

## Nederlandse Mededingingsautoriteit

### BESLUIT

Nummer 2906 / 366

Betreft zaak: Heijmans Beton & Waterbouw B.V.

#### 1. Inleiding

1. In uw brief van 26 januari 2009, zoals aangevuld bij brief van 4 maart 2009, verzoekt u de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) namens Heijmans Beton- en Waterbouw B.V. (hierna: HB&W) terug te komen op het aan HB&W gerichte sanctiebesluit van 9 november 2006 (hierna: sanctiebesluit). Ten eerste betoogt HB&W dat de Raad het sanctiebesluit moet heroverwegen omdat sprake is van een novum in de zin van 4:6 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Ten tweede stelt HB&W dat de formele rechtskracht van het sanctiebesluit is doorbroken, althans buiten toepassing moet worden gelaten omdat het beginsel 'geen straf zonder schuld' dient te prevaleren.
2. Alvorens op de argumenten van HB&W in te gaan, merkt de Raad voor de goede orde op dat hij bovengenoemde brieven beschouwt als een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb om het sanctiebesluit in te trekken. In geval van een herhaalde aanvraag in de zin van artikel 4:6 Awb, waarin door de aanvrager geen novum is vermeld, kan de Raad de aanvraag afdoen onder verwijzing naar zijn eerdere beschikking. Hoewel in strikte zin van een *herhaalde* aanvraag geen sprake is, nu het sanctiebesluit ambtshalve tot stand is gekomen, geeft de Raad op grond van vaste jurisprudentie desalniettemin toepassing aan artikel 4:6 Awb.

## 2. Novum

3. HB&W voert de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, ten aanzien van Solétanche Bachy France S.A. (SBF),<sup>1</sup> aan als nieuw gebleken feit of nieuwe omstandigheid in de zin van 4:6 Awb. De Raad oordeelt dat deze uitspraak, die ziet op de aan het sanctiebesluit ten grondslag liggende feiten in de periode 2001-2002, niet als novum kwalificeert. De Raad wijst hiertoe op vaste rechtspraak dat latere rechtsoordelen niet kunnen gelden als novum.<sup>2</sup> Deze rechtsregel is naar oordeel van de Raad, en anders dan HB&W betoogt, van algemene strekking. Bovendien is relevant dat HB&W de aan het sanctiebesluit ten grondslag liggende feiten heeft kunnen betwisten door het instellen van beroep tegen het sanctiebesluit, hetgeen zij niet heeft gedaan.

## 3. Formele rechtskracht

4. Nu HB&W geen rechtsmiddelen tegen het sanctiebesluit heeft aangewend, terwijl deze wel open hebben gestaan, gebiedt de formele rechtskracht dat in beginsel wordt uitgegaan van de rechtmatigheid van het sanctiebesluit.<sup>3</sup> Dit geldt te meer nu HB&W van het instellen van rechtsmiddelen destijds bewust geen gebruik heeft gemaakt. Evenwel doet zich een uitzondering op de formele rechtskracht voor indien de Raad erkent dat het besluit onrechtmatig is.<sup>4</sup>
5. In genoemde brief van 26 januari 2009 lijkt HB&W te veronderstellen dat de Raad de onrechtmatigheid van het sanctiebesluit heeft erkend in het besluit ten aanzien van SBF.<sup>5</sup> Dit kan en mag naar oordeel van de Raad hieruit niet worden afgeleid. Dat de Raad het sanctiebesluit ten aanzien van SBF op grond van doelmatigheidsoverwegingen heeft herroepen, bevat geen erkenning van onrechtmatigheid van het sanctiebesluit ten aanzien van HB&W.
6. HB&W voert in haar brief van 4 maart 2009 aan dat de Raad zich niet kan beroepen op de formele rechtskracht van het sanctiebesluit omdat zich een uitzondering, ontleend aan het Europese recht, voordoet. Alvorens op de vraag in te gaan of deze uitzondering op de

---

<sup>1</sup> Rb Rotterdam 4 maart 2008, LJN BC8958.

<sup>2</sup> Zie onder andere CRvB 15 januari 1998, AB 1998, 188.

<sup>3</sup> Zie onder meer HR 6 december 1957, NJ 1958, 30 (*Semper Crescendo*).

<sup>4</sup> Vgl. HR 18 juni 1993, AB 1993, 504 (*Sint Oedenrode/Van Aarle*).

