

Besluit

1	INLEIDING.....	2
2	BETROKKEN ONDERNEMINGEN.....	2
3	INHOUD VAN DE SAMENWERKINGSOVEREENKOMST.....	3
4	VERLOOP VAN DE PROCEDURE.....	4
5	STANDPUNT VAN AANVRAAGSTER.....	5
	5.1 RELEVANTE MARKT.....	5
	5.2 ARTIKEL 6 MW.....	6
	5.3 ARTIKEL 17 MW.....	7
6	TOETSINGSKADER.....	8
	6.1 ALGEMEEN.....	8
	6.2 PRODUCTIEOVEREENKOMSTEN.....	10
	6.2.1 Groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten.....	10
	6.2.2 Richtsnoeren.....	11
7	BEOORDELING.....	12
	7.1 GEMEENSCHAPPELIJKE ONDERNEMING MET HET KARAKTER VAN EEN SAMENWERKINGSVERBAND.....	13
	7.2 ONDERNEMINGEN.....	13
	7.3 OVEREENKOMST.....	13
	7.4 RELEVANTE PRODUCTMARKTEN.....	13
	7.5 RELEVANTE GEOGRAFISCHE MARKTEN.....	16
	7.6 MARKTSTRUCTUUR.....	16
	7.6.1 Algemeen.....	16
	7.6.2 Toetredingsbelemmeringen.....	17
	7.6.3 Marktpositie van wegenbouwers op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland.....	18
	7.6.4 Productiekosten van asfalt in verhouding tot de totale kosten van het asfalteren van wegen.....	18
	7.6.5 Gezamenlijke productie van asfalt in verhouding tot de totale productie van asfalt.....	19
	7.6.6 Gezamenlijke productie van asfalt in verhouding tot de eigen behoefte van de bouwconcerns.....	19
	7.6.7 Netwerken.....	20
	7.7 MEDEDINGINGSBEPERKINGEN.....	23
	7.7.1 De markt voor de productie van asfalt.....	23
	7.7.1.1 Beperking van de productie.....	23
	7.7.1.2 Coördinatie van het concurrentiegedrag.....	24
	7.7.2 De markt voor het asfalteren van wegen.....	25
	7.7.3 Groepsvrijstelling.....	25
	7.7.4 Gevolgen van de samenwerking.....	26
	7.7.4.1 Marktpositie van Partijen.....	26
	7.7.4.2 Uniformering van kosten.....	26
	7.7.4.3 Toetredingsbelemmeringen.....	27
	7.7.4.4 Netwerkeffecten.....	27
	7.7.4.5 Conclusie.....	29
	7.8 TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 17 MW.....	30
	7.8.1 Crisiskartel.....	30
	7.8.2 Verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang.....	32
	7.8.3 Billijk aandeel voor de gebruikers.....	33
	7.8.4 Onmisbaarheid.....	33
	7.8.5 Restconcurrentie.....	34
8	AANPASSINGSVOORSTEL.....	34
	8.1 BEOORDELING AANPASSINGSVOORSTEL.....	35
9	CONCLUSIE.....	36

Besluit

Nummer 318/89

Betreft zaak: 318, ACS

1 Inleiding

1. Op 31 maart 1998 ontving de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een aanvraag om ontheffing van Asfalt Centrale Stedendriehoek V.O.F. (hierna: ACS of aanvraagster) met het verzoek een ontheffing te verlenen van het verbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) op grond van artikel 17 Mw.
2. De aanvraag om ontheffing heeft betrekking op een samenwerkingsovereenkomst die een samenwerkingsverband bewerkstelligt tussen Wegembouwmaatschappij J. Heijmans B.V., Hollandsche Wegembouw Zanen B.V., Koninklijke Wegembouw Stevin B.V. en Krekel Holten B.V. Dit samenwerkingsverband betreft het exploiteren van een asfaltcentrale.

2 Betrokken ondernemingen

3. ACS is eigendom van de volgende vennoten:
 - a. Wegembouwmaatschappij J. Heijmans B.V., te Rosmalen (deelnemingspercentage: 25%);
 - b. HBG Civiel B.V., te Gouda (deelnemingspercentage: 25%);
 - c. Koninklijke Wegembouw Stevin B.V. (hierna: KWS), te Utrecht (deelnemingspercentage: 25%);
 - d. Krekel Holten B.V., te Rijssen (deelnemingspercentage: 25%).
4. De moederondernemingen van de vennoten van ACS (hierna gezamenlijk: Partijen) zijn respectievelijk:
 - a. Heijmans N.V., (hierna: Heijmans) te Rosmalen met een omzet van ongeveer EUR 1,6 miljard in 2000;
 - b. Hollandsche Beton Groep N.V., (hierna: HBG) te Rijswijk met een omzet van ongeveer EUR 5,4 miljard in 2000;¹
 - c. Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V., (hierna: KVWS) te Rotterdam met een omzet van ongeveer EUR 2,6 miljard in 2000;
 - d. Dura Vermeer Groep N.V. (hierna: Dura Vermeer) te Rotterdam met een omzet van ongeveer EUR 770 miljoen in 2000.
5. Partijen zijn direct, of indirect door middel van dochterondernemingen (waaronder de vennoten van ACS) actief in de verwerking van asfalt (= wegebouwers).

¹ Zie besluit van de d-g NMa in zaak 3074, *BAM-HBG*, d.d. 24 oktober 2002. Koninklijke BAM NBM N.V. heeft eind 2002 middels deze transactie zeggenschap over Hollandsche Beton Groep N.V. verkregen.

3 Inhoud van de samenwerkingsovereenkomst

6. De samenwerkingsovereenkomst is in werking getreden per 1 januari 1993 en betrof onder meer de oprichting van ACS. Op 18 maart 1999 zijn Partijen een nieuwe samenwerkingsovereenkomst aangegaan. Deze samenwerkingsovereenkomst betreft een voortzetting van de samenwerking zoals Partijen deze in 1993 zijn aangegaan. De ondernemingen Wegenbouwmaatschappij J Heijmans B.V., Hollandsche Wegenbouw Zanen², Koninklijke Wegenbouw Stevin B.V. en Krekel Holten B.V. zijn deze nieuwe samenwerkingsovereenkomst aldus in 1999 aangegaan. Deze gewijzigde samenwerkingsovereenkomst vormt derhalve het voorwerp van het onderhavige besluit.
7. De samenwerkingsovereenkomst bevat een aantal nadere afspraken tussen de vennoten. De samenwerkingsovereenkomst stelt dat ACS in beginsel is aangegaan voor onbepaalde tijd. De vennoten zullen na ommekomst van iedere 5 jaar beoordelen of sprake is van een dusdanige overmaat aan asfaltproductiecapaciteit zodat een voortgezette samenwerking noodzakelijk is (artikel 1, lid 2 samenwerkingsovereenkomst).
8. De doelstelling van de samenwerkingsovereenkomst is het produceren en verkopen van asfalt, alsmede het exploiteren van asfaltcentrales voor de vervaardiging van genoemde producten, en voorts al hetgeen dat daarmee verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords (artikel 1, lid 3 samenwerkingsovereenkomst).
9. ACS is gevestigd te Deventer. Zij produceert en levert asfalt zowel ten behoeve van de vennoten van ACS alsmede ten behoeve van derden. Uitgangspunt hierbij is dat de beschikbaarheid van asfaltproducten voor ieder van de vennoten alsook voor derden, gewaarborgd is door middel van het afsluiten van afzonderlijke afnamecontracten met ACS (art. 6, lid 1 samenwerkingsovereenkomst). ACS levert per jaar ruim [80- 100%][†] van haar asfalt aan haar vennoten of aan ondernemingen die tot de groep van deze vennoten behoren.
10. ACS wordt geleid door een Bestuur welke zal bestaan uit 1 lid per deelnemende participant, dus maximaal uit 4 leden (art. 2, lid 1 samenwerkingsovereenkomst). De dagelijkse leiding van ACS berust bij een directeur, welke wordt benoemd door het Bestuur. De directeur legt van tijd tot tijd aan het Bestuur verantwoording af betreffende de uitvoering van het door het Bestuur aangeduide te voeren beleid (art. 2, lid 3 samenwerkingsovereenkomst).
11. Iedere vennoot zal voor een gelijk deel bijdragen aan het werkkapitaal van ACS (art. 4, lid 4 samenwerkingsovereenkomst). Het voor de exploitatie van ACS benodigde personeel wordt door de vennoten ter beschikking gesteld en zal in dienst treden bij ACS (art. 5, lid 2 samenwerkingsovereenkomst).

² Tot medio april 2000 was Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V. aandeelhouder van ACS. Zowel Hollandsche Wegenbouw Zanen B.V. als HBG Civiel B.V. zijn dochterondernemingen van Hollandsche Beton Groep N.V.

[†] Vierkante haken duiden op vertrouwelijke gegevens.

12. De administratie van ACS is vanaf het boekjaar 1993 opgedragen aan Krekel Holten B.V.. Het Bestuur stelt richtlijnen vast omtrent de inrichting van de administratie (art. 7, lid 1 samenwerkingsovereenkomst).
13. Het Bestuur draagt de verantwoordelijkheid voor een efficiënte aanpak en productie door ACS (art. 6, lid 3 samenwerkingsovereenkomst).
14. Het exploitatieresultaat zal aan de vennoten ten goede komen. Iedere vennoot deelt mee in het door ACS behaalde resultaat. De winst dan wel het verlies wordt per boekjaar vastgesteld volgens goed koopmansgebruik met inachtneming van normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd (art. 8, lid 1 samenwerkingsovereenkomst).
15. Het Bestuur stelt de prijzen vast die afnemers verschuldigd zijn voor de afname van asfalt bij ACS. Bij het vaststellen van haar prijzen wordt onder meer rekening gehouden met een afschrijving ter zake van ingebrachte asfaltinstallaties, de kosten van materialen, personeel, huur alsmede een kostenelement, bestaande uit een naar goed koopmanschap vast te stellen percentage algemene kosten, aangevuld met een vergoeding voor geïnvesteerd vermogen en een redelijke winst, alsmede een reservering ter zake van in de toekomst uit te voeren bodemsaneringen (art. 6, lid 2 samenwerkingsovereenkomst).
16. In artikel 9, lid 1 van de samenwerkingsovereenkomst staat vermeld dat de vennoten welke in deze v.o.f. participeren, gedurende de looptijd van deze overeenkomst geen nieuwe asfaltproductiecapaciteit zullen scheppen in het thans voorziene afzetgebied van ACS.³ Deze verplichting geldt ook voor partijen die gedurende de looptijd van ACS uit ACS treden.

4 Verloop van de procedure

17. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) heeft de ontheffingsaanvraag van ACS ontvangen op 31 maart 1998. Zij is geregistreerd onder zaaknummer 318.
18. Op 7 mei 1999 heeft de NMa aanvullende vragen gesteld aan ACS. De antwoorden hierop zijn ontvangen op 2 juli 1999.
19. Op 17 september 1999 heeft de NMa aanvullende vragen gesteld aan ACS. De antwoorden hierop zijn ontvangen op 8 oktober 1999.
20. Op 10 november 2000 heeft de NMa nogmaals aanvullende vragen gesteld aan ACS. Deze antwoorden heeft de NMa ondanks herhaaldelijk verzoek nooit ontvangen.
21. In Staatscourant nummer 253 van 30 december 1999 is mededeling gedaan van de ontheffingsaanvraag. Daarbij zijn belanghebbenden opgeroepen hun zienswijze schriftelijk of

³ Aanvraagster omschrijft het afzetgebied als de stedendriehoek Apeldoorn Deventer Almelo.

mondeling naar voren te brengen. De aanvraag en de daarop betrekking hebbende stukken hebben van 31 december 1999 tot 28 januari 2000 ter inzage gelegen ten kantore van de NMa. Geen enkele belanghebbende heeft op grond van artikel 3:13 van de Algemene wet bestuursrecht zijn zienswijze over de aanvraag naar voren gebracht of verzocht om mondeling te worden gehoord.

22. De NMa heeft aan KPMG-BEA opdracht verleend om onderzoek te doen naar de structuur van de markt voor productie en verwerking van asfalt in Nederland. Het eindrapport met de uitkomsten van dit onderzoek (hierna: KPMG-rapport) dateert van 18 september 1998.
23. De NMa heeft van 14 andere samenwerkingsverbanden die asfaltcentrales in Nederland exploiteren ontheffingsaanvragen ontvangen.
24. Door de NMa zijn drie keer vragen gesteld aan de exploitanten van de overige asfaltcentrales in Nederland (voor zover bekend bij de NMa), die geen ontheffingsaanvraag hebben ingediend bij de NMa.
25. Op 7 februari 2002 heeft de NMa aan ACS een conceptbesluit doen toekomen met betrekking tot de ontheffingsaanvraag ACS waaruit kan worden afgeleid dat de d-g NMa voornemens is om de ontheffingsaanvraag af te wijzen. De reden betrof het feit dat de ontheffingsaanvraag met betrekking tot ACS onder de reikwijdte van het kartelverbod viel, zoals vervat in artikel 6, eerste lid, Mw. Daarnaast voldeed de aanvraag niet aan de cumulatieve ontheffingsvoorwaarden van artikel 17 Mw.
26. Bij toezending van het conceptbesluit is ACS de gelegenheid geboden met concrete wijzigingsvoorstellen aan te geven hoe het samenwerkingsverband op een dusdanige manier wordt gewijzigd, dat deze niet langer onder de reikwijdte van het kartelverbod valt.
27. In februari 2002 heeft een aantal wegebouwers te kennen gegeven dat zij voorstellen willen doen om de geconstateerde mededingingsrechtelijke problemen, zoals neergelegd in het conceptbesluit, op te lossen, zodat op basis van deze voorstellen artikel 6, eerste lid, Mw niet meer op de onderhavige samenwerkingsovereenkomst van toepassing is. Zij hebben hiertoe voorstellen ontwikkeld en uitgewerkt. De definitieve versie hiervan is overgelegd bij brief van 10 januari 2003.

