

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer: 3938_596/63

Betreft zaak: B&U-sector / IBC

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van 29 juni 2006 met kenmerk 3936_596/12.

1. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 29 juni 2006 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat de onderneming IBC artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) heeft overtreden, wegens deelname aan het systeem van vooroverleg zoals uiteengezet in het Rapport over afspraken en gedragingen in de deelsector burgerlijke en utiliteitsbouw¹ (hierna: het Rapport) dat integraal deel uitmaakt van het bestreden besluit.
2. De onderneming IBC bestaat uit IBC B.V. en alle werkmaatschappijen waarover deze rechtspersoon in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 volledige zeggenschap heeft gehad en die actief zijn op het gebied van burgerlijke en utiliteitsbouwwerken² (hierna: B&U-werken), waaronder in ieder geval Heijmans IBC Bouw Drachten B.V., Bouwbedrijf Offringa B.V., Offringa Waskemeer B.V., IBC Mestemaker Bouw- en Projectbegeleiding B.V., IBC Mestemaker Bouw B.V., IBC Keulen Bouw B.V., IBC Bouwservice Best B.V., IBC Utiliteitsbouw B.V., IBC Utiliteitsbouw Best B.V., IBC Prince Bouw B.V., IBC Bouwservice Rotterdam B.V., IBC Bouwservice Rotterdam B.V., IBC Utiliteitsbouw Rotterdam B.V., IBC Woningbouw B.V., IBC Woningbouw Rotterdam B.V., Pytter Pilger B.V., Bik & Bredeveld Beheer B.V. en IBC Bik & Bredeveld Bouw B.V (hierna ook: de Onderneming).
3. De Raad heeft wegens de hiervoor in randnummer 1 genoemde overtreding aan IBC Mestemaker Bouw B.V. een boete opgelegd.

¹ Rapport van 6 september 2005.

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

4. Tegen het bestreden besluit hebben IBC Mestemaker Bouw B.V. (hierna: IBC) en Heijmans N.V. (hierna: Heijmans) tijdig pro forma bezwaar aangetekend bij brief van 10 augustus 2006. De gronden van bezwaar zijn op 16 oktober 2006 aangevuld.
5. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de Raad de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).
6. Op 2 februari 2007 zijn IBC en Heijmans, alsook de Raad naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 20 maart 2007 aan IBC, Heijmans en de Raad is toegezonden.
7. Op 15 mei 2007 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
8. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt:

“De bezwaren van 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.”

9. De Raad heeft zich ervan vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen. De Raad besluit conform het Advies. Ter motivering van dit besluit:
 - i. verwijst de Raad ex artikel 3:49 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) naar het Advies;
 - ii. verwijst de Raad naar hoofdstuk 2 van dit besluit dat voorziet in een nadere motivering ten aanzien van de ontvankelijkheid van Heijmans, ten aanzien van de bezwaren van IBC omtrent de toerekening van de overtreding en de vermeende dubbele beboeting van Medicom VI en ten aanzien van de verzoeken om proceskostenvergoeding.

2 Nadere motivering

Ontvankelijkheid Heijmans

10. Heijmans is geen geadresseerde van het bestreden besluit, maar houdt sinds 2 april 2001 de aandelen in IBC B.V. Uit dien hoofde heeft Heijmans ter hoorzitting gesteld dat haar bezwaren ontvankelijk zijn. Volgens Heijmans leidt de NMa uit het beginsel van hoofdelijke aansprakelijkheid af dat zij uiteindelijk bij de groepsleiding van Heijmans de

boetes zal incasseren. Naar de mening van Heijmans is dit voldoende grond om bezwaar te maken.

