

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer: 5357-17.BT543 en 5356-18.BT543

Betreft zaak: Kabel- & Leidingwerken

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

Inleiding

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) heeft onderzoek verricht naar overtreding(-en) van artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) in de deelsector Kabel- & Leidingwerken (hierna: K&L-sector). Naar aanleiding van deze onderzoeksactiviteiten, alsmede naar aanleiding van informatie die in het kader van de clementieregeling¹ bij de NMa is ingediend door een aantal ondernemingen, is door de NMa op basis van artikel 59 Mw een rapport opgesteld over afspraken en gedragingen in de K&L-sector (hierna: het Rapport²). Het Rapport is op 28 november 2005 vastgesteld en vervolgens naar 87 betrokken ondernemingen verzonden.
2. De overtredingen beschreven in het Rapport zijn begaan door ondernemingen. Deze ondernemingen kunnen bestaan uit één of meerdere entiteiten, die in concernrelatie tot elkaar staan en die ten aanzien van de betrokken overtreding(en) in mededingingsrechtelijke zin gezamenlijk als deelnemende onderneming kunnen worden beschouwd.³
3. In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat de onderneming Participatiemaatschappij Gebr. Van der Steen en de onderneming J.G.M. van der Steen Holding hebben deelgenomen aan afspraken en gedragingen in de K&L-sector in Nederland, in de periode van januari 1998 tot en met december 2001, zoals uiteengezet in het Rapport. Bedoelde afspraken en gedragingen vormen een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG.

¹ Richtsnoeren Clementietoezegging, Stcrt. 2002, nr. 122, p. 16, gew. Stcrt. 2004, nr. 82, p.40.

² Zie bijlage 1 bij dit besluit.

³ Vgl. GvEA, arrest van 15 juni 2005, gevoegde zaken T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, Carbon e.a. vs Cie, n.n.g., r.o. 54 en 60 en HvJEG, arrest van 16 november 2000, Zaak C-286/98P, Stora, Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 27-29.

4. De onderneming Participatiemaatschappij Gebr. Van der Steen bestaat uit Participatiemaatschappij Gebr. Van der Steen 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 K&L-werken,⁴ waaronder in ieder geval B.V. Aannemingsbedrijf Gebr. Van der Steen.

De onderneming J.G.M. van der Steen Holding bestaat uit J.G.M. van der Steen Holding 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 K&L-werken, waaronder in ieder geval Participatiemaatschappij Gebr. Van der Steen B.V. en B.V. Aannemingsbedrijf Gebr. Van der Steen.

Gelet op hun onderlinge verbondenheid worden deze ondernemingen hierna tezamen aangemerkt als 'de Onderneming'.

Besluit

5. De Raad legt een boete op van EUR 55.910,00 aan B.V. Aannemingsbedrijf Gebr. Van der Steen, gevestigd te Berlicum NB.

Dit besluit richt zich tot bovengenoemde rechtspersoon.

Verloop procedure

6. De NMa heeft de Onderneming het Rapport toegezonden waarin uiteengezet is op basis van welke feiten en omstandigheden de NMa het vermoeden heeft dat de Onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG. In een begeleidende brief heeft de NMa aan de Onderneming onder meer de keuze gelaten deel te nemen aan hetzij de versnelde procedure hetzij de reguliere procedure, zoals normaliter volgend op een Rapport ex artikel 59 Mw. Door middel van de versnelde procedure heeft de NMa de Onderneming in de gelegenheid gesteld snel 'schoon schip' te maken.
7. De Onderneming heeft aan de NMa kenbaar gemaakt te kiezen voor voornoemde versnelde procedure. Door te opteren voor de versnelde procedure heeft de Onderneming ingestemd met het afzien van gehele of gedeeltelijke betwisting van de feiten en juridische beoordeling uit het Rapport en het recht om individueel te worden gehoord. De

⁴ Zie voor de definitie van K&L-werken, randnummer 1 van het Rapport.

