

BESLUIT

Nummer 4854-34

Betreft zaak: 4854/ W. van der Sluis Houdstermaatschappij

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit¹ als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet

INLEIDING

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft onderzoek verricht naar overtreding(en) van artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) in de Installatie-deelsector. Naar aanleiding van deze onderzoeksactiviteiten, alsmede naar aanleiding van informatie die in het kader van de clementieregeling bij de NMa is ingediend door een aantal ondernemingen, is door de NMa op basis van artikel 59 Mw een rapport opgesteld over afspraken en gedragingen in de Installatie-deelsector (hierna: het Rapport²). Het Rapport is op 25 april 2005 vastgesteld en vervolgens naar de betrokken ondernemingen verzonden.
2. De overtredingen beschreven in het Rapport zijn begaan door ondernemingen. Deze ondernemingen kunnen bestaan uit één of meerdere rechtspersonen, die in een concernrelatie tot elkaar staan en die ten aanzien van de betrokken overtredingen in mededingingsrechtelijke zin gezamenlijk als één onderneming moeten worden beschouwd.³
3. In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat de onderneming W. van der Sluis Houdstermaatschappij heeft deelgenomen aan afspraken en gedragingen in de Installatie-deelsector in Nederland, in de periode van

¹ Als rechtsopvolger van de d-g NMa, Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan, Stcrt. 2005, 172.

² Zie bijlage 1 bij dit besluit.

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

januari 1998 tot en met december 2001, zoals uiteengezet in het Rapport. Bedoelde afspraken en gedragingen vormen een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG.

4. Ingevolge het Rapport bestaat de onderneming W. van der Sluis Houdstermaatschappij uit W. van der Sluis Houdstermaatschappij B.V. en alle werkmaatschappijen waarover deze rechtspersoon in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 volledige zeggenschap heeft gehad en die actief zijn op het gebied van Installatiewerken⁴, waaronder in ieder geval A. van der Sluis Installatietechnieken B.V. (hierna tezamen aangeduid als 'de Onderneming').

ACHTERGROND OPTREDEN NMa

5. De NMa heeft op 29 augustus 2002 ambtshalve een onderzoek in de Installatie-deelsector gestart.⁵ Aanleiding voor dit onderzoek vormde de verklaring van een voormalig werknemster van Unica Installatiegroep B.V. die zij op 26 augustus 2002 voor de Parlementaire Enquêtecommissie had afgelegd.
6. In december 2002 toonde de Parlementaire enquêtecommissie bouwnijverheid zich in haar eindrapport geschokt door de omvang van de 'structurele kartelvorming, gefundeerd in ingenestelde gewoontes en de cultuur van de bouwnijverheid.'⁶ De enquêtecommissie constateerde dat het hoog tijd was 'om de ingesleten gewoontes uit te bannen en daadwerkelijk tot fundamentele veranderingen te komen.'⁷
7. In het voorjaar van 2004 riepen de NMa en het Kabinet de bouwsector vervolgens dringend op om schoon schip te maken. Het Kabinet riep de bouwbedrijven, die op enigerlei wijze betrokken waren bij verboden kartelpraktijken, op daartoe een clementieverzoek bij de NMa in te dienen voor 1 mei 2004.⁸ In totaal hebben 473 bouwbedrijven, afkomstig uit verschillende delen van de bouwsector, gehoor gegeven aan deze oproep door vrijwillig voor 1 mei 2004 informatie over hun kartelgedrag - en de betrokkenheid daarbij van anderen - aan te leveren bij de NMa.⁹ Dit verschaft de NMa veel informatie over mededingingsbeperkende praktijken in de bouw. Mede op basis daarvan is het Rapport opgesteld.

⁴ Zie voor de definitie van Installatiewerken, randnummer 1 van het Rapport.

⁵ Zie randnummer 5 van het Rapport.

⁶ De bouw uit de schaduw, TK 2002-2003, 28 244, nrs. 5-6, p. 11.

⁷ De bouw uit de schaduw, TK 2002-2003, 28 244, nrs. 5-6, p. 12.

⁸ Brief van de ministers van EZ en Justitie van 20 februari 2004, TK 2004-2005 28 244, nr. 64, p. 2.

⁹ Brief van minister van EZ van 14 oktober 2004, TK 2004-2005 28 244, nr. 85.