5 Standpunt van aanvrager

5.1 Relevante Markt

Relevante productmarkt

28. Volgens aanvrager heeft de samenwerkingsovereenkomst betrekking op warm asfalt voor de wegebouw. Alternatieve verhardingen zijn volgens aanvrager beton- en straatsteenverharding. Betonverharding wordt gebruikt bij minder dan 5% van het percentage

Openbaar

wegen dat in Nederland wordt aangelegd of hersteld. Straatsteenverharding is volgens aanvrager toegepast op circa 10.000.000 m² (in verhouding tot 25.000.000 m² asfalt). Andere verhardingen zijn bouw- en sloopafval, hoogovenslakken, breekasfaltcement en emulsiegebonden producten.

29. Aanvrager geeft aan dat er voor haar geen grote belemmeringen bestaan om in haar asfaltcentrale over te schakelen van de ene soort "warm" asfalt naar de andere soort "warm" asfalt.

Relevante geografische markt

30. De Nederlandse asfaltproductiemarkt is volgens aanvrager zeer rigide en sterk regionaal gebonden. Het is moeilijk de afzet te vergroten in verband met het feit dat een groot percentage van de vraagzijde wordt gevormd door overheidsinstanties, terwijl anderzijds asfalt maar binnen een beperkte straal van een asfaltcentrale kan worden verwerkt. Daarom is er nauwelijks sprake van import of export.
31. Aanvrager omschrijft de geografische omvang van de markt als de Stedendriehoek Apeldoorn Deventer en Almelo. Aanvrager geeft aan dat het door ACS geproduceerde asfalt gebruikt kan worden binnen een straal van ongeveer 75 km rond de asfaltcentrale. Volgens aanvrager is de maximale vervoerstijd afhankelijk van het materieel dat voor transport wordt gebruikt. In het geval van een geïsoleerde transportwagen is de maximale vervoerstijd ongeveer een half etmaal. Daarnaast dient rekening te worden gehouden met de laad-, los- en wachttijd van het transportmiddel, alsmede met de verkeersdruk, aldus aanvrager.

5.2 Artikel 6 Mw

32. Aanvrager stelt primair dat de samenwerkingsovereenkomst niet onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw valt. Aanvrager geeft aan dat zij de samenwerkingsovereenkomst beschouwt als een herstructureringsregeling ter sanering van een deel van de Nederlandse asfaltproductiebranche.

Overcapaciteit

33. Aanvrager geeft aan dat sprake was van een structurele overcapaciteit in Nederland. De marktontwikkeling in het gebied waar ACS actief is, was een afspiegeling van de landelijke ontwikkeling. Die gaf na 1975 een scherpe daling van de productie van asfalt te zien met als resultaat een aanzienlijke daling van de bezettingsgraad van de asfaltcentrales. Dit leidde tot onaanvaardbare exploitatieverliezen waardoor de behoefte ontstond om de productiecapaciteit te reduceren. De inschatting destijds, dat de situatie op middellange termijn niet zou verbeteren, wordt gestaafd door de historische cijfers, aldus aanvrager.
34. De productiecijfers van ACS vertonen nog immer een sterke onderbezetting en dientengevolge blijft de noodzaak tot samenwerking bestaan.

Openbaar

35. De productiecijfers van ACS wisselen per jaar. Aanvraagster heeft desgevraagd productie- en capaciteitscijfers van ACS sinds het begin van de samenwerking overgelegd. Zij concludeert dat de benuttingsgraad van de asfaltcentrale heeft gevarieerd tussen de [30 - 40%] en [80 - 90%] over de jaren 1993 tot en met 1998.

Samenwerking

36. Het is volgens aanvraagster noodzakelijk voor de beoogde sanering om de asfaltcentrales onder te brengen in een gemeenschappelijke onderneming vanwege de exploitatiekosten van de gesaneerde asfaltcentrales, nieuwe en hogere milieu-eisen die resulteren in hogere investeringen, inspanningen ten aanzien van energiebesparing, de terugdringing van het brandstofverbruik en strengere vergunningsvoorwaarden.
37. Volgens aanvraagster is het niet mogelijk dat iedere aannemer, die actief is in de wegenbouw, zelf één of meer asfaltcentrales in stand houdt, omdat dit niet kan renderen. Aanvraagster stelt onder meer, dat het voor de productie van specialistische producten, alsmede voor het halen van milieueisen noodzakelijk is om afzonderlijke asfaltcentrales samen te exploiteren.
38. Volgens aanvraagster is de algehele sector met deze sanering en met een beperkter aantal "productie-units" gebaat, omdat op deze wijze een belangrijke mate van continuïteit wordt gewaarborgd, welke continuïteit van het hoogste belang is voor de afnemers.

5.3 Artikel 17 Mw

39. Aanvraagster stelt subsidiair dat, zo er wel sprake zou zijn van een mededingingsbeperking en artikel 6, eerste lid, Mw op de samenwerkingsovereenkomst van toepassing zou zijn, wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 17 Mw en er een individuele ontheffing moet worden verleend. Aan deze voorwaarden is volgens aanvraagster, kort weergegeven, op de volgende wijze voldaan.

Verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang

40. Aanvraagster stelt dat de productie wordt verbeterd door het terugbrengen van de overcapaciteit, het verhogen van de rentabiliteit, het besparen van kosten door het verhogen van de vraag naar asfalt bij ongeveer dezelfde kosten, het bestrijden van verspilling door meer continuïteit in de productie, het tegengaan van milieubelasting door gezamenlijke maatregelen ter voorkoming hiervan, het bevorderen van een grotere veiligheid door middel van het doen van investeringen gerelateerd aan de modernste eisen ten aanzien hiervan en een grotere efficiëntie door termijnplanning in overleg met meerdere bedrijven.
41. Aanvraagster merkt ten slotte op dat ACS mede is ontstaan om zodanige "productie-units" te creëren, dat deze op economisch verantwoorde wijze kunnen bestaan en blijven bestaan. Op deze wijze wordt ook financiële ruimte gecreëerd voor het nakomen van de voortdurende

strenger wordende milieutechnische eisen. Aanvraagster heeft ten aanzien van de belasting van het milieu aangegeven dat de emissiecijfers zijn teruggedrongen.

Billijk aandeel voor de gebruikers

42. Aanvraagster stelt dat de deelnemers vrij blijven in het vaststellen van de prijzen voor het verwerken van asfalt, in hun verkoop en in hun leveringen. De efficiëntie van de productie zal toenemen, hetgeen leidt tot een hoogwaardiger aanbod. Een hoogwaardiger product komt tot stand door het investeren in en het scheppen van de benodigde randvoorwaarden. Deze liggen onder andere op het gebied van de automatisering van het productieproces, ontwikkeling van nieuwe producten, het assortiment en investeringen op het gebied van de milieu-eisen. Door behoud van concurrentie door niet-deelnemende producenten blijft een gunstige prijs voor de afnemers gewaarborgd. De concurrentie tussen deelnemers blijft eveneens gehandhaafd.

Onmisbaarheid

43. Aanvraagster stelt dat de samenwerkingsovereenkomst noodzakelijk is om met de deelnemers gezamenlijk tot herstructurering te komen, aangezien dit op individuele basis niet mogelijk is. De regeling is beperkt tot het strikt noodzakelijke en bovendien beperkt in de tijd. De regeling is onmisbaar voor het bereiken van de doelstelling en bevat geen onnodige restricties van de concurrentie. De samenwerking geeft een breder draagvlak voor de noodzakelijke investeringen. Tevens is de bundeling van know-how en ervaring van groot belang.
44. Aanvraagster stelt dat het niet mogelijk is dat iedere aannemer, die actief is in de wegenbouw, zelf één of meer asfaltcentrales in stand houdt, omdat dit eenvoudigweg niet kan renderen tegen de achtergrond van de huidige diverse eisen, welke eisen gelden met betrekking tot de kwaliteit van het product, als ook aangaande de mogelijke lage prijzen, waarvoor dit product in de markt beschikbaar dient te komen.

Restconcurrentie

45. Aanvraagster stelt in dit verband het volgende. Partijen blijven elkaars concurrenten ten aanzien van de prijs voor het verwerken van asfalt. De deelnemers doen geen afstand van hun vrijheid van handelen op de markt. Externe concurrentie is gewaarborgd door de aanwezigheid van andere producenten, die geen partij bij de overeenkomst zijn. Ten slotte zijn de contractproducten voor een deel substitueerbaar door andere producten, die eveneens vrijelijk en in voldoende mate op de markt worden aangeboden, aldus aanvraagster.

6 Toetsingskader

6.1 Algemeen

46. Voor de beoordeling van onderhavige samenwerking is van belang dat het beleid van de Europese Commissie (hierna: Commissie) ten aanzien van horizontale overeenkomsten in januari 2001 is geactualiseerd. In dat kader heeft de Commissie richtsnoeren gepubliceerd waarin een analytisch raamwerk is vastgelegd voor de beoordeling van horizontale

samenwerkingsovereenkomsten.⁴ Daarnaast heeft de Commissie een Verordening gepubliceerd, die op 1 januari 2001 in werking is getreden, betreffende specialisatieovereenkomsten, waaronder ook gezamenlijke productie wordt verstaan.⁵ De Richtsnoeren dienen onder meer te worden beschouwd als een aanvulling op de Verordening.⁶

47. Uitgegaan wordt van een meer economische benadering bij de beoordeling van verschillende soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten, onder andere onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, productieovereenkomsten en commercialiseringsovereenkomsten. Economische criteria, zoals de marktmacht van partijen en andere factoren in verband met de marktstructuur, vormen een sleutelement voor de beoordeling van de gevolgen, die een samenwerking op de markt heeft.⁷
48. Bekendmakingen van de Commissie, zoals de bovengenoemde richtsnoeren, werken niet automatisch door in de Mw. De wetgever heeft echter uitdrukkelijk gekozen voor een nauwe aansluiting van de nationale mededingingsregels bij de Europese mededingingsregels.⁸ In de Memorie van Toelichting bij de Mw is aangegeven dat de Mw niet strenger of soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels. Indachtig dit uitgangspunt, dienen bovengenoemde richtsnoeren bij de toepassing van artikel 6 en 17 Mw op horizontale samenwerkingsovereenkomsten als leidraad.
49. In sommige gevallen wijst de aard van de samenwerking er van meet af aan op dat artikel 6 Mw van toepassing is. Dit is het geval voor overeenkomsten die ten doel hebben de mededinging te beperken door het vaststellen van prijzen of productiequota of door het verdelen van markten of klanten. Deze overeenkomsten worden geacht een negatieve uitwerking op de markt te hebben.⁹
50. Voor vele horizontale samenwerkingsovereenkomsten geldt dat ze niet naar aard mededingingsbeperkend zijn. Daarom is een analyse van de gevolgen van de overeenkomst noodzakelijk. Hierbij moet waarschijnlijk zijn dat zij de mededinging op de markt op een zodanige wijze zal beïnvloeden dat negatieve marktgevolgen op het gebied van prijzen, productie, innovatie dan wel diversiteit of kwaliteit van goederen en diensten te verwachten zijn.¹⁰

⁴ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb C 3 van 6 januari 2001 (hierna: Richtsnoeren).

⁵ Verordening nr. 2658/2000 van de Commissie van 29 november 2000, betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, Pb L 304/3 van 5 december 2000.

⁶ Richtsnoeren, overweging 37.

⁷ Richtsnoeren, overweging 7.

⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24707, nr. 3, blz. 10.

⁹ Richtsnoeren, overweging 18.

¹⁰ Richtsnoeren, overweging 19.

6.2 Productieovereenkomsten

51. De onderhavige samenwerking heeft betrekking op de gezamenlijke productie van asfalt en de levering daarvan aan Partijen en aan derden, die het asfalt gebruiken voor het verharderen van wegen. Voor de beoordeling van de onderhavige samenwerking wordt uitgegaan van het analytisch raamwerk voor productieovereenkomsten zoals uiteengezet in de Richtsnoeren¹¹, alsmede de Verordening betreffende specialisatieovereenkomsten.