Onderneming heeft een vertegenwoordiger gemachtigd (hierna: de Gemachtigde) die tevens optreedt namens de andere partijen in de versnelde procedure en die namens deze partijen op generieke wijze een zienswijze naar voren heeft gebracht. De NMa heeft vooraf aangegeven dat in geval van deelname aan de versnelde procedure en het voldoen aan de daarvoor gestelde voorwaarden – en daarmee het bijdragen aan het snel ‘schoon schip’ maken in de bouwsector – de aan de Onderneming op te leggen boete wordt verminderd met 15%.

8. Na toezending van het Rapport heeft op 3 maart 2006 een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van de NMa waarbij de Onderneming door de Gemachtigde werd vertegenwoordigd. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat aan de Onderneming is gezonden.
9. In de loop van de procedure zijn door de Gemachtigde namens de Onderneming generiek toepasselijke argumenten naar voren gebracht die volgens de Gemachtigde door de Raad ten aanzien van alle door hem vertegenwoordigde ondernemingen in acht moeten worden genomen bij de beoordeling van de feiten en omstandigheden zoals uiteengezet in het Rapport. Tevens is de Onderneming de mogelijkheid geboden om relevante feiten en omstandigheden die haar individueel raken, doch niet de essentie van het Rapport treffen, aan te voeren.

Beoordeling

Algemeen

10. Vast is komen te staan dat de Onderneming heeft deelgenomen aan afspraken en gedragingen, zoals nader beschreven in het Rapport. Voor een nadere omschrijving van de betrokken afspraken en gedragingen alsmede de materiële beoordeling daarvan in het licht van artikel 6 Mw en artikel 81 EG, verwijst de Raad naar hoofdstukken 5 en 6 van het Rapport, dat als bijlage 1 is aangehecht aan dit besluit en geacht wordt daarvan deel uit te maken.
11. Het verboden karakter van bovenbedoelde afspraken en gedragingen en haar deelname daaraan is door de Onderneming uitdrukkelijk niet betwist. De Raad stelt derhalve vast dat in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 het kartelverbod ex artikel 6 Mw en artikel 81 EG is overtreden door de Onderneming.
12. Met betrekking tot de beoordeling van de zienswijzen van de Onderneming maakt de Raad onderscheid tussen het (generiek) verweer, zoals aangevoerd door de Gemachtigde en het individuele verweer, zoals aangevoerd door de Onderneming.

Beoordeling zienswijze aangevoerd door de Gemachtigde

13. Namens de Onderneming heeft de Gemachtigde diverse argumenten aangevoerd waarmee de Raad, naar het oordeel van de Gemachtigde, bij het opleggen van een boete rekening dient te houden.

Ten aanzien van de beboeting

14. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat niet bij (vrijwel) alle aanbestedingen in de K&L-sector kartelafspraken zijn gemaakt en dat niet alle ondernemingen in dezelfde mate deelnamen aan het vooroverleg. De Gemachtigde betwist niet dat vooroverleg zoals omschreven in het Rapport plaatsvond, doch is van mening dat enige nuancering ten aanzien van het structurele karakter daarvan op haar plaats is.
15. Voorts heeft de Gemachtigde aangevoerd dat de K&L-sector veel langlopende contracten (waaronder onderhoudscontracten, eenheidsprijscontracten en andere duurovereenkomsten) met nutsbedrijven kent. Deze contracten zijn veelal reeds (geruime tijd) voor 2001 via aanbesteding verkregen. Dit heeft tevens tot gevolg dat de opgave Aanbestedingsomzet 2001 en daarmee de boetegrondslag voor ondernemingen in de K&L-sector onevenredig hoog uitvalt.
16. De Raad stelt voorop dat deze argumenten, ook afgezien van de summiere feitelijke onderbouwing daarvan, in geen geval het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen teniet kunnen doen. De Raad acht om deze reden beboeting van de betrokken ondernemingen op haar plaats.
17. De Raad acht evenwel voldoende aannemelijk gemaakt dat niet bij vrijwel alle aanbestedingen in de K&L-sector in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt. De Raad houdt op basis van het Rapport en het daaraan ten grondslagliggend dossier wel de overtuiging dat bij het merendeel, althans een groot aantal, van de aanbestedingen in de K&L-sector in de betrokken periode sprake is geweest van verboden afspraken en gedragingen. Hetgeen de Gemachtigde heeft aangevoerd, kan aan deze overtuiging niet afdoen. In het licht van het voorgaande, alsmede in het licht van de veel voorkomende langlopende contracten in de K&L-sector, acht de Raad een boete op basis van het maximum van 12% van de boetegrondslag, zoals volgend uit de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de

