de ondernemingen zich specialiseren in de vervaardiging van producten (of diensten)[62] (hierna: "specialisatieovereenkomsten").

> a. eenzijdige specialisatie: één partij verbindt zich ertoe de vervaardiging van bepaalde producten te beëindigen of niet tot de vervaardiging van bepaalde producten over te gaan en deze van een concurrerende onderneming te kopen, terwijl de concurrerende onderneming zich ertoe verbindt deze producten te vervaardigen en te leveren
> b. wederkerige specialisatie: twee of meer partijen verbinden zich ertoe op basis van wederkerigheid de vervaardiging van bepaalde, doch verschillende producten te beëindigen of niet tot de vervaardiging daarvan over te gaan en deze producten te kopen van de andere partijen, die zich ertoe verbinden deze te leveren
> c. gezamenlijke vervaardiging: twee of meer partijen verbinden zich ertoe bepaalde producten gezamenlijk te vervaardigen.

67. In het rapport en het besluit concentreert de d-g NMa zijn argumenten op vorm b. van de vrijstellingsverordening, de wederkerige specialisatie. SBF bestrijdt deze vaststellingen met een algemene verwijzing naar haar schriftelijke zienswijze, waarin SBF toepasselijkheid van vorm b, de wederkerige specialisatieovereenkomst bepleit. Heijmans beroept zich daarentegen in haar bezwaarschrift – anders dan in zijn schriftelijke zienswijze – op vorm c. van de vrijstellingsverordening, de gezamenlijke

[61] Voor de beoordeling of de gedraging de handel tussen de lidstaten (merkbaar) beïnvloed zie: Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. C 101/81.
[62] Art. 2, vierde lid van de Vo. 2658/2000 en punten 8 en 9 van de considerans.

vervaardiging, waarbij de individuele bepalingen specifieke voorwaarden zouden vormen, zoals toegestaan in art. 3 van de vrijstellingsverordening.

68. Naar het oordeel van de Adviescommissie dienen deze bezwaren alle te worden verworpen. Zoals de d-g NMa in de randnummers 133 tot en met 137 van zijn besluit terecht betoogd, dient in geval van een wederkerige specialisatieovereenkomst (art. 1, lid 1, sub b) ieder van de partijen zich in een onderdeel van het productieproces te specialiseren, waardoor kostenbesparingen kunnen worden gerealiseerd, die uiteindelijk ten goede dienen te komen aan de afnemer. Ook dienen de partijen bij de overeenkomst de eindproducten uiteindelijk in concurrentie met elkaar op de markt aan te bieden. Dat blijkt in de eerste plaats uit het citaat uit randnummer 12 van de considerans bij de groepsvrijstelling, waarnaar de d-g NMa verwijst. In de tweede plaats blijkt dat uit art. 3, sub b van de groepsvrijstelling, waarin – voor niet onafhankelijke verkoop – alleen naar overeenkomsten betreffende gezamenlijke vervaardiging in de zin van art. 1, eerste lid, sub c van de groepsvrijstelling wordt verwezen en niet tevens naar de wederkerige of eenzijdige specialisatieovereenkomsten in de zin van art. 1, eerste lid, sub a en b van de groepsvrijstelling, zoals wel het geval is in art. 3, sub a van de groepsvrijstelling.

69. De Adviescommissie is tevens van oordeel dat van een overeenkomst in de zin van art. 1, eerste lid, sub c van de groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten evenmin sprake kan zijn. Zoals de d-g NMa terecht vaststelt in zijn schriftelijke toelichting, dient voor de toepasselijkheid van deze vrijstelling sprake te zijn van een duurzaam en continu specialisatieproces gericht op de lange termijn, waarbij partijen in het geval van een gezamenlijke productie ieder een deel van hun eigen specialisme inbrengen. De betrokken ondernemingen kunnen zich dan op de vervaardiging van bepaalde producten toeleggen en aldus efficiënter werken en de producten goedkoper aanbieden. De voordelen van de samenwerking moeten met name te vinden zijn in de verbetering van de productie of distributie van goederen en diensten met een billijk aandeel van de voordelen voor de gebruikers.[63] Dat aan deze voorwaarden dient te worden voldaan blijkt reeds uit het feit dat zij is gebaseerd op art. 81, derde lid, EG, waarover de considerans tevens stelt dat het voordeel van de groepsvrijstelling dient te worden beperkt tot die overeenkomsten waarvan met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat zij aan de voorwaarden van art. 81, derde lid voldoen.[64]