6.2.1 Groepsvrijstelling specialisatieovereenkomsten

52. De eerder genoemde Verordening (zie randnummer 46) is een groepsvrijstelling, inzake de toepassing van artikel 81, lid 3 van het EG-Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten (hierna: Groepsvrijstelling). Artikel 12 Mw bepaalt dat artikel 6, eerste lid, Mw niet geldt voor overeenkomsten tussen ondernemingen waarvoor krachtens een verordening van de Commissie artikel 81, lid 1 van het EG-Verdrag buiten toepassing is verklaard. Daarnaast bepaalt artikel 13, eerste lid, Mw dat artikel 6, eerste lid, Mw niet geldt voor overeenkomsten tussen ondernemingen, waarvoor krachtens een verordening van de Commissie artikel 81, lid 1 van het EG-Verdrag buiten toepassing is verklaard, doch die niet de handel tussen de lid-staten van de Europese Gemeenschap ongunstig kunnen beïnvloeden.
53. De Groepsvrijstelling is (onder meer) van toepassing op overeenkomsten betreffende gezamenlijke vervaardiging waarbij twee of meer partijen zich ertoe verbinden bepaalde producten gezamenlijk te vervaardigen.¹² De Groepsvrijstelling is van toepassing op voorwaarde dat het gezamenlijk marktaandeel¹³ van de deelnemende ondernemingen op de relevante markt - dit wil zeggen de markt(en) waartoe de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft behoren - niet meer dan 20% bedraagt.¹⁴ Uit de Richtsnoeren blijkt duidelijk dat onder de relevante markt moet worden verstaan: de markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft en/ of mogelijke spill-over markten.¹⁵
54. De Groepsvrijstelling is niet van toepassing op overeenkomsten die, direct of indirect, tot doel hebben ("zwarte lijst"):¹⁶
- a) de vaststelling van de prijzen bij verkoop van de producten aan derden;
 - b) de beperking van de productie of de verkoop, of
 - c) de toewijzing van markten of klanten.

¹¹ Richtsnoeren, overweging 78 e.v.

¹² Groepsvrijstelling, artikel 1, lid 1, sub c.

¹³ Het marktaandeel wordt berekend op grond van de waarde van de verkopen op de markt. De gegevens hebben betrekking op het voorafgaande kalenderjaar. Zie hiervoor artikel 6, lid 1, sub a en b van Groepsvrijstelling.

¹⁴ Groepsvrijstelling, artikel 2, lid 6 juncto artikel 4.

¹⁵ Zie Richtsnoeren, overweging 83.

¹⁶ Groepsvrijstelling, artikel 5, lid 1. Zie ook Richtsnoeren, overweging 90.

55. Deze “zwarte lijst” is, onder andere, niet van toepassing op bepalingen met betrekking tot de vaststelling van prijzen die een gemeenschappelijke productieonderneming aan haar directe afnemers berekent. Daarnaast moeten de partijen, in het kader van een overeenkomst betreffende de gezamenlijke vervaardiging, deze producten die het voorwerp van de overeenkomst vormen, niet onafhankelijk verkopen, maar gezamenlijk distribueren / verkopen.¹⁷
56. De andere uitzondering betreft de vaststelling van de capaciteit en het productievolume van de gemeenschappelijke onderneming.¹⁸

6.2.2 Richtsnoeren

57. Overeenkomsten die niet onder de Groepsvrijstelling vallen, vergen een nadere analyse.¹⁹
58. De voornaamste bron van eventuele mededingingsproblemen die kunnen rijzen bij productieovereenkomsten is de coördinatie van het gedrag van partijen die op de markt actief zijn. Dit type mededingingsproblemen ontstaat wanneer de samenwerkende partijen daadwerkelijke dan wel potentiële concurrenten zijn op minstens één van die relevante markt(en), dat wil zeggen op de markt(en) waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft en/of op mogelijke spill-over markt(en).²⁰
59. Het feit dat de partijen concurrenten zijn, leidt niet automatisch tot de coördinatie van hun gedrag. De partijen moeten doorgaans samenwerken met betrekking tot een aanzienlijk deel van hun activiteiten om een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten te bereiken. Hoe meer de kosten echter gemeenschappelijk zijn, hoe groter de mogelijkheid is om de prijsconcurrentie te beperken.²¹
60. Hierbij spelen twee criteria een rol. Om een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten te bereiken moet het samenwerkingsgebied, bijvoorbeeld de productie, een groot percentage van de totale kosten van de betrokken markt uitmaken. Voorts moeten de partijen hun activiteiten op het samenwerkingsgebied in ruime mate samenvoegen, bijvoorbeeld wanneer de gemeenschappelijke productie een groot deel van de totale productie van het betrokken product uitmaakt.²²
61. Indien sprake is van een samenwerkingsovereenkomst tussen concurrenten die een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten tot stand brengt, doch er is geen sprake van vaststelling van de prijzen, beperking van de productie of marktverdeling (zie randnummer 54),

¹⁷ Groepsvrijstelling, artikel 5, lid 2, sub b juncto artikel 3, sub b. Zie ook Richtsnoeren, overweging 90.

¹⁸ Groepsvrijstelling, artikel 5, lid 2, sub a. Zie ook Richtsnoeren, overweging 90.

¹⁹ Richtsnoeren, overweging 94.

²⁰ Richtsnoeren, overweging 83.

²¹ Richtsnoeren, overweging 84.

²² Richtsnoeren, overweging 23 en 88.

dan moet deze overeenkomst worden onderzocht in zijn economische context.²³

62. De analyse wordt uitgevoerd op de relevante markt(en) waar de samenwerking betrekking op heeft. Het uitgangspunt hierbij is de positie van de partijen op de relevante markt(en). De reden hiervoor is dat partijen zonder marktmacht geen prikkel hebben om hun concurrentiegedrag als aanbieders te coördineren. In de tweede plaats zijn er zonder marktmacht van de partijen geen gevolgen voor de mededinging op de markt, zelfs wanneer partijen hun gedrag zouden coördineren.²⁴
63. Wanneer het gecombineerde marktaandeel van de partijen groter is dan 20%, moeten daarentegen de waarschijnlijke gevolgen van de samenwerking voor de markt(en) worden beoordeeld (zie randnummer 53). In dit verband kunnen zowel de concentratiegraad op de markt als de marktaandelen een belangrijke factor vormen. Voorts is onder meer van belang of er toetredingsbelemmeringen aanwezig zijn.²⁵
64. Een productieovereenkomst op een bepaalde markt kan gevolgen hebben voor het concurrentiegedrag van de partijen op een stroomafwaartse markt, stroomopwaartse markt of op een aangrenzende markt (de zogenaamde “spill-over markt(en)”) die nauw verbonden is met de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft. Spill-over-effecten komen evenwel slechts voor, ingeval de samenwerking op een markt noodzakelijkerwijze tot de coördinatie van het concurrentiegedrag op een andere markt leidt, meer bepaald wanneer de markten onderling afhankelijk en met elkaar verbonden zijn en de partijen een sterke positie op de spill-over-markt(en) innemen.²⁶
65. Bij gezamenlijke productie spelen netwerkeffecten, dat wil zeggen banden tussen een aanzienlijk aantal concurrenten, een belangrijke rol. In een geconcentreerde markt kan het ontstaan van een nieuwe band de balans doen doorslaan en samenspraak in deze markt waarschijnlijk maken, ook wanneer de partijen een aanzienlijk, maar nog steeds bescheiden gecombineerd marktaandeel hebben.²⁷

7 Beoordeling

66. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt 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.

²³ Richtsnoeren, overweging 91.

²⁴ Richtsnoeren, overweging 92.

²⁵ Richtsnoeren, overweging 93, 94 en 96.

²⁶ Richtsnoeren, overweging 82.

²⁷ Richtsnoeren, overweging 97.

67. Alvorens aan de beoordeling wordt toegekomen of de samenwerkingsovereenkomst voldoet aan de voorwaarden voor ontheffing van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw, dient dus eerst te worden nagegaan of:
- a) sprake is van een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een concentratie dan wel met het karakter van een samenwerkingsverband, en als het laatste het geval is, of
 - b) (het verbod van) artikel 6, eerste lid, Mw van toepassing is.

7.1 Gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een samenwerkingsverband

68. Op grond van artikel 27, sub c, Mw moet de totstandkoming van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, en die er niet toe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren, worden aangemerkt als een concentratie.
69. Of ACS valt aan te merken als een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, kan in het onderhavige geval in het midden blijven, omdat in ieder geval sprake is van een coöperatief samenwerkingsverband.
70. Immers, zoals in randnummer 5 is vermeld, zijn Partijen allen in ieder geval actief op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland (zie randnummer 85). Op deze markt staan Partijen in een concurrentiële verhouding tot elkaar. Dit brengt mee dat een gevaar bestaat dat Partijen door middel van hun deelname in ACS hun marktgedrag op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland coördineren (zie randnummer 156).
71. Uit het bovenstaande wordt geconcludeerd dat in het onderhavige geval geen sprake is van een concentratie als bedoeld in artikel 27, sub c, Mw, maar van een coöperatief samenwerkingsverband. Dit horizontale samenwerkingsverband dient derhalve op haar verenigbaarheid met artikel 6, eerste lid, Mw te worden beoordeeld.

7.2 Ondernemingen

72. ACS en alle vennoten van ACS oefenen economische activiteiten uit en zijn dus ondernemingen in de zin van artikel 1, sub f, Mw.

7.3 Overeenkomst

73. De samenwerkingsovereenkomst is een juridisch bindende overeenkomst en is derhalve een overeenkomst in de zin van artikel 1, sub e, Mw.

7.4 Relevante productmarkten

74. De relevante markten waarop de samenwerkingsovereenkomst betrekking heeft, zijn de markt voor de productie van asfalt en de markt voor het asfalteren van wegen (oftewel de

verwerkingsmarkt).

Markt voor de productie van asfalt

75. Voor wegverhardingen kunnen de volgende soorten producten worden onderscheiden: asfalt, cementbetonverhardingen en elementenverhardingen (straatstenen). De keuze voor de verhardingsvorm is afhankelijk van het type weg en de grondsoort. Asfalt is het belangrijkste product waarmee de hoofdwegen in Nederland worden bedekt. Asfalt is flexibel en dus zeer geschikt voor een zachte ondergrond. Het kan op elk wegtype worden toegepast. Daarnaast is er voor weinig wegen – en zeker niet voor onderhoud, verbreding en reconstructie – een alternatief mogelijk. Bij een harde ondergrond, hetgeen in 1/3 van de oppervlakte van Nederland het geval is, zou ook cementbeton kunnen worden toegepast om wegen te verharden. Tegenwoordig wordt voor de hoofdwegen, zowel bij nieuwe wegen als bij reconstructie, zeer open asfaltbeton (hierna: zoab) toegepast. Op dit moment is van het hoofdwegenet circa 4% bedekt met cementbeton, de rest met asfalt. Elementenverhardingen worden hoofdzakelijk toegepast in dorpscentra en binnensteden, dus binnen de bebouwde kom. Voor doorgaande wegen is een verharding met elementen niet geschikt.²⁸
76. Derhalve kan niet worden aangenomen dat andere verhardingsmaterialen, die kunnen worden toegepast bij een bepaald type weg of grondsoort, een zodanig substituut voor asfalt zijn dat een hypothetische monopolist op de markt voor warm asfalt zijn prijs niet rendabel structureel met 5 à 10% zou kunnen verhogen.
77. Een onderscheid dient te worden gemaakt tussen warm en koud asfalt. Koud asfalt kan namelijk, in tegenstelling tot warm asfalt, bij omgevingstemperatuur worden verwerkt. Hierdoor kan de tijd tussen productie en verwerking zeer lang zijn. Koud asfalt is daarnaast slechts geschikt voor lichte verkeersbelasting, dit in tegenstelling tot warm asfalt zoals hierboven is uiteengezet. Het wordt ook veel gebruikt voor reparatiewerkzaamheden. Ten slotte vereist koud asfalt een andere asfaltcentrale en een ander productieproces dan warm asfalt. Koud asfalt is dus niet substitueerbaar met warm asfalt voor wat betreft de aanleg van wegen. Daarom zal koud asfalt in dit besluit verder buiten beschouwing blijven.
78. Uit het voorafgaande blijkt dat asfaltproducten slechts in beperkte mate kunnen worden vervangen door substituut-producten. Uit dit oogpunt dient warm asfalt als een aparte markt te worden onderscheiden. In het verlengde hiervan rijst de vraag of er binnen de markt voor warm asfalt nog een nader onderscheid moet worden gemaakt naar het soort asfalt.
79. Warm asfalt wordt gemaakt van uiteenlopende soorten grind of steenslag, zand, vulstof en bitumen. Deze grondstoffen worden in een asfaltcentrale in diverse verhoudingen met elkaar vermengd. Er zijn dan ook verschillende soorten asfalt. De belangrijkste soorten zijn asfaltbeton (nader te onderscheiden in grind-, steenslag-, open en dicht asfaltbeton), zoab, steenmastiekasfalt, gietasfalt en strijkasfalt. Deze soorten hebben verschillende eigenschappen

²⁸ Aldus het KPMG-rapport, pp. 9 en 10 (zie randnummer 22).

en zijn geschikt voor diverse ondergronden, uiteenlopende verkeersbelastingen en verschillende onder-, tussen- of deklagen. Per soort zijn verder verschillende gradaties te onderscheiden.²⁹

80. In beginsel kan een asfaltcentrale omschakelen op de productie van meerdere asfaltmengsels. Dit is met de oudere asfaltcentrales (ouder dan circa 15 jaar) overigens minder eenvoudig. De gehele asfaltcentrale zal moeten worden leeggemaakt, waardoor een aantal productie-uren verloren gaat. Bij de nieuwere asfaltcentrales kan daarentegen gemakkelijker worden omgeschakeld omdat de verschillende grondstoffen in aparte eenheden worden verwerkt.³⁰ Om deze reden is de markt voor de productie van warm asfalt een relevante markt en zal geen nader onderscheid worden gemaakt naar soorten asfalt.
81. De markt voor de productie van warm asfalt is derhalve een relevante productmarkt waarop deze samenwerkingsovereenkomst rechtstreeks betrekking heeft. Met 'asfalt' wordt in het navolgende warm asfalt bedoeld.