deelsector Kabel- & Leidingwerken⁵ (hierna: de Boetebekendmaking), niet op haar plaats. De Raad acht in het licht van het voorgaande een percentage van 10% passend.

18. De overige door de Gemachtigde aangevoerde argumenten kunnen niet tot een verdere verlaging van het boetepercentage leiden. De Raad overweegt in dit verband in het bijzonder het volgende.
19. De Gemachtigde heeft gesteld dat opdrachtgevers bij aanbestedingen onrechtmatig gedrag vertonen ten opzichte van de betrokken bouwondernemingen. Van dit gedrag is volgens de Gemachtigde sprake wanneer een opdrachtgever een van een bouwonderneming ontvangen prijsaanbieding doorspeelt aan een andere bouwonderneming met het doel om van die andere onderneming voor hetzelfde werk een lagere prijsaanbieding te verkrijgen. Volgens de Gemachtigde leidt dit gedrag van de opdrachtgevers ertoe dat ondernemingen sneller geneigd zijn onderling overleg te voeren.
20. Indien en voorzover bedoeld gedrag daadwerkelijk voorkomt, is de Raad van oordeel dat dit gedrag van de opdrachtgevers niet strijdig is met de Mededingingswet⁶ en bovendien geen rechtvaardiging voor vooroverleg door bouwondernemingen kan vormen, zodat dit argument geen aanleiding geeft voor de Raad om het algemene boetepercentage te verminderen.
21. De Gemachtigde stelt verder dat binnen de K&L-sector thans serieus werk wordt gemaakt van naleving van de Mededingingswet. De Gemachtigde wijst op de omstandigheid dat de sector een duidelijke gedragsverandering laat zien en dat de bijdrage van de overheid aan deze cultuuromslag gering is. De Gemachtigde is van mening dat de NMa deze gedragsverandering zou moeten honoreren met een verlaging van het boetepercentage.
22. De Raad is van oordeel dat voornoemde gedragsverandering niet af doet aan het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen. Bovendien heeft de cultuuromslag waar de Gemachtigde op doelt betrekking op de situatie in de sector ná de overtreding en kan derhalve niet van invloed zijn op de beboeting van overtredingen die in het verleden zijn begaan. Deze argumenten kunnen derhalve niet leiden tot een lager boetepercentage.

⁵ Bekendmaking van 25 november 2005, Stcrt. 2005, nr. 230, p. 19.

⁶ Besluit van de d-g NMa van 19 februari 2001 in zaak 381/Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf en het besluit op bezwaar van 17 december 2001 in zaak 2414/Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijven, Stichting Meldadres Belangen Behartiging Schildersbedrijven en Bureau Meldadres Belangen Behartiging Schildersbedrijven B.V.; zie ook Rechtbank Potterdam, 12 oktober 2001, LJN AD7478.

23. De Gemachtigde wijst er voorts op dat de NMa bij het bepalen van de boete rekening dient te houden met de door ondernemingen geringe gerealiseerde winstmarges. De Gemachtigde vreest dat de verhouding tussen de door de NMa op te leggen boetes en de in de K&L- sector gerealiseerde winstmarges onevenredig hoog zal zijn.
24. De beweerde geringe winstmarges geven de Raad geen aanleiding tot het verlagen van het boetepercentage. Uit de rechtspraak en de wetsgeschiedenis volgt dat de financiële positie, de behaalde winstmarges of de behaalde winstvoordelen van een onderneming geen rol behoren te spelen bij de vaststelling van de boete. Evenwel geldt dat een boete niet het faillissement van een levensvatbare onderneming waarschijnlijk mag maken.⁷ In individuele gevallen kan de Raad van de Boetebekendmaking afwijken, indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheid leidt.