70. De vrijstellingsverordening ziet naar het oordeel van de Adviescommissie niet op een samenwerkingsvorm waarbij structureel op individuele projectbasis en afhankelijk van de commerciële interesse van de bij de overeenkomst aangesloten partijen wordt vastgesteld of er zal worden samengewerkt. SBF en HB&W geven met de afspraken uit de Raamovereenkomst ook niet bepaalde activiteiten op. Zoals hiervoor uiteengezet, is door Heijmans evenmin aangevoerd welke voordelen in de zin van art, 81, derde lid, EG uit de overeenkomst zouden voortvloeien. Het bezwaar van Heijmans dient dan ook naar het oordeel van de Adviescommissie te worden verworpen. De Raamovereenkomst tussen HB&W en SBF voldoet niet aan de definities en voorwaarden die de groepsvrijstelling stelt. Daaraan kunnen derhalve geen rechten worden ontleend.

---

[63] Punt 8 van de considerans.
[64] Punt 7 van de considerans.

4.5 Toerekening van de gedragingen

71. In het besluit rekent de *d-g NMa* de gedragingen van HB&W toe aan de topholding van het concern, te weten Heijmans N.V., omdat deze zeggenschap heeft over HB&W.[65] Dit onderbouwt de d-g NMa in voetnoot 76 met het gegeven dat Heijmans N.V. als indirect aandeelhoudster volledige zeggenschap heeft over HB&W. Ook zijn de aandelen van de bestuurder van HB&W – te weten Heijmans Nederland B.V. – volledig in handen van Heijmans N.V. en hebben Heijmans Nederland B.V. en Heijmans N.V dezelfde bestuurders. Verder vindt consolidatie van de jaarrekeningen plaats en heeft Heijmans N.V. een aansprakelijkheidsverklaring voor HB&W ondertekend. De d-g NMa stelt vast dat indien een moedermaatschappij 100 procent van de aandelen in een dochtermaatschappij bezit, ervan mag worden uitgegaan dat zij metterdaad een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochter en dit gedrag aan de moeder kan worden toegerekend, behoudens tegenbewijs, hetgeen niet is geleverd.[66]

72. *Heijmans N.V.* stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa de overtreding ten onrechte aan Heijmans N.V. heeft toegerekend, althans deze toerekening onvoldoende heeft gemotiveerd. Naar het oordeel van Heijmans N.V. geeft de d-g NMa een te ruime interpretatie aan het begrip "toerekenen" in art. 56, eerste lid, Mw. Toerekenen in de zin van dit artikel doelt slechts op de vaststelling in functionele zin van de betreffende onderneming die de gedraging heeft begaan. Hiermee is niet bedoeld een andere vennootschap dan de overtreder zelf verantwoordelijk te maken, zoals volgt uit de Memorie van Toelichting bij de Mw.[67] Voor de toerekening dient dan ook betrokkenheid van Heijmans N.V. bij de gedraging van HB&W te worden aangetoond. Deze volgt evenwel niet uit het rapport en het besluit. Bewijzen voor feitelijke zeggenschap terzake van de gedraging door de dochter (instructies van de moeder aan de dochter) die de laatste niet langer zelfstandig marktgedrag doen vertonen, zoals in de rechtspraak van het HvJ EG wordt vereist, ontbreken.[68] Volgens de bekendmaking van de Commissie inzake het begrip concentratie dient daarbij een onderscheid te worden gemaakt tussen de *day to day-business* en het strategisch-commerciële, financiële en juridische beleid. *Day to day-business* moet worden onderscheiden van de voornoemde zeggenschap. De d-g NMa had daarom niet kunnen volstaan met de omstandigheid dat Heijmans N.V. 100% van de aandelen in HB&W bezit. Heijmans N.V. stelt zich te dien aanzien op het standpunt dat het primair aan de d-g NMa is om de onderbouwing te leveren voor de toerekening aan Heijmans N.V. en niet aan HB&W. Daarbij wijst Heijmans N.V. op de omstandigheid dat de interne organisatie en administratieve controle van het concern is ingericht op subsidiariteit en reële autonomie. De strategie wordt door Heijmans N.V. bepaald, maar de invulling daarvan en met welke partners wordt aan HB&W overgelaten. HB&W heeft de betrokken overeenkomsten zelf ondertekend. [