Markt voor het asfalteren van wegen

82. De samenwerkingsovereenkomst betreft een samenwerkingsverband tussen een aantal wegebouwers die actief zijn op de markt voor het asfalteren van wegen (zie randnummer 5). Door middel van de samenwerkingsovereenkomst wordt asfalt gezamenlijk geproduceerd.
83. Het asfalt dat gezamenlijk wordt geproduceerd in een asfaltcentrale wordt voor het overgrote deel³¹ afgenomen door de participanten in het samenwerkingsverband (zijnde wegebouwers). De wegebouwers verwerken het asfalt dat zij uit de asfaltcentrale hebben verkregen. Wegbouwers staan derhalve in een verticale relatie tot de productie van asfalt, in de zin dat wegebouwers bij hun activiteiten asfalt verwerken en dus afnemers van asfalt zijn. Alle exploitanten (zelfstandig of door middel van een samenwerkingsverband) van asfaltcentrales in Nederland houden zich bezig met de verwerking van asfalt.
84. Voor de beoordeling van deze samenwerkingsovereenkomst vormt de markt voor de grond-, weg-, en waterbouw (hierna: GWW) niet een relevante markt. Zoals reeds in het bovenstaande is overwogen, bestaat bij het verharden van wegen voor wegebouwers geen substituuat voor het product asfalt. Ondanks het feit dat bedrijven in de GWW-sector dikwijls actief zijn ten aanzien van meerdere werkzaamheden ten behoeve van de grond- en wegebouw, te weten verhardingen, rioleringen en grondwerken, brengt dit niet mee dat voor de beoordeling van de gevolgen van deze samenwerkingsovereenkomst de markt ruimer moet worden afgebakend dan de markt voor het asfalteren van wegen.

²⁹ Aldus het KPMG-rapport, pp. 6-9.

³⁰ Aldus het KPMG-rapport, p. 18.

³¹ Dit percentage varieert tussen de 80% en de 100% voor de verschillende asfaltcentrales in Nederland die door een samenwerkingsverband worden geëxploiteerd.

85. Gezien het bovenstaande is de markt voor het asfalteren van wegen (oftewel de verwerkingsmarkt) de stroomafwaartse markt (spill-over markt) van de markt voor de productie van asfalt en is deze markt een relevante productmarkt waarop deze samenwerkingsovereenkomst betrekking heeft.

7.5 Relevante geografische markten

De markt voor de productie van asfalt

86. De geografische omvang (nationaal of regionaal) van de markt voor de productie van asfalt kan in het midden blijven, aangezien de materiële beoordeling van deze samenwerkingsovereenkomst hierdoor niet wordt beïnvloed (zie randnummer 130).

De markt voor het asfalteren van wegen

87. De asfaltcentrales waarin door Partijen wordt geparticipeerd zijn over geheel Nederland verspreid³². Daarnaast zijn de activiteiten van Partijen met betrekking tot de wegenbouw over geheel Nederland verspreid. Veel afnemers van Partijen en andere wegenbouwers zijn ondernemingen die nationaal actief zijn. Dit leidt er toe dat de concurrentieparameters zoals prijs, assortiment, reclame e.d. op nationaal niveau worden bepaald. Derhalve zijn de concurrentieomstandigheden in Nederland homogeen.
88. Verder wordt opgemerkt dat de import en export van asfalt minimaal is, hetgeen samenhangt met de beperkte vervoersafstand van asfalt en de verschillende eisen die per land aan het product asfalt worden gesteld.
89. Gelet op bovengenoemde omstandigheden is de markt voor het asfalteren van wegen nationaal.

7.6 Marktstructuur

7.6.1 Algemeen

90. Het asfalt wordt geproduceerd in asfaltcentrales. In Nederland stonden er op 1 februari 2002 51 asfaltcentrales. Hiervan worden er 17 geëxploiteerd door één eigenaar en worden er 34 geëxploiteerd door 28 samenwerkingsverbanden van ondernemingen. Er zijn in Nederland drie samenwerkingsverbanden die meer dan één asfaltcentrale exploiteren.
91. Het overgrote deel (80 tot 100%) van het geproduceerde asfalt in Nederland wordt afgenomen door de eigenaar van een asfaltcentrale of door de deelnemers aan de samenwerkingsverbanden die een asfaltcentrale exploiteren.
92. De aanschafprijs van een asfaltcentrale bedraagt ongeveer EUR 6,8 miljoen voor een asfaltcentrale met een capaciteit van 150 ton per uur en ongeveer EUR 8,2 miljoen voor een

³² Zie Bijlage 1 bij dit besluit voor een overzicht van alle asfaltcentrales in Nederland per 1-2-2002.

asfaltcentrale met een capaciteit van 400 ton per uur. De levensduur van een asfaltcentrale kan oplopen tot 30 jaar.³³

93. Bij neerslag of te lage temperaturen kan niet worden geasfalteerd. Dit heeft in Nederland onder meer tot gevolg dat in januari en februari nauwelijks asfalt wordt geproduceerd omdat asfalt niet kan worden opgeslagen. Aan de andere kant wordt in de maanden juni, september en oktober zeer veel asfalt geproduceerd. Derhalve kenmerkt de productie van asfalt zich door seizoensinvloeden.³⁴
94. Asfalt heeft de eigenschap dat het na gebruik weer kan worden opgewerkt tot een materiaal met dezelfde eigenschappen als nieuw asfalt. Bij reconstructie- en sloopwerkzaamheden wordt het asfalt met freesmachines van de weg gefreesd, waarna het materiaal als grondstof voor nieuwe asfaltmengsels kan worden gebruikt. Dit is aantrekkelijk vanuit milieu-oogpunt. Jaarlijks komt er 2 tot 3 miljoen ton asfalt vrij bij reconstructie- en sloopwerkzaamheden. Ongeveer 60% hiervan wordt hergebruikt. Vrijwel alle asfaltcentrales in Nederland zijn in staat om asfalt te recyclen.³⁵
95. Verder wordt er in de Nederlandse asfaltsector regelmatig gewerkt met 'afhaalcontracten'. Afhaalcontracten zijn overeenkomsten tussen een asfaltproducent en asfaltverwerker waarbij, veelal voor een contractperiode van één jaar, afspraken worden gemaakt over de afname van een bepaalde hoeveelheid asfalt en de prijs die daarvoor betaald wordt.³⁶
96. In Nederland wordt het asfalt af-fabriek geleverd, dat wil zeggen dat de afnemer/verwerker het asfalt afhaalt bij de asfaltcentrale en zelf voor het transport zorgdraagt.

7.6.2 Toetredingsbelemmeringen

97. De markt voor de productie van asfalt kenmerkt zich door haar starre structuur. Er vindt weinig toe- of uittreding plaats. Dit vindt mede zijn oorzaak in de strenge vergunningseisen die worden gesteld aan de bouw van een asfaltcentrale. Ook de import van asfalt is minimaal, hetgeen samenhangt met de beperkte vervoersafstand van asfalt en de verschillende eisen die per land aan het product asfalt worden gesteld. Daarnaast is het in Nederland vaste praktijk dat de exploitanten van een asfaltcentrale direct een zeer groot deel (tussen de 80 en 100%) van het geproduceerde asfalt betrekken. Er wordt derhalve maar weinig asfalt geleverd aan derden (de "vrije markt"). Het betreft hier met name kleine wegenbouwers.

³³ Aldus het KPMG-rapport, p. 21.

³⁴ Dit blijkt uit het KPMG-rapport (pp. 11- 13), waarin voor een aantal jaar de asfaltproductie in de loop van een kalenderjaar in Nederland is weergegeven.

³⁵ Aldus het KPMG-rapport, p. 10.

³⁶ Aldus het KPMG-rapport, p. 26.

7.6.3 Marktpositie van wegebouwers op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland

98. Op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland zijn zes grote, landelijk opererende, bouwconcerns (hierna: de zes bouwconcerns) actief en daarnaast een flink aantal kleinere bouwconcerns. De zes bouwconcerns bezitten de grootste marktaandelen op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland (zie tabel 1).

99.

Zes bouwconcerns	Marktaandeel 1998	Marktaandeel 1999	Marktaandeel 2000
Heijmans	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]
KWS ³⁷	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]
BAM-NBM ³⁸	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]
HBG	[5-10%]	[5-10%]	[0-5%]
Dura Vermeer	[5-10%]	[5-10%]	[0-5%]
Ballast Nedam	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
Totaal	51,0%	51,2%	49,7%

Tabel 1. Overzicht van de marktaandelen van de zes bouwconcerns op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland voor 1998, 1999 en 2000.³⁹

7.6.4 Productiekosten van asfalt in verhouding tot de totale kosten van het asfalteren van wegen

100. In tabel 2 is weergegeven welk deel van de totale kosten bestaat uit de productiekosten van asfalt. Het betreft hier de totale gemiddelde kosten van het asfalteren van wegen, die bestaan uit de productie van asfalt, het transport en de verwerking van asfalt. De productiekosten van asfalt zijn vatbaar voor uniformering van kosten, wanneer het asfalt gezamenlijk wordt geproduceerd door bouwondernemingen in een asfaltcentrale (zie randnummer 60).

101.

	Bedragen	Percentage	Vatbaar voor uniformering
Productie	EUR 36,3 per ton	75%	Ja
Transport en verwerking	EUR 12,3 per ton	25%	Nee
Totale kosten	EUR 48,6 per ton	100%	

Tabel 2. Kosten vatbaar voor uniformering. Bron: Vereniging van Asfalt Aannemers, d.d. 3 juli 2001.

³⁷ Zie besluit van de d-g NMa in zaak 2708, Koninklijke Wegenbouw Stevin - Gebr. Van Kessel Holding, d.d. 7 november 2001. Koninklijke Wegenbouw Stevin heeft eind 2001 middels deze transactie zeggenschap verkregen over Gebr. Van Kessel Holding. De in de tabel genoemde marktaandelen van KWS zijn exclusief Gebr. Van Kessel Holding.

³⁸ Zie besluit van de d-g NMa in zaak 3074, BAM-HBG, d.d. 24 oktober 2002. Koninklijke BAM NBM N.V. heeft eind 2002 middels deze transactie zeggenschap over Hollandsche Beton Groep N.V. verkregen.

³⁹ Het marktaandeel van de bouwconcerns is berekend op basis van de landelijk door hen afgenomen hoeveelheid asfalt uit alle asfaltcentrales in Nederland, afgezet tegen de totale geproduceerde hoeveelheid asfalt door alle asfaltcentrales in Nederland.

7.6.5 Gezamenlijke productie van asfalt in verhouding tot de totale productie van asfalt

102. Uit tabel 3 volgt dat de zes bouwconcerns hun activiteiten met betrekking tot de productie van asfalt in zeer ruime zin samenvoegen, aangezien de gezamenlijke productie⁴⁰ van asfalt een zeer groot percentage vormt van de totale productie van asfalt⁴¹ van deze bouwconcerns in Nederland (zie randnummer 60). De totale productie van asfalt van vier van de zes bouwconcerns wordt geproduceerd door asfaltcentrales die gezamenlijk worden geëxploiteerd. De overige productie van KWS en Heijmans wordt geproduceerd door asfaltcentrales die deze bouwconcerns alleen (dat wil zeggen niet door middel van een samenwerkingsverband) exploiteren.

103.

	2000	1999	1998
Dura Vermeer	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
BAM-NBM	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
HBG	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
BN	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
KWS	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
Heijmans	[70% - 80%]	[70% - 80%]	[70% - 80%]

Tabel 3. Het percentage dat de gezamenlijke productie van asfalt van de zes bouwconcerns vormt van hun totale productie van asfalt voor de jaren 1998, 1999 en 2000.

7.6.6 Gezamenlijke productie van asfalt in verhouding tot de eigen behoefte van de bouwconcerns

104. Zoals blijkt uit tabel 4, voorziet de gezamenlijke productie van asfalt door de bouwconcerns, althans de productie door middel van een samenwerkingsverband, in (bijna) de gehele behoefte van hen aan asfalt.

⁴⁰ In het onderhavige besluit wordt onder de gezamenlijke productie van asfalt verstaan, de productie van asfalt in een asfaltcentrale die door meer dan één bouwonderneming wordt geëxploiteerd.

⁴¹ In het onderhavige besluit wordt onder de totale productie van asfalt verstaan, de gezamenlijke productie van asfalt alsmede het asfalt dat wordt geproduceerd door asfaltcentrales die slechts door één bouwonderneming wordt geëxploiteerd.