11. De Adviescommissie adviseert om het bezwaar van Heijmans niet ontvankelijk te verklaren, omdat Heijmans geen geadresseerde van het bestreden besluit is. Evenmin kan Heijmans volgens de Adviescommissie als belanghebbende worden aangemerkt nu zij niet meer dan een afgeleid belang heeft bij het bestreden besluit.
12. De Raad volgt de Adviescommissie in haar Advies. In aanvulling op hetgeen de Adviescommissie omtrent dit bezwaar heeft geadviseerd, overweegt de Raad het volgende.
13. Ingevolge artikel 7:1, lid 1, Awb gelezen in samenhang met artikel 8:1, lid 1, Awb kan een belanghebbende tegen een besluit bezwaar maken. Ingevolge artikel 1:2, lid 1, Awb wordt onder belanghebbende verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Volgens vaste jurisprudentie betekent dit dat sprake dient te zijn van een objectief bepaalbaar, eigen (persoonlijk, individualiseerbaar) en voldoende actueel belang, dat bovendien rechtstreeks bij het desbetreffende besluit is betrokken.
14. In het bestreden besluit heeft de Raad vastgesteld dat de Onderneming artikel 6 Mw en artikel 81 EG heeft overtreden, wegens deelname aan het systeem van vooroverleg zoals uiteengezet in het Rapport. Deze overtreding van de Onderneming is niet aan Heijmans toegerekend. Evenmin is de boete aan Heijmans opgelegd. Het belang van Heijmans is om die reden niet rechtstreeks bij het bestreden besluit betrokken. Eventuele afspraken tussen IBC en Heijmans brengen daarin geen verandering.³ Ditzelfde geldt voor het feit dat Heijmans thans de aandelen in IBC houdt.
15. De Raad hecht eraan op te merken dat de stelling van Heijmans, inhoudende dat de NMa op basis van het beginsel van hoofdelijke aansprakelijkheid de aan IBC opgelegde boete zal incasseren bij de groepsleiding van Heijmans, niet juist is. Overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 67 en 68 Mw wordt een boete ingevorderd bij degene aan wie de boete is opgelegd en die de boete dientengevolge is verschuldigd. Dat is in dit geval IBC en niet Heijmans.

³ Vergelijk uitspraak CBB van 7 december 2005, zaken AWB 04/237 en 04/249, *Seon*, LJN: AU8309, paragraaf 6.1.

16. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad het bezwaar.

Toerekening

17. IBC kan zich niet verenigen met de toerekening van de overtreding in het bestreden besluit. Zij betoogt dat de Raad ten onrechte Heijmans verantwoordelijk houdt voor gedragingen in de B&U-deelsector van de door deze laatste in 2001 overgenomen IBC-groep in de periode voorafgaand aan die overname. Volgens IBC had het bestreden besluit aan de vijf toenmalige aandeelhouders van IBC B.V. moeten worden gericht. In dat verband stelt zij dat de NMa op onjuiste wijze toepassing heeft gegeven aan de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de deelsector burgerlijke & utiliteitsbouw (hierna: Boetebekendmaking)⁴ en voorts dat een zogenoemd verzoek tot specifieke adressering ten onrechte is uitgelegd als een erkenning van de juistheid van volledige toerekening van de boete. Naar de mening van IBC is het bestreden besluit om deze redenen in strijd met het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.
18. De Adviescommissie adviseert om de bezwaren van IBC ongegrond te verklaren. Naar de mening van de Adviescommissie komen deze bezwaren in wezen neer op de vraag of de inbreuk door de Raad correct is toegerekend. De Adviescommissie constateert dat de Raad de overtreding in deze zaak heeft toegerekend volgens de regels zoals die gelden op grond van artikel 81 EG en overeenkomstig het door hem gehanteerde beleid. Dit beleid is naar de mening van de Adviescommissie niet kennelijk onredelijk.
19. De Raad volgt de Adviescommissie in haar Advies. In aanvulling op hetgeen de Adviescommissie omtrent dit bezwaar heeft geadviseerd, overweegt de Raad het volgende.
20. Voor zover daarover onduidelijkheid bestaat, stelt de Raad voorop dat de overtreding van de Onderneming in de periode vóór de overname door Heijmans niet aan Heijmans is toegerekend en dat de boete evenmin aan Heijmans is opgelegd. De stelling van IBC dat de Raad Heijmans voor de gedragingen van de Onderneming in de periode vóór de overname verantwoordelijk houdt, is derhalve feitelijk onjuist.
21. In essentie betoogt IBC dat de Raad de overtreding van de Onderneming in de periode vóór haar overname door Heijmans had moeten toerekenen aan de vijf toenmalige

⁴ Bekendmaking van 6 september 2005, Stcrt. 2005, nr. 172, p. 12. Rectificatie van 12 oktober 2005, Stcrt. 2005, nr. 198, p. 22.

aandeelhouders van IBC B.V. Alvorens in te gaan op de gronden die IBC aanvoert ter onderbouwing van haar betoog, overweegt de Raad het volgende.