]

[vertrouwelijk].

---

[65] Besluit, randnrs. 144-147.
[66] HvJ EG, 16 november 2000, zaak C-286/98 P, Stora, *Jur.* 2000, p. I-9925, RO 29.
[67] MvT Mw, Kamerstukken II, 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 10, 58 en 86.
[68] HvJ EG, 14 juli 1972, zaak C-48/69, ICI, *Jur.* 1972, p. 619; HvJ EG, 16 november 2000, zaak C-294/98 Metsä-Serla, *Jur.* 2000 p. I-10065, RO 27.

Beoordeling

73. De d-g NMa heeft tijdens de hoorzitting op de vraag van de Adviescommissie waarom de gedraging aan Heijmans N.V. wordt toegerekend en niet aan HB&W aangegeven dat hij in beginsel de praktijk van de Commissie volgt. Als blijkt dat de moeder een zekere verantwoordelijkheid heeft, en er geen aanwijzing is van het tegenovergestelde dan kunnen de gedragingen aan de moeder worden toegerekend. Dit leidt tot omkering van de bewijslast. In beginsel is daarbij het aandeelhouderschap bepalend. Daarbij heeft de d-g NMa aangegeven, dat hij in het besluit op bezwaar de keuze voor de toerekening van de gedragingen van HB&W aan Heijmans N.V. in het licht van de opmerkingen van Heijmans N.V. nader zal onderbouwen.[69]

74. Niettegenstaande dit voornemen tot een (beleids-)verduidelijking komt het de Adviescommissie in de gegeven omstandigheden van het geval voor, dat een automatische toerekening van de gedragingen van een dochteronderneming aan de moederonderneming vanwege een (indirect) 100% aandeelhouderschap louter vanwege dat aandeelhouderschap, onvoldoende onderbouwing vormt voor deze toerekening.

> Voor de vraag aan wie de overtreding kan worden toegerekend, is de Mededingingswet doorslaggevend en kunnen voor de beantwoording van die vraag argumenten worden ontleend aan het EG-mededingingsrecht. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG blijkt dat de omstandigheid dat een dochtermaatschappij formeel juridisch eigen verantwoordelijkheid bezit, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten haar gedrag toe te rekenen aan de moedermaatschappij, met name niet indien de dochtermaatschappij niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt. In zijn arrest in de zaak *Stora*[70] stelde het Hof dat, wanneer een moedermaatschappij 100% van de aandelen in een dochtermaatschappij bezit, ervan uitgegaan mag worden dat de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed had of heeft op het gedrag van haar dochter, vooral wanneer de moedermaatschappij zich als enige onderhandelingspartner heeft opgesteld tegenover de Commissie ten aanzien van de in geding zijnde inbreuken. Onder deze omstandigheden moet de moedermaatschappij een dergelijk vermoeden met voldoende bewijzen weerleggen.[71]

75. Naar het oordeel van de Adviescommissie dienen de voornoemde overwegingen aldus te worden gelezen, dat het vermoeden voor de aansprakelijkheid van de moederonderneming voor de gedragingen van de dochteronderneming in het arrest *Stora* wordt gebaseerd op een aantal (niet uitputtend opgesomde) omstandigheden. In het arrest *Stora* wordt het door de moedermaatschappij door middel van tegenbewijs te weerleggen vermoeden van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de gedragingen van de dochteronderneming niet louter gebaseerd op het 100% aandeelhouderschap van de moederonderneming in de dochteronderneming. Het vermoeden voor aansprakelijkheid op basis waarvan toerekening kan plaatsvinden, berust ook op het gegeven dat de betrokken moederonderneming niet had betwist dat zij het commerciële beleid van de dochteronderneming op beslissende wijze kon beïnvloeden en evenmin het bewijs had geleverd tot staving van haar verklaringen dat haar dochteronderneming autonoom optrad.[72] Daarbij werd het vermoeden in het arrest *Stora* versterkt, doordat de