105.

	2000	1999	1998
BAM-NBM	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
BN	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
Dura Vermeer	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
HBG	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
KWS	[80% - 90%]	[80% - 90%]	[80% - 90%]
Heijmans	[50% - 60%]	[50% - 60%]	[50% - 60%]

Tabel 4. De productie van asfalt in asfaltcentrales die worden geëxploiteerd door samenwerkingsverbanden in Nederland waarin de zes bouwconcerns, in wisselende samenstelling, participeren, als percentage van de totale afname van asfalt door de zes bouwconcerns in Nederland.

7.6.7 Netwerken

Netwerken in het algemeen

106. Door het oprichten en instandhouden van een samenwerkingsverband tussen (potentiële) concurrenten neemt de concurrentie af, doordat de deelnemende ondernemingen ten aanzien van de activiteiten die gemeenschappelijk worden verricht, niet, of niet langer, met elkaar in concurrentie staan.
107. Het bestaan van meerdere horizontale samenwerkingsverbanden naast elkaar kan, naast de mededingingsbeperkingen die voortvloeien uit een enkel samenwerkingsverband, extra mededingingsbeperkende gevolgen hebben op de markt.
108. Onder een "netwerk" kan worden verstaan het geheel aan deelnemingen en/of samenwerkingsverbanden die één onderneming heeft met een reeks van verschillende deelnemers op één en dezelfde productmarkt. Een dergelijk netwerk is nadelig voor de concurrentie op de betreffende markt, omdat door de verschillende participaties van een onderneming, deze onderneming binnen meerdere samenwerkingsverbanden inzicht kan hebben in en/of invloed heeft op concurrentiegevoelige besluiten en informatie (zoals investeringsbeslissingen; kosten; exploitatie; prijsvorming) van al die samenwerkingsverbanden waarin hij deelneemt.
109. Zijn er op een markt meerdere ondernemingen die in meerdere samenwerkingsverbanden deelnemen, dan bestaan er meerdere netwerken naast elkaar. De nadelen voor de concurrentie die hierdoor worden veroorzaakt zijn groter dan die welke door één enkel netwerk worden veroorzaakt, aangezien het aantal daarbij betrokken ondernemingen dat (potentieel) concurrent van elkaar is, groter is. Door de toename aan onderlinge banden worden de mogelijkheden voor wederzijdse informatie-uitwisseling en beïnvloeding navenant groter.

110. Dat dergelijke “netwerken” van horizontale samenwerkingsverbanden een bijzonder restrictief effect op de mededinging hebben, is bevestigd door de Commissie.⁴² In twee beslissingen van de Commissie zijn netwerken en de effecten ervan op de mededingingsverhoudingen onderwerp geweest van de beoordeling.⁴³

Netwerkeffecten

111. In de gevallen waar asfaltcentrales worden geëxploiteerd door samenwerkingsverbanden waarin ondernemingen participeren die deelnemen in meerdere samenwerkingsverbanden in Nederland, worden via de asfaltcentrales die door deze verbanden worden geëxploiteerd, parallelle (horizontale) economische belangen gediend. Een voorbeeld kan dit illustreren. Stel, binnen Nederland zijn drie samenwerkingsverbanden (A, B en C) actief, waarbij onderneming X deelneemt in verband A én in verband B, onderneming Y deelneemt in verband B én in verband C en onderneming Z deelneemt in de verbanden A en C. Het bedrijfsresultaat van de asfaltcentrales van samenwerkingsverband A komt uiteindelijk mede ten goede aan, respectievelijk mede ten laste van, deelnemer X (die ook in B participeert) en deelnemer Z (die ook in C participeert). Het resultaat van samenwerkingsverband B komt mede terecht bij deelnemer X én deelnemer Y. Daarnaast komt het resultaat van samenwerkingsverband C mede terecht bij deelnemer Y en deelnemer Z.
112. Deze vervlechting van economische belangen verkleint de stimulans voor het samenwerkingsverband A om ten koste van asfaltcentrales, die worden geëxploiteerd door de samenwerkingsverbanden B en C, op de prijs van asfalt te concurreren. De gemeenschappelijke deelnemer(s) in samenwerkingsverbanden A, B én C zijn hier immers niet bij gebaat.

Netwerken in Nederland

113. Wat betreft de situatie in Nederland kan ten aanzien van het bestaan van netwerken met betrekking tot asfaltcentrales en de effecten die daar van uitgaan op de concurrentie, het volgende worden opgemerkt.
114. Alle eigenaren van asfaltcentrales, of participanten in samenwerkingsverbanden die asfaltcentrales in Nederland exploiteren, zijn actief op het gebied van het asfalteren van wegen. In ieder samenwerkingsverband in Nederland wordt dus uitsluitend deelgenomen door wegenbouwers.
115. In Nederland worden 34 van de 51 asfaltcentrales geëxploiteerd door 28 samenwerkingsverbanden. De zes bouwconcerns nemen in totaal deel, in onderling wisselende

⁴² Richtsnoeren, overweging 97.

⁴³ Beschikking van Commissie van 14 juli 1986, *Optische vezels*, Pb L 236/30 van 22 augustus 1986 en beschikking van de Commissie van 27 juli 1994, *ACI*, Pb L 224/28 van 30 augustus 1994; ov. 40: “*De oprichting van ACI voegt zich in het net van gemeenschappelijke ondernemingen, hetgeen tot een verdere beperking van de mededinging tussen de partijen voert, aangezien deze, wegens hun gemeenschappelijke investeringen in die projecten, weinig geneigd zullen zijn elkaar op de relevante markten of op andere markten te beconcurreren.*”

samenstellingen, in 36 van de 51 asfaltcentrales. Zij participeren in 25 samenwerkingsverbanden, waarmee 30 asfaltcentrales worden geëxploiteerd. Tevens worden vijf asfaltcentrales door KWS, HBG of Heijmans alleen geëxploiteerd.⁴⁴ Veelal hebben deze zes ondernemingen de grootste participaties in de samenwerkingsverbanden waarin zij deelnemen.

116. De zes bouwconcerns participeren in een groot aantal samenwerkingsverbanden, waarmee tevens een groot aantal asfaltcentrales wordt geëxploiteerd (zie tabel 5).

117.

	Aantal samenwerkingsverbanden (totaal 28)	Aantal asfaltcentrales (totaal 51)
KWS	17	22
Heijmans	10	10
BAM-NBM	12	17
BN	10	13
HBG	6	11
Dura Vermeer	7	12

Tabel 5. Overzicht van het aantal samenwerkingsverbanden en het aantal asfaltcentrales waarin door de zes bouwconcerns wordt geëxploiteerd. Zie bijlage 1 bij dit besluit.

118. Een groot aantal samenwerkingsverbanden in Nederland kenmerkt zich door het feit dat daarin bouwconcerns participeren die tevens participeren in een relatief groot aantal andere samenwerkingsverbanden die asfaltcentrales exploiteren. Daarbij komt dat één van de zes bouwconcerns dikwijls tegelijkertijd met één of meerdere van de andere zes bouwconcerns participeert in een samenwerkingsverband (zie tabel 6).

119.

Totaal aantal Samenwerkingsverbanden: 28						
Netwerk	KWS	BN	Heijmans	HBG	Dura Vermeer	BAM-NBM
KWS	x	7	6	5	7	7
BN		x	4	3	4	4
Heijmans			x	3	3	6
HBG				x	4	4
Dura Vermeer					X	4
BAM-NBM						X

Tabel 6. Overzicht van het aantal maal dat de zes bouwconcerns, in wisselende samenstelling, met elkaar in een samenwerkingsverband participeren. Voorbeeld: KWS en BN participeren gezamenlijk in zeven samenwerkingsverbanden. Zie bijlage 1 bij dit besluit.

⁴⁴ Zie Bijlage 1 bij dit besluit voor een overzicht van alle asfaltcentrales in Nederland per 1-2-2002.

Openbaar

120. In een aantal gevallen wordt door één samenwerkingsverband meer dan één asfaltcentrale geëxploiteerd zodat een bouwconcern, door de gelijktijdige participatie met één of meerdere van de andere bouwconcerns in een samenwerkingsverband, nog meer asfaltcentrales (gezamenlijk) exploiteert.

121.

Aantal asfaltcentrales: 51						
Netwerk	KWS	BN	Heijmans	HBG	Dura Vermeer	BAM-NBM
KWS	x	10	6	10	12	12
BN		x	4	6	7	7
Heijmans			x	3	3	6
HBG				x	9	9
Dura Vermeer					X	9
BAM-NBM						X

Tabel 7. Overzicht van het aantal asfaltcentrales dat wordt geëxploiteerd door het aantal samenwerkingsverbanden waarin door de zes bouwconcerns in wisselende samenstelling met elkaar wordt geparticipeerd. Voorbeeld: KWS en BN exploiteren gezamenlijk tien asfaltcentrales, door middel van zeven (zie tabel 6) samenwerkingsverbanden. Zie bijlage 1 bij dit besluit.

7.7 Mededingingsbeperkingen

122. Toepassing van het bovenvermelde toetsingskader (zie randnummers 46 tot en met 121) op de samenwerkingsovereenkomst, leidt tot de navolgende overwegingen.

7.7.1 De markt voor de productie van asfalt

123. De markt voor de productie van asfalt is een relevante markt waarop de onderhavige samenwerkingsovereenkomst rechtstreeks betrekking heeft (zie randnummer 81).

7.1.1.1 Beperking van de productie

124. In artikel 9, lid 1 van de samenwerkingsovereenkomst staat vermeld dat de vennoten welke in ACS participeren, gedurende de looptijd van deze overeenkomst geen nieuwe asfaltproductiecapaciteit zullen scheppen in het thans voorziene afzetgebied⁴⁵ van ACS. Deze verplichting geldt ook voor partijen die gedurende de looptijd van ACS uit ACS treden.

125. De samenwerkingsovereenkomst is in werking getreden per 1 januari 1993. De samenwerkingsovereenkomst is in beginsel aangegaan voor onbepaalde tijd. Echter na iedere periode van vijf jaar wordt door de vennoten beoordeeld of sprake is van een dusdanige overmaat aan asfaltproductiecapaciteit zodat een voortgezette samenwerking volgens vennoten noodzakelijk is.

⁴⁵ Aanvraagster omschrijft het afzetgebied als de stedendriehoek Apeldoorn Deventer Almelo.

126. De verplichting voor Partijen, die gedurende de looptijd van deze samenwerkingsovereenkomst uit de ACS treden, om geen nieuwe asfaltproductiecapaciteit te zullen scheppen in het thans voorziene afzetgebied van ACS strekt ertoe te verhinderen dat binnen het door het beding bestreken gebied, naast de asfaltcentrales van Partijen, een andere / nieuwe asfaltcentrale wordt opgericht. Het is voor Partijen onmogelijk, in het geval dat zij niet langer participeren in het onderhavige samenwerkingsverband, gedurende de looptijd van de samenwerkingsovereenkomst een nieuwe asfaltcentrale te vestigen in een bepaald geografisch gebied. Met de toekenning van een exclusief gebied wordt de (potentiële) concurrentie tussen de asfaltcentrales binnen een bepaald geografisch gebied beperkt. Het beding strekt er derhalve toe dat de Partijen worden beperkt in het doen van nieuwe investeringen en het scheppen van nieuwe asfaltproductiecapaciteit.
127. Geconcludeerd wordt dat het beding ertoe strekt dat de (potentiële) mededinging op de markt voor de productie van asfalt wordt beperkt (zie randnummer 54). Het beding leidt er tevens toe dat de toetreding tot de markt voor het verwerken van asfalt potentieel wordt bemoeilijkt.
128. De Groepsvrijstelling is niet van toepassing op overeenkomsten die, direct of indirect, tot doel hebben de productie te beperken.⁴⁶ Dergelijke overeenkomsten strekken ertoe de mededinging te beperken.⁴⁷ De Groepsvrijstelling is echter wel van toepassing wanneer een productiebeperking de vaststelling van de capaciteit en het productievolume van de gemeenschappelijke onderneming betreft. Deze uitzondering is niet van toepassing op het onderhavige beding, aangezien dit beding ziet op het verhinderen van het scheppen van nieuwe capaciteit in het betrokken gebied.⁴⁸
129. Derhalve beperkt de verplichting voor Partijen, die gedurende de looptijd van de samenwerkingsovereenkomst uit ACS treden, om geen nieuwe asfaltproductiecapaciteit te zullen scheppen in het thans voorziene afzetgebied⁴⁹ van ACS, zoals vermeld in artikel 9, lid 1 van de samenwerkingsovereenkomst, de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

7.1.1.2 Coördinatie van het concurrentiegedrag

130. In het onderhavige geval betrekken Partijen in de asfaltcentrale direct een zeer groot deel, tussen de 90 en 100%, van het geproduceerde asfalt. Dit asfalt moet worden gezien als “captive” (gebonden) productie; zij wordt niet geleverd aan de “vrije markt”. Slechts ongeveer 10% van het geproduceerde asfalt wordt aan de “vrije markt” geleverd. Dit betreft het gedeelte dat door derden (d.w.z. niet zijnde Partijen bij de samenwerkingsovereenkomst) wordt afgenomen. Deze derden zijn in het algemeen kleine wegenbouwers. Deze situatie doet zich voor bij bijna alle asfaltcentrales in Nederland (zie randnummer 91). Derhalve speelt het gezamenlijk marktaandeel van Partijen op de markt voor de productie van asfalt geen directe rol

⁴⁶ Groepsvrijstelling, artikel 5, lid 1 en Richtsnoeren, overweging 90.