Beoordeling zienswijze aangevoerd door de Onderneming

25. Door de Onderneming zijn geen relevante individuele omstandigheden aangevoerd.

Sanctie

26. In en door het vorenstaande heeft de Raad naar zijn oordeel alle relevante argumenten en verweren, zoals door de Onderneming aangevoerd, behandeld. De Raad constateert en begrijpt dat de Onderneming uitdrukkelijk heeft gekozen voor de versnelde procedure en geen argumenten aanvoert die de essentie van het Rapport raken. Aan de Onderneming is kenbaar gemaakt en toegelicht dat het voeren van verweren en argumenten die een gehele of gedeeltelijke betwisting van de in het rapport vastgelegde feiten en de beoordeling daarvan bevatten, niet past bij het karakter van de versnelde procedure (zie randnummer 7 van dit besluit). Het stond de Onderneming vrij te kiezen voor de reguliere procedure en in dat kader verdergaand verweer te voeren. De Onderneming heeft van die mogelijkheid uitdrukkelijk geen gebruik gemaakt.
27. Thans dient te worden overgegaan tot het opleggen van een sanctie. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

⁷ Hv. EG, gev. zaken 96/82 e.a. (I.A.Z./Commissie), *Jur.* 1983, p. 3369, TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

28. De Raad heeft vastgesteld dat in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 de overtreding van het kartelverbod (ex artikel 6 Mw en artikel 81 EG) is begaan door de Onderneming genoemd in randnummer 3 van dit besluit.
29. Onder het regime van het Nederlandse en communautaire mededingingsrecht zijn het ondernemingen die een overtreding van de materiële mededingingsregels kunnen begaan. De Raad kan ingevolge artikel 56, lid 1 Mw en de artikelen 88 en 89 Mw bij een overtreding van respectievelijk artikel 6 Mw en artikel 81 EG, een boete opleggen aan de betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend.
30. In het onderhavige geval wordt de overtreding begaan door de Onderneming(en) genoemd in randnummer 3 van dit besluit en toegerekend aan de met name genoemde natuurlijke en/of rechtsperso(n)en in randnummer 4 van dit besluit.

Boete

31. Conform randnummer 13 van de Boetebekendmaking wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op EUR 1.613.589,00. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 10%, gaat de Raad ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag van EUR 161.358,00 (hierna: de bruto-boete).
32. Door de NMa is aan de Onderneming een clementietoezegging gedaan. De Onderneming heeft zich aan de in dit verband door de NMa gestelde voorwaarden gehouden en heeft aldus bijgedragen aan het onderzoek in het onderhavige geval. Op basis van de gedane toezegging vermindert de Raad de bruto-boete met 50%. Dit resulteert in een verlaging van EUR 80.679,00 van de bruto-boete.
33. De Raad ziet conform randnummer 20 van de Boetebekendmaking reden om de boete te verminderen met een percentage van 15% van de bruto-boete ad EUR 161.358,00, gezien de deelname van de Onderneming aan de versnelde procedure. Dit resulteert in een vermindering van EUR 24.204,00 van de bruto-boete.
34. Het bedrag dat resulteert na vermindering in verband met de clementietoezegging en het deelnemen aan de versnelde procedure, wordt aangeduid als netto-boete. In het onderhavige geval bedraagt de netto-boete EUR 56.475,00.
35. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.

36. De Raad neemt in deze versnelde procedure geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.
37. De Raad ziet aanleiding om de netto-boete te verminderen met 1% tot een maximum van EUR 10.000. Dit resulteert in een verlaging van EUR 565,00 van de netto-boete.
38. De Raad neemt in de onderhavige zaak voor het overige geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.
39. Het voorgaande resulteert in een boete van: EUR 55.910,00.

Den Haag, 17 juli 2006

Overeenkomstig het door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit genomen besluit.

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

W.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter van de Raad van Bestuur