[69] Verslag van de hoorzitting, p. 5-6.
[70] HvJ EG, Stora, reeds aangehaald, RO 29.
[71] Secon en G-star, reeds aangehaald.
[72] Stora, reeds aangehaald, RO 28.

moedermaatschappij zich tijdens de administratieve procedure, wat betreft de ondernemingen uit de Stora-groep, als enige onderhandelingspartner van de Commissie had voorgesteld.[73]

76. In de onderhavige procedure daarentegen, heeft Heijmans N.V. vanaf de aanvang van de administratieve procedure gesteld dat er een duidelijke bevoegdheidsverdeling (centraal – decentraal) bestond tussen Heijmans N.V. en HB&W, hetgeen werd onderbouwd met nadere stellingen en (tegen)bewijs.[74] Daarbij geldt dat hier tevens sprake is van een toerekening van de gedragingen van een (klein)dochter (HB&W) aan een (groot)moeder (Heijmans N.V.). Het door middel van tegenbewijs te weerleggen vermoeden van aansprakelijkheid wordt naar het oordeel van de Adviescommissie daarmee niet gegeven. Tevens heeft Heijmans N.V. zich, zoals Heijmans N.V. terecht signaleert, gedurende de administratieve procedure die heeft geleid tot het bestreden besluit – wat betreft de ondernemingen van de Heijmans-groep – niet voorgesteld als enige onderhandelingspartner van de d-g NMa.

77. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient dan ook onder de omstandigheden van dit concrete geval – anders dan de d-g NMa vaststelt in randnummer 147 van het besluit en anders dan in de voormelde zaken *Secon*[75] en *Stora* het geval was – ter levering van het vermoeden van aansprakelijkheid het (indirecte) 100% aandeelhouderschap nader te worden onderbouwd met aanvullende aanwijzingen.[76]

78. In dat verband kan, zoals in casu het geval is, worden gedacht aan de aansprakelijkheidsverklaring voor de HB&W die door de Heijmans N.V. is ondertekend. Ook kan worden gedacht aan het bestaan van een personele unie. Het argument van Heijmans N.V. dat op basis van het dossier zou blijken dat HB&W een eigen externe directie heeft, zoals Heijmans N.V. tijdens de hoorzitting stelt,[77] faalt naar het oordeel van de Adviescommissie reeds op basis van de gegevens die blijken uit het uittreksel uit het handelsregister van HB&W, waar Heijmans N.V. naar verwijst.[78] Gelezen in combinatie met de beide uittreksels uit het handelsregister van Heijmans Nederland B.V. en Heijmans N.V. kan uit dit document niet anders dan samen met de d-g NMa worden geconcludeerd dat sprake is van een personele unie van tenminste een aantal van de feitelijke bestuurders van ieder van de ondernemingen.[79]

79. Gezien de omstandigheid dat voornoemde nadere aanwijzingen in een voetnoot van het besluit terug te vinden zijn, kunnen de bezwaren van partijen naar het oordeel van de Adviescommissie evenwel niet slagen. Wel wordt de d-g NMa geadviseerd de

