

Advies in zaaknr. 3938-596 IBC

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr R.J. Hekket (voorzitter), mr M.J.S. Korteweg-Wiers en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris)

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 29 juni 2006 in zaaknummer 3938-596 (hierna: het bestreden besluit) stelde de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) vast dat Bouwbedrijf IBC (hierna: de onderneming) een inbreuk heeft gemaakt op artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) waarvoor een boete is opgelegd aan IBC Mestemaker Bouw B.V.
2. Tegen het bestreden besteden besluit dienden mr. A.M. van den Oord en mr. M.F.A.M. Smeets namens IBC Mestemaker Bouw B.V. (hierna: IBC Mestemaker Bouw) en namens Heijmans N.V. (hierna Heijmans) op 10 augustus 2006 een bezwaarschrift in dat op 16 oktober werd aangevuld.
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 IBC Mestemaker Bouw en Heijmans en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit medegedeeld dat op 2 februari een hoorzitting zou plaatsvinden van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 2 februari 2007 vond deze hoorzitting plaats waarbij de onderneming en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: mr R.J. Hekket (voorzitter), mr M.J.S. Korteweg-Wiers en mr H.H.B. Vedder (tevens secretaris).
5. Het verslag van de hoorzitting is op 9 maart 2007 aan de onderneming en de NMa rondgestuurd.

2. Bestreden besluit

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

3. Bezwaren en beoordeling

Ontvankelijkheid bezwaar Heijmans

7. Het feit dat Heijmans bezwaar heeft gemaakt, gaat uit van de veronderstelling dat Heijmans als belanghebbende is aan te merken.
8. De NMa wijst op het belanghebbendenbegrip en de jurisprudentie hierover. De NMa wijst verder op het gegeven dat het besluit alleen tot de onderneming is gericht en dat de onderneming een (klein)dochtervennootschap is van Heijmans. Naar de opvatting van de NMa volgt hieruit dat het belang van Heijmans niet rechtstreeks bij het bestreden besluit is betrokken. Eventuele afspraken tussen de onderneming en Heijmans over de betaling van de boete maken dat het belang van Heijmans hooguit

afgeleid is. Naar de mening van de NMa volgt hieruit dat het bezwaarschrift van Heijmans niet-ontvankelijk is.

Beoordeling

9. Naar het oordeel van de Adviescommissie is het bezwaarschrift van Heijmans niet-ontvankelijk. Zij wijst hiertoe op het volgende. Heijmans is geen adressant van het bestreden besluit. Evenmin kan Heijmans als belanghebbende worden aangemerkt nu zij niet meer dan een afgeleid belang heeft bij het bestreden besluit.

Onjuiste toerekening

10. IBC Mestemaker Bouw schetst de gang van zaken rond de overname van de IBC groep door Heijmans. In dit verband stelt IBC Mestemaker Bouw dat Heijmans op 2 april 2001 de zeggenschap heeft verkregen over haar en dat Heijmans voor die tijd geen enkele wijze invloed heeft uitgeoefend. Naar de mening van IBC Mestemaker Bouw had het bestreden besluit niet aan haar moeten worden gericht, maar aan de voormalige aandeelhouders. Ter onderbouwing van dit standpunt voert de zij de volgende gronden aan.
11. Naar de mening van de onderneming is de pro rata regeling in de Bekendmaking boetetoemeting B & U sector onjuist toegepast. Op grond van de pro rata regeling wordt een overtreding die voor een overname is begaan alleen voor de periode waarin de overnemende onderneming zeggenschap had toegerekend aan die onderneming. Op grond van deze regeling had de aanbestedingsomzet van de tot de onderneming behorende dochtervennootschap slechts gedeeltelijk mogen worden toegerekend aan Heijmans. De onderneming verwijst in dit verband naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg, op grond waarvan de overnemende vennootschap niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor inbreuken begaan door de overgenomen onderneming voor de overname. IBC Mestemaker Bouw leidt hieruit af dat Heijmans alleen verantwoordelijk kan worden gehouden voor de inbreuk vanaf 2 april 2001.
12. IBC Mestemaker Bouw wijst ten tweede op de gang van zaken rond het verzoek specifieke adressering. Heijmans heeft verzocht het besluit te adresseren aan IBC Mestemaker Bouw B.V. Dit verzoek is gedaan onder de voorwaarde dat inbreuken voor de overname niet kunnen worden toegerekend aan Heijmans. Deze voorwaarde is in een brief van 26 juni 2006 herhaald. Uiteindelijk is volgens IBC Mestemaker Bouw op grond van het verzoek specifieke adressering de boete volledig toegerekend aan Heijmans en niet pro-rata aan de aandeelhouders ten tijde van de overtreding. IBC Mestemaker Bouw wijst op de voorwaarde voor toekenning van een specifieke adressering die erin bestaat dat de boete volledig en onherroepelijk wordt betaald. Met de adressering van het besluit aan IBC Mestemaker Bouw is de NMa dus van mening dat deze derhalve verantwoordelijk is voor de volledige boete. Hiermee miskent de NMa in de opvatting van IBC Mestemaker Bouw de pro rata regeling.
13. Door de pro rata regeling in het bestreden besluit niet toe te passen handelt de NMa volgens IBC Mestemaker Bouw in strijd met het gelijkheidsbeginsel nu in andere zaken de pro rata regeling wel is toegepast. Doordat aldus in het bestreden besluit wordt afgeweken van de boeterichtsnoeren handelt de NMa naar de mening van IBC Mestemaker Bouw in strijd met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Ten slotte voert IBC Mestemaker Bouw aan dat de NMa in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel heeft gehandeld voor zover zij aan zou voeren dat de