⁴⁷ Richtsnoeren, overweging 90.

⁴⁸ Groepsvrijstelling, artikel 5, lid 2, sub a en Richtsnoeren, overweging 90.

⁴⁹ Aanvraagster omschrijft het afzetgebied als de stedendriehoek Apeldoorn Deventer Almelo.

bij de beoordeling van het samenwerkingsverband in zijn geheel.⁵⁰

7.7.2 De markt voor het asfalteren van wegen

131. Zoals in randnummer 85 is aangegeven, is de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland een relevante markt waarop deze samenwerkingsovereenkomst betrekking heeft.
132. Negatieve effecten voor de mededinging op deze markt kunnen zich tussen Partijen voordoen, indien zij daadwerkelijk dan wel potentieel concurrenten van elkaar zijn op de onderhavige markt. Aangezien alle betrokken Partijen in Nederland actief zijn als wegenbouwers, kan in het onderhavige geval worden gesteld dat Partijen daadwerkelijk dan wel potentieel concurrent van elkaar zijn op de markt voor het asfalteren van wegen (asfaltverwerkingsmarkt).

7.7.3 Groepsvrijstelling

133. In de eerste plaats dient te worden beoordeeld in hoeverre de onderhavige samenwerkingsovereenkomst valt binnen het toepassingsbereik van de Groepsvrijstelling (zie randnummer 52 e.v.).
134. In ACS wordt geparticipeerd door Heijmans, HBG, KWS, en Dura Vermeer. Partijen zijn direct, of indirect door middel van dochterondernemingen (waaronder de vennoten van ACS), actief in de verwerking van asfalt (= wegenbouwers). Het merendeel, 90 tot 100%, van het door ACS geproduceerde asfalt wordt afgenomen door Partijen.
135. Om binnen het toepassingsbereik van de Groepsvrijstelling te vallen dient allereerst sprake te zijn van een "specialisatieovereenkomst" in de zin van artikel 1 van de Groepsvrijstelling.
136. De Groepsvrijstelling is (onder meer) van toepassing op overeenkomsten betreffende gezamenlijke vervaardiging waarbij twee of meer partijen zich ertoe verbinden bepaalde producten gezamenlijk te vervaardigen.⁵¹ Uit hetgeen onder randnummer 8 is weergegeven, blijkt dat in het onderhavige geval sprake is van gezamenlijke vervaardiging / productie van asfalt. Derhalve is de samenwerkingsovereenkomst een "specialisatieovereenkomst" in de zin van artikel 1, lid 1, sub c, van de Groepsvrijstelling.
137. De markt voor het asfalteren van wegen in Nederland is een relevante markt waar de samenwerking betrekking op heeft (zie randnummers 52 en 62). Op deze relevante markt hebben Partijen een gezamenlijk marktaandeel van ruim 30% (zie tabel 8 in randnummer 138). Aangezien Partijen een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 20% op een relevante markt hebben, valt de samenwerkingsovereenkomst niet binnen het toepassingsbereik van de Groepsvrijstelling.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld ook het besluit van de d-g NMa in zaak 1331, *PNEU/MEGA – EDON*, d.d. 20 oktober 1999, ov. 67.

⁵¹ Groepsvrijstelling, artikel 1, lid 1, sub c.

138.

Partijen	Marktaandeel 1998	Marktaandeel 1999	Marktaandeel 2000
KWS	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]
HBG	[5-10%]	[5-10%]	[0-5%]
Heijmans	[10-15%]	[10-15%]	[10-15%]
Dura Vermeer	[5-10%]	[5-10%]	[0-5%]
TOTAAL	36,3%	35,8%	34,5%

Tabel 8. Overzicht van de marktaandelen voor 1998, 1999 en 2000 van Partijen op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland.⁵²

7.7.4 Gevolgen van de samenwerking

139. Wanneer het gecombineerde marktaandeel van de partijen groter is dan 20%, moeten de waarschijnlijke gevolgen van de samenwerking voor de markt worden beoordeeld (zie randnummer 63). In dit kader wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan het gezamenlijk marktaandeel van Partijen, de uniformering van de kosten, de toetredingsdrempels en aan netwerkeffecten.⁵³

7.7.4.1 Marktpositie van Partijen

140. Het marktaandeel van ruim 30% brengt met zich dat Partijen over een sterke positie beschikken op de markt voor het asfalteren van wegen (zie randnummer 138).

7.7.4.2 Uniformering van kosten

141. De gezamenlijke productiekosten van asfalt maken een zeer groot gedeelte uit van de totale kosten van het asfalteren van wegen (zie tabel 2 in randnummer 101). Daarnaast voegen, zoals blijkt uit tabel 9, Partijen hun activiteiten met betrekking tot de productie van asfalt in zeer ruime zin samen, aangezien de gezamenlijke productie van asfalt een groot percentage vormt van de totale productie van asfalt van Partijen (zie ook tabel 3, randnummer 103).

142.

	2000	1999	1998
KWS	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
HBG	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
Heijmans	[70% - 80%]	[70% - 80%]	[70% - 80%]
Dura Vermeer	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]

Tabel 9. Het percentage dat de gezamenlijke productie van asfalt van Partijen vormt van hun totale productie van asfalt, voor de jaren 1998, 1999 en 2000.

⁵² Het marktaandeel van de bouwconcerns is berekend op basis van de landelijk door hen afgenomen hoeveelheid asfalt uit alle asfaltcentrales in Nederland, afgezet tegen de totale geproduceerde hoeveelheid asfalt door alle asfaltcentrales in Nederland.

⁵³ Richtsnoeren, overweging 29, 30, 93, 94, 96 en 97.

143. Derhalve is sprake van een zeer sterke mate van uniformering van de kosten op de markt voor het asfalteren van wegen (zie randnummer 59).
144. Uit tabel 10 volgt dat de gezamenlijke productie van Partijen, althans de productie door middel van een samenwerkingsverband, voorziet in (bijna) de gehele behoefte van Partijen aan asfalt (zie ook tabel 4, randnummer 105).

145.

	2000	1999	1998
KWS	[80% - 90%]	[80% - 90%]	[80% - 90%]
HBG	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]
Heijmans	[50% - 60%]	[50% - 60%]	[50% - 60%]
Dura Vermeer	[90% - 100%]	[90% - 100%]	[90% - 100%]

Tabel 10. De productie van asfalt in asfaltcentrales die worden geëxploiteerd door samenwerkingsverbanden in Nederland waarin Partijen, in wisselende samenstelling, participeren, als percentage van de totale afname van asfalt door Partijen in Nederland.

146. Uit de randnummers 141 tot en met 145 blijkt dat een zeer groot gedeelte van de totale kosten van het asfalteren van een weg door Partijen wordt geüniformeerd. Hierdoor blijft maar een klein gedeelte van de totale kosten over waarop Partijen (wegenbouwers) onderling kunnen concurreren. Het delen van een dermate groot percentage van de kosten heeft onvermijdelijk tot gevolg dat op een groot gedeelte van de verkoopprijs de concurrentie is uitgeschakeld.⁵⁴

7.4.4.3 Toetredingsbelemmeringen

147. Voorts is van belang of er toetredingsbelemmeringen aanwezig zijn.⁵⁵ De markt voor de productie van asfalt kenmerkt zich door haar starre structuur. Er vindt weinig toe- of uitreding plaats. Dit vindt mede zijn oorzaak in de strenge vergunningseisen die worden gesteld aan de bouw van een asfaltcentrale. Ook de import van asfalt is minimaal, hetgeen samenhangt met de beperkte vervoersafstand van asfalt en de verschillende eisen die per land aan het product asfalt worden gesteld. Daarnaast is het in Nederland vaste praktijk dat de exploitanten van een asfaltcentrale direct een zeer groot deel, tussen de 90 en 100%, van het geproduceerde asfalt betrekken. Er wordt derhalve maar weinig asfalt geleverd aan derden (de "vrije markt"). Het betreft hier met name kleine wegenbouwers.

7.4.4.4 Netwerkeffecten

148. Partijen participeren in een groot aantal samenwerkingsverbanden, waarmee tevens een groot aantal asfaltcentrales wordt geëxploiteerd (zie tabel 5, randnummer 117). Vooral omdat Partijen niet in slechts één, maar in meerdere samenwerkingsverbanden participeren, zijn de onderlinge verbanden talrijk en is de onderlinge beïnvloeding van het marktgedrag groot. Partijen

⁵⁴ Richtsnoeren, overweging 21- 23 en 84 en het besluit op bezwaar van de d-g NMa in zaak 62o, *Nederzand*, d.d. 21 augustus 2001, randnummer 73.

⁵⁵ Richtsnoeren, overweging 93, 94 en 96.

participeren in meerdere netwerken van samenwerkingsverbanden. Door de participaties van Partijen ontstaan tussen hen kruisverbanden (zie tabel 6 in randnummer 119 en tabel 7 in randnummer 121).

149. Partijen participeerden per 1 februari 2002, in wisselende samenstelling, in de exploitatie van 29 van de ongeveer 51 asfaltcentrales in Nederland (zie tabel 11). In deze 29 asfaltcentrales wordt ongeveer 69% van het asfalt in Nederland geproduceerd en deze asfaltcentrales vertegenwoordigen tevens ongeveer 68% van de productiecapaciteit van de Nederlandse asfaltcentrales.

150.

Asfaltcentrales	Participaties van Partijen
Asfalt Centrale Stedendriehoek te Deventer	KWS, HBG, Heijmans en Dura Vermeer
Asfalt Productie Westerbroek	HBG, Heijmans en KWS
Asfalt Productie Kootstertille	Heijmans, HBG, KWS en Dura Vermeer
Asfalt Centrale Bovenveld te Ommen	KWS
Asfalt Productie de Eem te Eemnes	KWS en Dura Vermeer
Asfalt Centrale Utrecht	KWS
Asfalt Centrale Doetinchem	KWS en Heijmans
Asfalt Productie Nijmegen	KWS
Asfalt Productie Maatschappij te Bergen op Zoom	KWS en Dura Vermeer
Asfalt Centrale Eindhoven	KWS en Heijmans
Asfalt Centrale Limburg te Stein	KWS
Asfalt Productie Noord-Holland met vier asfaltcentrales	KWS, HBG en Dura Vermeer
Asfalt Centrale Zwijndrecht	Heijmans
Asfalt Centrale Alphen aan de Rijn	Heijmans
Asfalt Centrale Tilburg	HBG
Brabantse Asfalt Centrale te Helmond	Heijmans
Venlose Asfaltfabriek	Heijmans
Asfalt Centrale Nijkerk	HBG
Almelose Asfalt Centrale	KWS, Heijmans en Dura Vermeer
Asfalt Centrale Gouda	KWS
Asfalt Centrale Den Bosch	Heijmans
Asfalt Centrale Roosendaal	Heijmans
Asfalt Centrale Dordrecht	KWS
Rotterdamse Haagse Asfalt Combinatie met drie asfaltcentrales	KWS, HBG en Dura Vermeer

Tabel 11. Overzicht van de asfaltcentrales in Nederland waarin wordt deelgenomen door Partijen. Zie bijlage 1 bij dit besluit.

151. Door het feit dat Partijen participeren in meerdere samenwerkingsverbanden, wordt tussen deze samenwerkingsverbanden, en dus tussen Partijen, niet met dezelfde intensiteit geconcurrerd als anders het geval zou zijn (d.w.z. indien er geen verschillende netwerken van samenwerkingsverbanden zouden zijn).⁵⁶
152. Derhalve wordt geconstateerd dat de asfaltproductie zich kenmerkt door een zeer grote mate van horizontale samenwerking en onderlinge verwevenheid tussen Partijen. Bijna al het asfalt dat gezamenlijk geproduceerd wordt door Partijen, wordt tevens door hen afgenomen (zie tabel 10 in randnummer 145). Dit brengt mee dat de markt voor de productie van asfalt en de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland nauw met elkaar verbonden zijn.
153. Aangezien Partijen deel uitmaken van deze netwerken zijn zij hierdoor in staat op het gebied waar zij in een daadwerkelijk concurrentiële verhouding tot elkaar staan (het niveau waar de directe concurrentie plaatsvindt), namelijk de markt voor het asfalteren van wegen (verwerkingsmarkt), over te gaan tot uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie, zoals investeringsbeslissingen, capaciteitsbenutting en prijszetting. Voorts ontstaat door deze participaties een parallel in belangen tussen Partijen.
154. De totaliteit van de vele onderlinge relaties tussen participanten in samenwerkingsverbanden heeft een aanzienlijke dempende werking op de concurrentie op de nationale markt voor het asfalteren van wegen.
155. Op grond van het voorgaande wordt geconcludeerd dat de geconstateerde sterke banden tussen Partijen de economische stimulans, om op de markt voor het asfalteren van wegen onderling intensief te concurreren, sterk vermindert.