---

[73] Stora, reeds aangehaald, RO 29.
[74] Heijmans N.V. schriftelijke zienswijze, randnr. 3, bezwaarschrift, randnr. 52 en pleitnota, randnr. 27.
[75] Rb. Rotterdam, 13 februari 2004, Secon en G-Star, MEDED 02/309 RIP, 2.4.4.
[76] Het arrest van het HvJ EG, 2 oktober 2003, C-196/99P, Siderúgica, n.n.g. betreft een van onderhavige casus afwijkende feitelijke situatie (toerekening van gedragingen tussen twee zusterondernemingen) en leidt in voorliggende casus niet tot een andere conclusie.
[77] Verslag van de hoorzitting, p. 2.
[78] Mondelinge toelichting tijdens de hoorzitting voor de Adviescommissie randnr. 47. Prismanr. 2906/118.0337-06.
[79] Prismanr. 2906/118.0337-04 en -05. Tevens zou kunnen worden gedacht aan bewijzen voor strategische besluitvorming van de moederonderneming bijvoorbeeld om de markt voor bijzondere funderingstechnieken te betreden.

onderbouwing van zijn conclusies indachtig de voorgaande overwegingen opnieuw vorm te geven.

4.6 Slotoverweging

80. Voor zover bezwaren van bezwaarden niet aan de orde zijn gekomen, acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

5 Conclusies en Advies

81. De Adviescommissie concludeert en adviseert de d-g NMa als volgt:

82. De Adviescommissie is van oordeel dat de d-g NMa bij zijn onderzoek op voldoende zorgvuldige wijze de waarborgen in acht heeft genomen ter bescherming van de belangen van partijen. De bezwaren dienen naar het oordeel van de Adviescommissie ongegrond te worden verklaard. Wel benadrukt de Adviescommissie, zoals uiteengezet in de randnummers 15 tot en met 18 van dit Advies, dat de verplichting voor de toezichthouder krachtens art. 5:13 Awb om mede te delen waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik zal maken niet kan worden beperkt tot de mededeling dat art. 6 Mw is overtreden. De bevoegdheid dient te worden gebruikt in geval van overtreding van de wettelijke voorschriften in een concreet geval, zodat de toezichthouder naast het wettelijke voorschrift ten minste globaal dient aan te geven op welke concrete gedragingen het onderzoek zich richt.

83. Indachtig de overwegingen in randnummer 51 van dit Advies adviseert de Commissie de d-g NMa in het besluit op bezwaar tevens art. 81 EG in al zijn onderdelen op de Raamovereenkomst toe te passen.

84. De d-g NMa was in zijn oorspronkelijke besluit niet gehouden de overeenkomst te toetsen aan de criteria van art. 6, derde lid, (voorheen 17) Mw. De bezwaren dienen derhalve in zoverre ongegrond te worden verklaard. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa, evenwel indachtig haar overwegingen in de randnummers 59 tot en met 62 van dit Advies, in zijn besluit op bezwaar, voor zover daarop een beroep wordt gedaan, de overeenkomst alsnog te toetsen aan art. 6, derde lid, Mw. Indien de d-g NMa van oordeel is dat bezwaarden ter onderbouwing van een dergelijk beroep in staat moeten worden gesteld hun positie daarover nader te bepalen en/of nader onderzoek door de d-g NMa dient te worden verricht, dan wordt hij bij deze geadviseerd partijen tot nadere onderbouwing uit te nodigen dan wel dat onderzoek alsnog zelf ter hand te nemen. Het voorgaande geldt – overeenkomstig de overwegingen in de randnummers 63 tot en met 65 van dit Advies – evenzeer in relatie tot art. 81, derde lid, EG.

85. Met betrekking tot de toerekening van de gedragingen van HB&W aan Heijmans N.V. dienen de bezwaren ongegrond te worden verklaard. Wel adviseert de Commissie aan de d-g NMa om – indachtig de overwegingen in de randnummers 74 tot en met 79 van dit Advies – de onderbouwing van zijn conclusies opnieuw vorm te geven.

86. Voor het overige dienen de bezwaren ongegrond te worden verklaard.

Mr. M.C.M. van Dijk
Voorzitter
Subcommissie voor zaak 2906/Heijmans en Solétanche Bachy van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

Mr. W.T. Algera
Secretaris
Subcommissie voor zaak 2906/Heijmans en Solétanche Bachy van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

Secretariaat Postbus 16326 2500 BH Den Haag
Muzenstraat 81 2511 WB Den Haag
T: [070] 330 33 30
F: [070] 330 33 70