<sup>5</sup> Besluit van 13 november 2008, met kenmerk 2906/353.

hoofdregeel van formele rechtskracht van toepassing is, wijst de Raad op het rechtszekerheidsbeginsel dat zowel in het nationale als communautaire recht is erkend. Ten aanzien van een sanctiebesluit van de Europese Commissie overwoog het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ) in het arrest *Commissie v. AssiDomän Kraft Products e.a.* reeds eerder:

“Het rechtszekerheidsbeginsel [...] verzet er zich dus tegen, dat in het geval waarin in het kader van een gezamenlijke procedure verscheidene gelijksoortige individuele beschikkingen houdende oplegging van geldboeten zijn vastgesteld en waarin enkel bepaalde adressaten in rechte nietigverklaring van de hen betreffende beschikkingen hebben gevraagd en verkregen, de instelling die die beschikkingen heeft gegeven, op verzoek van de andere adressaten de wettigheid van de niet aangevochten beschikkingen opnieuw zou moeten onderzoeken in het licht van de rechtsoverwegingen van het nietigverklaringsarrest en zou moeten beoordelen, of op basis van dit onderzoek de betaalde geldboeten moeten worden terugbetaald.”<sup>6</sup>

7. HB&W wijst echter op de uitzonderingen die het HvJ op bovenstaande rechtsregel heeft geformuleerd in de arresten *Kühne & Heitz* en *Arcoor*.<sup>7</sup> Aan deze uitzonderingen ligt ten grondslag dat het HvJ een schending van de gemeenschapstrouw constateert. De Raad meent echter dat in dit geval geen sprake is van een schending van gemeenschapstrouw, die HB&W kennelijk aanneemt. Naar oordeel van de Raad blijft de nationale procedurele autonomie – met inbegrip van het beginsel van formele rechtskracht – het uitgangspunt.
8. Daarbij komt nog dat aan de tweede en derde voorwaarde uit het *Kühne & Heitz*-arrest niet is voldaan. De tweede voorwaarde vereist immers dat het besluit definitief is geworden door een uitspraak van de hoogste nationaal rechterlijke instantie. De derde voorwaarde vereist dat de hoogste nationale rechter ten onrechte niet heeft verzocht om een prejudiciële beslissing en dat zijn uitspraak, op grond van latere jurisprudentie van het HvJ, strijdig blijkt met het gemeenschapsrecht.
9. Tenslotte is de Raad van mening dat de rechtsregel uit het arrest *Arcoor* niet kan worden gelezen buiten zijn context, namelijk de regel van Duits bestuursprocesrecht dat een bestuursorgaan *verplicht* een naar nationaal recht onrechtmatig besluit in te trekken, ook al is het onherroepelijk geworden, indien de handhaving van het besluit absoluut onaanvaardbaar zou zijn. Dit is een strengere regel van Duits recht die naar Nederlands bestuursprocesrecht niet geldt.

---

<sup>6</sup> HvJ 14 september 1999, zaak C-310/97 P (*Commissie v. AssiDomän Kraft Products e.a.*), ro. 63.

<sup>7</sup> HvJ 13 januari 2004, zaak C-453/00 (*Kühne & Heitz*) en HvJ 19 september 2006, gevoegde zaken C-392/04 en C-422/04 (*Arcoor*).

## **5. Geen straf zonder schuld**

10. HB&W stelt dat het handhaven van de kartelboete jegens HB&W in strijd is met het fundamentele rechtsbeginsel 'geen straf zonder schuld'. In het bovenstaande is reeds gerefereerd aan de strekking van het besluit ten aanzien van SBF, waarin de Raad het niet opportuun heeft geacht om aanvullend onderzoek te verrichten naar gedragingen in de periode 2001-2002. Hieruit kan naar oordeel van de Raad geenszins worden opgemaakt dat gerede twijfel bestaat omtrent de 'schuld' van HB&W. De 'schuld' van HB&W heeft tenslotte niet meer ter discussie gestaan, doordat HB&W geen rechtsmiddelen tegen het sanctiebesluit heeft aangewend.

## **6. Conclusie**

11. Gelet op het bovenstaande concludeert de Raad dat, aangezien HB&W geen novum aanvoert, hij niet toe komt noch behoeft toe te komen aan een heroverweging van het sanctiebesluit nu het formele rechtskracht heeft verkregen.

Openbaar

## **Besluit**

De Raad wijst de aanvraag af en verwijst naar het besluit van 9 november 2006, met kenmerk 2906/293.

Den Haag, 14 april 2009

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

w.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

*Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op grond van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht de Raad van Bestuur verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.*