7.4.4.5 Conclusie

156. Allereerst wordt opgemerkt dat het product asfalt onontbeerlijk is voor de markt voor het asfalteren van wegen. De gezamenlijke productie van Partijen voorziet in (bijna) de gehele behoefte van Partijen aan asfalt, hetgeen meebrengt dat de samenwerking op de markt voor de productie van asfalt in het onderhavige geval noodzakelijkerwijs leidt tot de coördinatie van het concurrentiegedrag op de verwerkingsmarkt. Daarnaast wordt bijna al het asfalt dat wordt geproduceerd door Partijen door hen afgenomen. Vervolgens wordt dit asfalt direct verwerkt door Partijen. De markt voor de productie van asfalt en de markt voor het asfalteren van wegen zijn onderling afhankelijk en met elkaar verbonden. Derhalve is sprake van spill-over effecten. Uit tabel 8 (zie randnummer 137) is gebleken dat Partijen gezamenlijk een sterke positie innemen op de markt voor het asfalteren van wegen (= spill-over markt).
157. Gezien de hiervoor genoemde factoren, te weten: de sterke positie van Partijen op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland, het zeer grote aandeel van de gezamenlijk gemaakte kosten in de prijs, de hoge toetredingsdrempels en de sterke netwerkeffecten (zie

⁵⁶ Zie voor een soortgelijke analyse de beschikking van de Commissie in *Optische vezels* (reeds aangehaald).

randnummer 133 e.v.), valt de samenwerkingsovereenkomst onder de reikwijdte van artikel 6, eerste lid, Mw.

7.8 Toepasselijkheid van artikel 17 Mw

158. Artikel 17 Mw luidt:

“De directeur-generaal kan op aanvraag een ontheffing verlenen van het verbod van artikel 6, eerste lid, voor overeenkomsten (...) die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:

- a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of
- b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.”

159. Aanvraagster heeft aangegeven dat de samenwerkingsovereenkomst niet onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw valt. Zij beschouwt deze samenwerkingsovereenkomst als een herstructureringsregeling ter sanering van een deel van de Nederlandse asfaltproductiebranche. Overeenkomstig de vaste praktijk van de d-g NMa⁵⁷ en de Commissie⁵⁸ kunnen dergelijke saneringsovereenkomsten echter de mededinging beperken, waardoor het “herstructureringsargument” bij de toepasselijkheid van artikel 17 Mw dient te worden beoordeeld. In het onderhavige besluit zal eerst apart worden ingegaan op de “herstructureringsargumenten” van aanvraagster, alvorens andere argumenten van aanvraagster inzake de ontheffingsvoorwaarden worden beoordeeld.

7.8.1 Crisiskartel

160. In haar twaalfde Mededingingsverslag (pp. 47-48) heeft de Commissie een aantal uitgangspunten geformuleerd voor de beoordeling van mededingingsbeperkende overeenkomsten die ertoe strekken structurele overcapaciteit in de sector te verkleinen (ook wel 'crisiskartels' genaamd).⁵⁹ De Commissie wijst er op dat ondernemingen in de eerste plaats individueel moeten beoordelen of en vanaf welk moment hun overcapaciteiten economisch niet meer te dragen zijn en het aan hen is om de nodige maatregelen te nemen om deze te verminderen. Binnen een bepaalde sector die zich in een crisis bevindt zorgen de economische omstandigheden evenwel niet noodzakelijkerwijs voor de vermindering van de overcapaciteiten die het minst rendabel zijn. Daarom kan voor een crisiskartel ontheffing worden verleend als voldaan is aan een aantal strikte criteria. Deze criteria van de Commissie zullen in het navolgende als richtlijn dienen bij de beoordeling of ACS als saneringskartel voldoet aan de vier

⁵⁷ Besluit van de d-g NMa in zaak 374, *Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen*, d.d. 23 maart 1999, ov. 61 en 66 – 86.

⁵⁸ Beschikking van de Commissie van 29 april 1994, *Stichting Baksteen*, Pb L 131/15 van 26 mei 1994.

⁵⁹ Mededingingsverslag van de Commissie (1982), pp. 47-48. Zie ook haar 23^e Mededingingsverslag (1993), pp. 52-55.

vrijstellingscriteria van artikel 17 Mw.⁶⁰

161. Van een structurele overcapaciteit is sprake indien na verloop van langere tijd alle betrokken ondernemingen een sterke vermindering van de benuttingsgraad van de capaciteiten vertonen, hun productie hebben zien teruglopen en dientengevolge aanzienlijke exploitatieverliezen hebben geleden, en indien op grond van beschikbare informatie op middellange termijn geen duurzame verbetering van de situatie in zicht is.
162. Bij de beoordeling of in het onderhavige geval sprake is van overcapaciteit moet rekening worden gehouden met de specifieke kenmerken van de asfaltsector in Nederland. Bij neerslag of te lage temperaturen kan niet worden geasfalteerd. Dit heeft in Nederland onder meer tot gevolg dat in de winter weinig wegen worden aangelegd, verbreed, onderhouden of gerepareerd. In januari en februari wordt zelfs nauwelijks geasfalteerd (zie randnummer 93).
163. Deze sterke fluctuatie in de vraag naar asfalt maakt het noodzakelijk dat de productiecapaciteit van een asfaltcentrale aanzienlijk groter is dan de gemiddelde vraag over een kalenderjaar, zodat aan de pieken in de vraag kan worden voldaan. Onvolledige benutting in rustige tijden (winter, slecht weer) is dan ook inherent aan de branche. Deze 'inherente' onvolledige benutting kan niet gelden als overcapaciteit die een mededingingsbeperkende samenwerking kan rechtvaardigen.
164. Om in aanmerking te komen voor ontheffing conform de criteria van de Commissie moet de saneringsregeling de sector in zijn geheel betreffen en is verder vereist dat de samenwerkende ondernemingen ten aanzien van de overcapaciteit een gedetailleerd en dwingend programma hebben opgesteld, waarin staat hoeveel capaciteit per productieplaats wordt gesloten, op welke termijn dit zal gebeuren, hoe een en ander wordt verrekend met het oog op de beëindiging van de samenwerking, alsmede de overige noodzakelijke afspraken.
165. Vastgesteld wordt dat aan verschillende voorwaarden die worden gesteld voor het verlenen van ontheffing aan een saneringskartel niet is voldaan. De eerste overweging in dit verband is dat momenteel geen sanering gaande is en dat evenmin een sanering is voorgenomen voor de nabije toekomst. Nog afgezien van de vraag of de door aanvraagster bedoelde capaciteitsvermindering is aan te merken als sanering, kan worden opgemerkt dat zij al een aantal jaar geleden is gerealiseerd.
166. Aanvraagster heeft zelf ook verklaard dat de door haar beoogde sanering al voor de oprichting van ACS was afgerond.
167. Verder betreft de aangemelde regeling niet de gehele sector en is hierbij geen dwingend programma opgesteld. Deze vereisten zijn essentieel, omdat niet aannemelijk is dat het in een

⁶⁰ Zie voor een eerdere toepassing van deze criteria door de NMa: besluit van de d-g NMa in zaak 374 *Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen* d.d. 23 maart 1999, ov. 61 en 66 – 86.

individueel samenwerkingsverband sluiten van productiecapaciteit leidt tot een algehele sanering of hiertoe bijdraagt. Zonder een sector-dekkend dwingend sluitingsprogramma mag niet worden aangenomen dat in de sector geen nieuwe capaciteit wordt gecreëerd die een eventueel gerealiseerde capaciteitsreductie teniet doet. Ten slotte is het, door het “open-einde-karakter” van ACS (zie randnummer 7), niet aannemelijk dat de samenwerking wordt beëindigd.

7.8.2 Verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang

168. Bij een verzoek om ontheffing is het in de eerste plaats aan aanvraagster om de gronden aan te voeren waarmee kan worden vastgesteld dat is voldaan aan de ontheffingsvoorwaarden.⁶¹ Na bestudering van de ontheffingsaanvraag heeft de NMa aanvraagster dan ook gewezen op het belang om, uitgebreider en concreter dan in de ontheffingsaanvraag, uiteen te zetten waarom zij meent in aanmerking te komen voor ontheffing en dit zoveel mogelijk te onderbouwen met feitelijk materiaal. De NMa heeft dit laatste nog eens specifiek benadrukt ten aanzien van de door aanvraagster veronderstelde voordelen.
169. Desgevraagd heeft aanvraagster evenwel niet afdoende inzichtelijk gemaakt om welke al gedane of toekomstige investeringen het zou gaan, hoe groot deze zouden zijn en welke voordelen zij opleveren wat betreft rentabiliteit, kostenbesparingen, verspilling, milieu, veiligheid en efficiëntie. Bovendien dwingt concurrentie in het algemeen juist tot kostenbesparingen, bestrijding van verspillingen en efficiëntie. Het is daarnaast niet duidelijk of en in hoeverre de investeringen die hiertoe klaarblijkelijk zijn gedaan, voortvloeien uit de samenwerking en zonder deze samenwerking niet zouden zijn gedaan.
170. Aanvraagster heeft ten aanzien van de belasting van het milieu aangegeven dat de landelijke emissiecijfers zijn teruggedrongen. Het is evenwel niet duidelijk of en in hoeverre de investeringen die hiertoe klaarblijkelijk zijn gedaan, voortvloeien uit de samenwerking en zonder deze samenwerking niet zouden zijn gedaan.
171. Aanvraagster heeft niet aangetoond welke concrete efficiëntie- en kwaliteitsvoordelen door de samenwerking mogelijk zijn gemaakt en dat de samenwerking ‘netto’ bijgedragen heeft aan een grotere efficiëntie (in de vorm van kostenbesparingen of anderszins) of een hoogwaardiger productie. Omdat de onderlinge concurrentie tussen Partijen ten aanzien van asfaltproductie is uitgeschakeld, is een belangrijke bron van concurrentiedruk verdwenen. De stimulans voor de aandeelhouders om efficiënt te werken en de productie in brede zin te optimaliseren is hierdoor substantieel kleiner.

⁶¹ Zie o.a. Hof van Justitie, *Remia t. Commissie*, Jur. 1985, 2545, r.o. 45, Rechtbank Rotterdam, 16 mei 2001, MEDED 99/2584-SIMO, KNMvD t. d-g NMa en het besluit van de d-g NMa in de gevoegde zaken 652 en 145; *inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*, d.d. 13 oktober 2000, ov. 89.

172. Aanvraagster heeft derhalve niet voldoende aangetoond dat de samenwerkingsovereenkomst als zodanig bijdraagt aan een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang.

7.8.3 Billijk aandeel voor de gebruikers

173. Zelfs indien wordt aangenomen dat de samenwerkingsovereenkomst zou bijdragen aan een verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang, is niet aangetoond dat een billijk aandeel in dergelijke voordelen aan de gebruikers ten goede is gekomen of zal komen. Door aanvraagster is niet aangetoond dat dit in de praktijk is opgetreden door bijvoorbeeld lagere prijzen.
174. Het is niet aannemelijk gemaakt dat de gebruiker (de opdrachtgever voor de aanleg van een weg) profiteert van de voordelen van de onderlinge samenwerking tussen Partijen ten aanzien van asfaltproductie door middel van de ingebrachte asfaltcentrales. De concurrentie tussen Partijen op het gebied van het produceren van asfalt is uitgeschakeld omdat Partijen bijna al het asfalt dat zij verwerken gezamenlijk produceren (zie randnummers 141 tot en met 146). Op het gebied van het verwerken van asfalt is de concurrentie tussen Partijen zeer beperkt, met name door de netwerkeffecten (zie randnummers 148 tot en met 155). Hierdoor is de economische stimulans voor de aandeelhouders om de voordelen van een betere benuttingsgraad door te geven aan gebruikers substantieel verminderd. Mede gezien de sterke positie van Partijen op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland en de structurele banden tussen Partijen met betrekking tot andere asfaltcentrales is niet aannemelijk dat ACS een dermate intensieve concurrentie ondervindt dat deze 'restconcurrentie' op zich al garandeert dat een billijk aandeel van de voordelen van de samenwerking ten goede komt aan gebruikers. Door verminderde concurrentie is er minder druk om kosten te reduceren en product- en procesinnovaties door te voeren.
175. Aanvraagster heeft derhalve niet voldoende aangetoond dat de samenwerkingsovereenkomst als zodanig aan de voorwaarde voldoet dat een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen aan de gebruikers ten goede komt.

7.8.4 Onmisbaarheid

176. De aandeelhouders van ACS zijn (dochterondernemingen van) Heijmans, HBG, KWS en Dura Vermeer. Al deze bouwbedrijven hebben afzonderlijk een omzet die meer dan EUR 500 miljoen bedraagt. Niet is aangetoond dat deze ondernemingen niet in staat zijn ieder voor zich de investeringen te dragen die zijn gemoeid met het exploiteren van een asfaltcentrale. Ook kan worden gewezen op het feit dat 17 van de 51 asfaltcentrales door slechts één onderneming worden geëxploiteerd (zie randnummer 90). Verder beschikten Partijen al voorafgaand aan de samenwerking over de kennis en ervaring die nodig is om op de markt voor de productie van asfalt actief te zijn. Partijen waren al vóór de inwerkingtreding van de samenwerkingsovereenkomst in 1999 op de markt voor de productie van asfalt actief.