22. Ingevolge Europese jurisprudentie kunnen de gedragingen van een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij worden toegerekend indien de dochtermaatschappij ondanks haar eigen rechtspersoonlijkheid niet zelfstandig haar gedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.⁵
23. Uit de jurisprudentie volgt tevens dat bij 100% aandeelhouderschap kan worden uitgegaan van het feit dat de dochtermaatschappij de instructies van de moedermaatschappij volgt en dat hierbij geen verplichting bestaat te onderzoeken of de moedermaatschappij die zeggenschap daadwerkelijk heeft uitgeoefend.⁶ Het is de moedermaatschappij die dit vermoeden met afdoende bewijzen dient te weerleggen.⁷
24. De Raad wijst erop dat hij tot toerekening aan een moedermaatschappij niet verplicht is.⁸ De eventuele mogelijkheid om aan een moedermaatschappij de sanctie voor het gedrag van een dochtermaatschappij op te leggen heeft dan ook geen invloed op de rechtmatigheid van een besluit dat enkel is gericht tot de dochtermaatschappij.⁹
25. Voorts stelt de Raad vast dat de aandelen in IBC B.V., de hoogste moedermaatschappij binnen de Onderneming, in de periode vóór de overname door Heijmans werden gehouden door vijf verschillende aandeelhouders. Er was derhalve geen sprake van 100% aandeelhouderschap. Bovendien heeft de Raad geen aanleiding te vermoeden dat één van de vijf aandeelhouders het marktgedrag IBC B.V. bepaalde. Ook heeft de Raad geen aanwijzingen, noch zijn door IBC omstandigheden aangedragen die erop zouden kunnen duiden dat de Onderneming niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalde. Om die redenen rekent de Raad de overtreding van de Onderneming in de periode vóór de overname door Heijmans niet toe aan de toenmalige aandeelhouders van IBC B.V.

⁵ HvJEG 14 juli 1972, zaak 48/69, *ICI*, Jur. 1972, p. 619, r.o. 132-135.

⁶ GvEA 12 december 2007, zaak T-112/05, *Akzo*, n.n.g., r.o. 61/62; GvEA 15 juni 2005, gev. zaken T-71/03, T-74/03, T87/03 en T-91/03, *Grafiëtkartel*, Jur. 2005, p. 10, r.o. 59 e.v. Zie ook besluit d-g NMa 14 juni 2004, zaak 3689, *Aanbesteding dakrenovatie AMC*.

⁷ GvEA 12 december 2007, zaak T-112/05, *Akzo*, n.n.g., r.o. 61-65; HvJEG 25 oktober 1983, zaak 107/82, *AEG*, Jur. 1983, p. 3151, r.o. 50; HvJEG 16 november 2000, zaak C-286/98 P, *Stora*, Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 29; GvEA 15 juni 2005, zaak T-325/01, *DaimlerChrysler*, r.o. 217-222.

⁸ Vgl. GvEA 29 april 2004, gev. zaken T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 en T-252/01, *Grafiëtkartel*, Jur. 2004, p. II-01181, r.o. 278-281.

⁹ GvEA 14 december 2006, gev. zaken T-259/02, T-264/02 en T-271/02, *Oostenrijkse banken*, n.n.g., r.o. 331.