overtreding niet zou kunnen worden toegerekend aan de toenmalige aandeelhouders doordat deze gegevens lastig te vinden zouden zijn.

14. De NMa wijst op de noodzaak een inbreuk toe te rekenen aan een natuurlijke- of rechtspersoon. In het bestreden besluit is vastgesteld dat de inbreuk is begaan door IBC en dat deze kon worden toegerekend aan de in randnummer 4 van dit besluit genoemde rechtspersonen. Heijmans behoort niet tot IBC Mestemaker Bouw. De NMa wijst vervolgens op de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de toerekening van inbreuken aan moederondernemingen op grond waarvan bij 100% aandeelhouderschap mag worden aangenomen dat de 100% moeder zeggenschap heeft uitgeoefend.
15. Ten aanzien van hetgeen door IBC Mestemaker Bouw is aangevoerd in verband met de pro rata regeling schetst de NMa de achtergrond van de overname door Heijmans. Gelet op de datum van de overname in verhouding tot de periode van de overtreding heeft de NMa 39/48^{ste} deel van de aanbestedingsomzet meegenomen in de vaststelling van de boetegrondslag voor het bestreden besluit. In een afzonderlijk aan Heijmans gericht besluit is de aanbestedingsomzet voor 9/48^{ste} deel meegenomen in de boetegrondslag. Hiermee is naar de mening van de NMa de pro rata regeling correct toegepast, gelet op de datum van overname door Heijmans op 2 april 2001.
16. De NMa schetst het verloop van het verzoek om specifieke adressering. In dit verzoek is de onderhavige zaak genoemd, zodat het onder het verzoek valt. Op grond van de gang van zaken komt de NMa tot de conclusie dat het bestreden besluit niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel noch het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

17. Naar de mening van de Adviescommissie komen de gronden die door IBC Mestemaker Bouw zijn aangevoerd in wezen neer op de vraag of de inbreuk door de NMa correct is toegerekend aan IBC Mestemaker. De Adviescommissie constateert dat de NMa in deze zaak de inbreuk heeft toegerekend volgens de regel dat wordt toegerekend aan de hoogste moeder onderneming die 100% van het kapitaal in IBC Mestemaker Bouw houdt. Hierbij volgt de NMa de regels zoals die gelden op grond van artikel 81 EG.¹ In de onderhavige zaak is dat de Holding IBC B.V. De aandelen in Holding IBC B.V. zijn vanaf 2 april 2001 in handen van Heijmans N.V. Voor de periode april 2001 – december 2001 is pro rata toegerekend aan Heijmans N.V. Voor de periode januari 1998 – april 2001 is pro rata toegerekend aan de toenmalige hoogste 100% moeder, IBC B.V. Daarmee is door de NMa gehandeld overeenkomstig het door haar gehanteerde beleid. Dit beleid is naar de mening van de Adviescommissie niet kennelijk onredelijk.

Vergoeding kosten bezwaar

18. IBC Mestemaker Bouw en Heijmans verzoeken beide om een vergoeding van de kosten die zij hebben gemaakt in verband met hun bezwaar.
19. De NMa geeft aan dat hierover zal worden beslist bij het besluit op bezwaar en dat hiertoe naar haar mening geen aanleiding bestaat.

Beoordeling

¹ Zaak T-325/01, DaimlerChrysler, Jur. 2005 II-3319, ro. 218 e.v.

20. Naar de mening van de Adviescommissie bestaat voor een vergoeding van de kosten geen ruimte nu het advies strekt tot ongegrondverklaring van de bezwaren, en dus geen sprake is van geen sprake van onrechtmatigheid in de besluitvorming of geen sprake van een onrechtmatig primair besluit.

4. Conclusie en advies

De Adviescommissie adviseert - na beoordeling van de bezwaren van de onderneming en Heijmans - de Raad van Bestuur bij het nemen van het besluit op bezwaar het navolgende in overweging te nemen.

De bezwaren van Heijmans moeten naar de mening van de Adviescommissie niet-ontvankelijk worden verklaard.

De bezwaren van de onderneming moeten naar de mening van de Adviescommissie ongegrond worden verklaard.

W.g.
mr R.J. Hekket (voorzitter)

W.g.
mr H.H.B. Vedder (secretaris)