177. Het is niet aangetoond dat samenwerking tussen Partijen nodig is om nieuwe of hoogwaardiger producten te ontwikkelen en te produceren. Voor zover een vorm van samenwerking onmisbaar zou zijn, is bovendien niet in te zien waarom bijvoorbeeld minder mededingingsbeperkende alternatieven als gezamenlijk onderzoek en/of het verlenen van licenties niet mogelijk zouden zijn.
178. Aanvraagster heeft gesteld dat het niet mogelijk is dat iedere aannemer, die actief is in de wegenbouw, zelf één of meer asfaltcentrales in stand houdt, omdat dit eenvoudigweg niet kan renderen. Het is aannemelijk dat één van de redenen waarom de aandeelhouders samen asfaltcentrales exploiteren, is dat zij hierdoor ten behoeve van hun wegenbouwactiviteiten in de regio een betere 'toegang' hebben tot asfalt dan als zij zijn aangewezen op leveranciers waarvan zij geen (mede-) eigenaar zijn of die uitsluitend eigendom is van een concurrent. Het is evenwel geen rechtvaardiging voor een mededingingsbeperkend horizontaal samenwerkingsverband. In dit verband kan er op worden gewezen dat in de Nederlandse asfaltproductiesector ook wordt gewerkt met 'afhaalcontracten' in plaats van samenwerkingsverbanden.⁶² Dit houdt in dat een asfaltproducent en een asfaltverwerker (= wegenbouwer) afspraken maken over de afname van een bepaalde hoeveelheid asfalt over een bepaalde periode. Op deze manier kan elke asfaltverwerker (onafhankelijk van een eventuele deelname in een asfaltcentrale) verzekerd zijn van asfalttoevoer. Ook in dit opzicht is de samenwerking daarom niet noodzakelijk. Daarbij is niet aangetoond dat asfaltverwerkers bij het afsluiten van afhaalcontracten voor leveringen door derden moeilijkheden ondervinden.
179. Aanvraagster heeft derhalve niet voldoende aangetoond dat de samenwerkingsovereenkomst als zodanig onmisbaar is om de door aanvraagster aangevoerde efficiëntie- en andere voordelen te bereiken.

7.8.5 Restconcurrentie

180. Uit het vorenstaande blijkt dat aan drie van de vier cumulatieve ontheffingsvoorwaarden, zoals neergelegd in artikel 17 Mw, niet is voldaan. Derhalve zal in het onderhavige geval niet worden nagegaan of er al dan niet voldoende restconcurrentie blijft bestaan.

8 Aanpassingsvoorstel

181. Zoals reeds aangegeven in randnummer 27 heeft aanvraagster een aanpassingsvoorstel ingediend, om te bewerkstelligen dat de samenwerkingsovereenkomst niet langer onder de reikwijdte van het kartelverbod valt.
182. De moederondernemingen van de vennoten van ACS zijn Heijmans, HBG, KWWS en Dura Vermeer.

⁶² Aldus het KPMG-rapport, p. 26.

183. Aanvraagster heeft het volgende aanpassingsvoorstel ingediend ten aanzien van ACS, te weten: De Vennootschap onder Firma ACS wordt omgevormd tot een Besloten Vennootschap (hierna: BV). Heijmans zal uit ACS treden. Het voorstel van aanvraagster komt er op neer dat de meerderheid van de aandelen alsmede de uitsluitende zeggenschap in de BV in handen komen van Dura Vermeer. KWS en HBG behouden elk een minderheidsdeelneming zonder enige vorm van zeggenschap en zonder vertegenwoordiging in de bestuursorganen van de BV. Volgens aanvraagster wordt iedere vorm van uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen de laatstgenoemde aandeelhouders hierdoor uitgesloten.
184. Volgens aanvraagster voldoet deze oplossing aan de randvoorwaarden zoals die door het Hof van Justitie in het zogenaamde "Philip Morris arrest"⁶³ zijn aangedragen.

8.1 Beoordeling aanpassingsvoorstel

185. De door aanvraagster gedane voorstellen liggen ver af van de door de NMa in de loop van de procedure geschetste contouren van oplossingsrichtingen en kunnen ook anderszins de gesignaleerde mededingingsproblemen niet ondervangen (zie ook randnummers 139 tot en met 156). In ACS zou, na implementatie van het aanpassingsvoorstel, worden deelgenomen door drie grote landelijke wegebouwers, te weten: Dura Vermeer, KWS en HBG. Door de voorstellen worden de sterke gezamenlijke positie van de drie overblijvende deelnemers in ACS op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland (marktaandeel van ongeveer 35%⁶⁴), alsmede de hoge uniformering van kosten, niet weggenomen. De gezamenlijke productie van de drie overblijvende deelnemers in ACS voorziet in (bijna) de gehele behoefte van de drie overblijvende deelnemers in ACS aan asfalt, hetgeen meebrengt dat de samenwerking op de markt voor de productie van asfalt in het onderhavige geval noodzakelijkerwijs leidt tot de coördinatie van het concurrentiegedrag op de markt voor het asfalteren van wegen in Nederland.
186. Door de NMa is gedurende het proces meerdere keren expliciet aangegeven dat de door Partijen gedane suggesties met betrekking tot ACS niet door de NMa geaccepteerd kunnen worden. De d-g NMa is van mening dat het coördinatiegevaar tussen de betrokken bouwondernemingen (aandeelhouders) door deze oplossing niet wordt weggenomen. Hoewel op papier wellicht de indruk kan worden gewekt dat de asfaltcentrale onafhankelijk van haar aandeelhouders kan opereren en dat de aandeelhouders onderling geen commercieel gevoelige informatie kunnen uitwisselen, bestaan er in de praktijk onvoldoende waarborgen om deze onafhankelijkheid daadwerkelijk te bewerkstelligen en derhalve heeft de d-g NMa weinig vertrouwen in de daadwerkelijke onafhankelijkheid van de asfaltcentrale ten opzichte van de bouwondernemingen en in het daadwerkelijk uitblijven van de uitwisseling van commercieel

⁶³ Hof van Justitie, gevoegde zaken 142 en 156/84, *British American Tobacco company ltd en R.J.Reynolds Industries, Jr.* 1987, blz. 4487.

⁶⁴ Dit betreft de marktaandelen uit 2000, waarbij het marktaandeel van Van Kessel bij KWS is opgeteld en de marktaandelen van BAM-NBM en HBG zijn samengevoegd. Zie tabel 1 en voetnoot 37 en 38.

gevoelige informatie tussen de aandeelhouders. Overigens is al dan niet hebben van zeggenschap van de aandeelhouders niet bepalend voor de beoordeling van samenwerkingsverbanden tussen concurrerende ondernemingen.

187. Ten slotte is het bovengenoemde Philip Morris-arrest niet op de onderhavige samenwerkingsovereenkomst van toepassing. In het Philip Morris-arrest betrof het namelijk de situatie van een deelneming van een onderneming in een concurrerende onderneming. Bij de asfaltzaken betreft het twee of meer concurrerende ondernemingen die gezamenlijk een asfaltcentrale exploiteren. Het betreft hier dus een onvergelykbare situatie en derhalve doet het betoog van aanvrager geen opgeld.
188. De toezeggingen van aanvrager, zoals hierboven uiteengezet, liggen bovendien voornamelijk in de sfeer van gedragsverbintenissen. Echter, de verbintenissen dienen in hun uitwerking structureel van aard te zijn, aangezien alleen op deze wijze kan worden gewaarborgd dat een onderneming geen enkel economisch belang meer heeft bij een bepaalde asfaltcentrale.
189. Gelet op het voorgaande wordt het aanpassingsvoorstel van aanvrager niet gehonoreerd.

9 Conclusie

Op basis van het bovenstaande wordt geconcludeerd dat de aanvraag van ACS om ontheffing in de zin van artikel 17 Mw voor de aangemelde overeenkomst wordt afgewezen, aangezien deze overeenkomst in strijd is met het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw en niet in aanmerking komt voor een ontheffing op grond van artikel 17 Mw.

Datum: 26 februari 2003

w.g. Drs. R.J.P. Jansen
Wvd. directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16.326, 2500 BH Den Haag.

Bijlage 1

	Samenwerkingsverband	Moederondernemingen van de participanten in het samenwerkingsverband
1	Asfalt Productie Westerbroek	Ballast Nedam, BAM-NBM, HBG, Holding H2R, Heijmans, Dijkstra, KWS en Oosterhof Holman Beheer
2	Asfalt Productie Kootstertille	BN, BAM-NBM, Drawee, Dura Vermeer, Fernhout Groep, HBG, Heijmans, Dijkstra, KWS, Oosterhof Holman Beheer en Verhoeve Groep
3	Oost Groninger Asfaltcentrale Productie te Stadskanaal	Grevenberg, HG Fuhler, L. Schreuder, Hazelaar en Jaberio II
4	Asfalt Centrale Bovenveld te Ommen	KWS en Niemeyer Tholen Te Pas Holding
5	Asfalt Productie de Eem te Eemnes	KWS, BN, Dura Vermeer, Fernhout Groep en Gebr. Hogenbirk Groep
6	Asfalt Centrale Utrecht	KWS, BN en Jh. Mourik & Co. Holding
7	Asfaltcentrale Twente	BAM-NBM en Osol
8	Asfaltcentrale Stedendriehoek te Deventer	KWS, HBG, Heijmans en Dura Vermeer
9	Asfaltcentrale Doetinchem	KWS, Heijmans en Verhoeve
10	Asfalt Productie Noord-Holland met vier asfaltcentrales	KWS, HBG, BAM-NBM, Dura Vermeer, BN, Koop en Zuaech
11	Asfaltcentrale Gouda	KWS en Versluys
12	Rotterdamse Haagse Asfalt Combinatie met drie asfaltcentrales	KWS, HBG, BAM-NBM en Dura Vermeer
13	Asfalt Productie Maatschappij te Bergen op Zoom	KWS, BAM-NBM en Dura Vermeer en BV Zeeuwse Asfalt Onderneming
14	Asfalt Centrale Eindhoven	KWS en Heijmans
15	Asfaltcentrale Limburg te Stein	KWS en BAM-NBM
16	Noordelijke Asfalt Productie met twee asfaltcentrales	Reef en Koop
17	Asfalt Centrale Nijkerk	HBG en Van Gelder
18	Almelose Asfaltcentrale	BN, Holding H2R, Dura Vermeer, KWS, Heijmans
19	Asfaltcentrale Over-Betuwe te Huissen	BN, Heyting, Jaartsveld en Niemeyer Tholen Te Pas Holding
20	Asfalt Centrale Rivierenland	BN en Van Gelder
21	Asfaltcentrale Schiedam	BN, KWS en Rasenberg
22	Asfaltcentrale Zwijndrecht	Heijmans en BAM-NBM
23	Brabantse Asfaltcentrale te Helmond	BAM-NBM, Heijmans en BN
24	Venlose Asfaltfabriek	BAM-NBM en Heijmans
25	Echter Asfalt Centrale	Baars en Van den Biggelaar
26	Zeeuws Vlaamse Asfalt Centrale te Suiskil	KWS en Holding de vier Ambachten
27	Asfaltproductie Hoogblokland	KWS en BAM-NBM
28	Zuid Nederlandse Asfaltcentrale te Breda	Heijmans, BAM-NBM, Eishout wegenbouw en Wolfs aannemingsbedrijf

Openbaar

Tabel 1: overzicht van samenwerkingsverbanden die per 1-2-2002 asfaltcentrales exploiteren: 28 samenwerkingsverbanden die in totaal 34 asfaltcentrales exploiteren.

Zelfstandig geëxploiteerde asfaltcentrales

	Asfaltcentrale	Eigenaar
1	Asfaltcentrale Hasselt	AJS Holding
2	Asfaltcentrale Harderwijk	Bruil Verenigde Bedrijven Ede
3	Asfaltcentrale Hengelo	Reef Beheer
4	Asfaltcentrale Oldenzaal	Temminck
5	Asfaltcentrale Lochem	Dostal Wegenbouw
6	Asfaltcentrale Wageningen	Bruil Verenigde Bedrijven Ede
7	Asfaltcentrale Land van Cuijk	W. van den Oetelaar Beheer
8	Asfaltcentrale Alphen aan den Rijn	Heijmans
9	Asfaltcentrale Dordrecht	KWS
10	Asfaltcentrale Raamsdonkveer	Schapers aannemings- en handelsmaatschappij
11	Asfaltcentrale Breda	Rasenberg Wegenbouw
12	Asfaltcentrale Roosendaal	Heijmans
13	Asfaltcentrale Den Bosch	Heijmans
14	Asfaltcentrale Roermond	Janssen de Jonge Groep
15	Asfaltcentrale Tilburg	HBG
16	Asfaltcentrale Drenthe te Emmen	Reef
17	Asfalt Productie Nijmegen	KWS

Tabel 2: overzicht van de asfaltcentrales die per 1-1-2002 door één onderneming worden geëxploiteerd.