26. Ook de door IBC aangevoerde gronden zijn voor de Raad geen reden om de overtreding van de Onderneming aan de voormalige aandeelhouders van IBC B.V. toe te rekenen. Ter onderbouwing van haar bezwaar voert IBC twee gronden aan, namelijk een beweerde onjuiste toepassing van de Boetebekendmaking en een beweerde onjuiste uitleg van het verzoek tot specifieke adressering. De Raad stelt vast dat deze gronden geen stand houden en onderbouwt dit als volgt.
27. Volgens IBC had de Raad de overtreding van de Onderneming in de periode vóór de overname door Heijmans op grond van randnummer 6 van de Toelichting bij de Boetebekendmaking aan de toenmalige aandeelhouders moeten toerekenen. In dit randnummer staat dat de inbreuk van een 100%-dochtermaatschappij voor het geheel aan de 100%-dochtermaatschappij wordt toegerekend en – pro rata – aan de voormalige moedermaatschappij en de nieuwe moedermaatschappij. De Raad wijst erop dat de voormalige aandeelhouders in IBC B.V. niet 100% van de aandelen hielden, zodat dit randnummer niet op hen van toepassing is. Van de beweerde onjuiste toepassing van de Boetebekendmaking is derhalve geen sprake.
28. Volgens IBC heeft de Raad de overtreding van de Onderneming als gevolg van het verzoek tot specifieke adressering volledig toegerekend aan IBC B.V. en haar werkmaatschappijen, genoemd in randnummer 4 van het bestreden besluit. Dit is een misvatting. Zoals is aangegeven in het Model Verzoek specifieke adressering¹⁰ is onder voorwaarde van voorafgaande zekerheidstelling omtrent daadwerkelijke en onherroepelijke betaling van de boete aan de Onderneming de mogelijkheid geboden om één of meer rechtspersonen binnen haar Onderneming aan te wijzen waaraan het boetebesluit moest worden geadresseerd en bijgevolg waaraan de boete moest worden opgelegd. De Onderneming heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en verzocht het besluit uitsluitend te adresseren aan IBC. De Raad heeft aan dit verzoek gevolg gegeven. Dit verzoek heeft echter geen invloed gehad op de toerekening van de overtreding van de Onderneming. De Raad heeft de overtreding toegerekend aan alle rechtspersonen binnen de Onderneming, genoemd in randnummer 4 van het bestreden besluit, en zou dit ook zonder het verzoek om specifieke adressering hebben gedaan. Voor zover IBC derhalve betoogt dat de Raad de overtreding van de Onderneming niet aan de vijf voormalige aandeelhouders van de Onderneming zou hebben toegerekend vanwege het verzoek om specifieke adressering, is dat niet juist.
29. Met inachtneming van het voorgaande stelt de Raad vast dat hij niet heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel dan wel het

¹⁰ Zie ook onder <http://www.nmanet.nl> onder 'Themadossiers>Bouw> Sanctieprocedure B&U-deelsector'.

vertrouwensbeginsel. De stelling van IBC dat de Raad in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel zou hebben gehandeld, gaat eveneens niet op.

30. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop verwerpt de Raad het bezwaar.

Dubbele beboeting Medicom VI

31. IBC heeft aangevoerd dat twee keer een boete is opgelegd voor de gedragingen van Medicom VI, een vennootschap onder firma waarin IBC Utiliteitsbouw Best B.V. vennoot is. De Aanbestedingsomzet 2001 die correspondeert met de deelname van IBC Utiliteitsbouw Best B.V. is meegenomen in de opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 van de Onderneming, terwijl aan Medicom VI zelf ook een boete is opgelegd wegens deelname aan het systeem van vooroverleg zoals uiteengezet in het Rapport.¹¹ IBC verzoekt het met de deelname aan Medicom VI corresponderende deel van de opgelegde boete in mindering te brengen op het totaalbedrag van de boete in de onderhavige procedure.
32. De Adviescommissie gaat in het Advies niet expliciet op dit bezwaar in.
33. De Raad stelt vast dat hij de Aanbestedingsomzet 2001 die correspondeert met de deelname van IBC Utiliteitsbouw Best B.V. in Medicom VI buiten beschouwing heeft gelaten bij het vaststellen van de boetegrondslag voor de Onderneming.
34. De totale boetegrondslag van de Onderneming bestaat uit de Aanbestedingsomzet 2001 van de verschillende rechtspersonen die in de periode van de overtreding tot de Onderneming hebben behoord, indien nodig met inachtneming van de beperkte periode dat zij tot de Onderneming hebben behoord. Het gaat hierbij om de rechtspersonen genoemd in randnummer 4 van het bestreden besluit en in randnummer 2 van het onderhavige besluit. Daartoe behoort onder meer IBC Utiliteitsbouw Best B.V.
35. De Onderneming heeft bij haar opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 onderscheid gemaakt tussen de Aanbestedingsomzet 2001 van IBC Utiliteitsbouw Best B.V. zelf, namelijk EUR 30.550.944,00, en de Aanbestedingsomzet 2001 van IBC Utiliteitsbouw Best B.V. als vennoot van Medicom VI, namelijk EUR 819.174,00.
36. Uit randnummer 32 van het bestreden besluit blijkt dat de Raad de totale boetegrondslag voor de Onderneming heeft vastgesteld op EUR 75.745.579,00. Dit bedrag is als volgt opgebouwd:

¹¹ Zie zaak 3938_981.

Bouwbedrijf Offringa B.V.	EUR 1.528.541	(11/48° van EUR 6.670.000)
IBC Mestemaker Bouw B.V.	EUR 14.209.937	(33/48° van EUR 20.669.000)
IBC Keulen Bouw B.V.	EUR 4.064.966	(39/48° van EUR 5.003.036)
IBC Bouwservice Best B.V.	EUR 2.225.661	(39/48° van EUR 2.739.276)
IBC Utiliteitsbouw Best B.V.	EUR 24.822.642	(39/48° van EUR 30.550.944)
IBC Prince Bouw B.V.	EUR 312.812	(39/48° van EUR 385.000)
IBC Bouwservice Rotterdam B.V.	EUR 3.056.487	(13/48° van EUR 11.285.494)
IBC Bouwservice Rotterdam B.V.	EUR 3.996.945	(17/48° van EUR 11.285.494)
IBC Utiliteitsbouw Rotterdam B.V.	EUR 17.510.713	(39/48° van EUR 21.551.647)
IBC Woningbouw Rotterdam B.V.	EUR 3.895.125	(39/48° van EUR 4.794.000)
IBC Bik & Bredeveld Bouw B.V.	<u>EUR 121.750</u>	(2/48° van EUR 2.922.000)
Totaal:	EUR 75.745.579	

37. Hieruit blijkt dat de Raad bij het vaststellen van de boetegrondslag voor de Onderneming uitsluitend de Aanbestedingsomzet 2001 van IBC Utiliteitsbouw Best B.V. zelf heeft meegenomen en niet haar Aanbestedingsomzet 2001 als vennoot van Medicom VI. Het bezwaar is derhalve ongegrond.

Proceskostenvergoeding

38. IBC en Heijmans verzoeken om een vergoeding van de kosten welke zij in de bezwaarfase hebben gemaakt.
39. De Raad ziet geen aanleiding om het verzoek van Heijmans om vergoeding van kosten ex artikel 7:15, lid 2, Awb toe te kennen, omdat haar bezwaren niet ontvankelijk zijn.
40. De Raad ziet evenmin aanleiding om het verzoek van IBC om vergoeding van kosten ex artikel 7:15, lid 2, Awb toe te kennen, omdat het bestreden besluit niet wordt herroepen.

3 Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 15 mei 2007 over, zulks aangevuld met de hiervoor opgenomen nadere motivering in hoofdstuk 2;
- II. verklaart de bezwaren van Heijmans N.V. tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2006, met kenmerk 3936_596/12, niet ontvankelijk;
- III. verklaart de bezwaren van IBC Mestemaker Bouw B.V. tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 juni 2006, met kenmerk 3936_596/12, ongegrond;
- IV. handhaaft de in voornoemd besluit neergelegde beslissing en de daarbij opgelegde boete;
- V. wijst het verzoek om vergoeding van kosten in bezwaar af.

Datum: 1 februari 2008

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

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

W.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

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