VERLOOP PROCEDURE IN DEZE ZAAK

8. Op 25 april 2005 heeft de NMa het Rapport aan de Onderneming verzonden. Daarbij is aangekondigd dat de Onderneming in een sanctieprocedure wordt betrokken. De Onderneming is de mogelijkheid geboden om deel te nemen aan de versnelde procedure, zoals omschreven in de begeleidende brief. Bij brief van 22 juni 2005 heeft de Onderneming aan de NMa kenbaar gemaakt geen gebruik te maken van deze mogelijkheid. Dientengevolge heeft de NMa ten aanzien van de Onderneming een reguliere sanctieprocedure gestart, overeenkomstig artikelen 59 tot en met 61 Mw met toepassing van de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de Installatie-deelsector¹⁰ (hierna: Bekendmaking boetetoemeting).
9. Conform de artikelen 59 tot en met 61 Mw, heeft de NMa de op de zaak betrekking hebbende stukken die ten grondslag liggen aan het opstellen van het Rapport, met ingang van 9 januari 2006 gedurende zes weken ter inzage gelegd ten kantore van de NMa. Van deze op de zaak betrekking hebbende stukken zijn de stukken die zien op deelname door de Onderneming aan het in het Rapport omschreven systeem van vooroverleg tevens bij brief van 23 december 2005 aan de Onderneming verzonden (hierna: het individuele bewijsdossier).
10. De Onderneming is in de gelegenheid gesteld mondeling en/of schriftelijk haar zienswijze op het Rapport te geven. Op 23 maart 2006 heeft ten kantore van de NMa een hoorzitting plaatsgevonden waarbij de Onderneming mondeling haar zienswijze heeft gegeven op haar individuele betrokkenheid bij het systeem van vooroverleg en overige bedrijfsspecifieke omstandigheden.
11. De Onderneming heeft geen opgave gedaan van haar Aanbestedingsomzet 2001 zoals bedoeld in de Bekendmaking boetetoemeting.

DE FEITEN

12. Dit besluit is gebaseerd op het Rapport, dat als bijlage aan dit besluit is gehecht en integraal deel uitmaakt van dit besluit. Hierna volgt een toelichting en/of aanvulling op het feitencomplex zoals is opgenomen in het Rapport.

¹⁰ Bekendmaking van 21 april 2005, Stcrt. 2005, nr. 78, p. 34.

Het systeem van vooroverleg

13. Uit de diverse verklaringen van clementieverzoekers, tevens bedrijven die in Installatie werkzaam zijn, blijkt dat in de deelsector Installatie in Nederland in de periode tussen 1998-2001, sprake was van vooroverleggen en afspraken, waarbij verschillende ondernemingen betrokken waren en die verband hielden met elkaar en één voortdurend systeem vormden van afstemming over de onderlinge verdeling van werken en over het inschrijfgedrag voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van Installatie-werken.¹¹ Aldus was sprake van een landelijk dekkend systeem van vooroverleg in de deelsector Installatie in Nederland in de periode tussen 1998-2001. De Onderneming heeft het bestaan van het systeem van vooroverleg niet betwist. Onder verwijzing naar de onderbouwing in het Rapport gaat de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) van het bestaan van dit systeem uit.

Deelname aan het systeem van vooroverleg

14. Gegeven het bestaan van een landelijk dekkend systeem van vooroverleg, heeft de NMa onderzocht ten aanzien van welke ondernemingen kan worden vastgesteld dat zij hebben deelgenomen aan dat systeem. In de onderzoeksfase is uitgegaan van de zogenoemde 2+2 bewijsregel.¹² Op basis daarvan is de Onderneming als vermoedelijke deelnemer aan het systeem van vooroverleg in de procedure betrokken. In de sanctiefase heeft de Raad, in de context van de afgelegde verklaringen over het systeem van vooroverleg en de ingebrachte mondelinge en schriftelijke zienswijzen, de stukken in het individuele bewijsdossier van de Onderneming beoordeeld.
15. De Raad acht van belang dat vijf clementieverzoekers onafhankelijk van elkaar hebben verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. Deze verklaringen zijn bevestigd en worden ondersteund door verschillende stukken die zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier, die betrekking hebben op tenminste drie projecten. Op basis van deze ter inzage gelegde stukken, die in onderlinge samenhang zijn gezien, en in het licht van het navolgende, stelt de Raad

¹¹ Randnrs. 28-62 van het Rapport (één systeem van afstemming), en randnrs. 118-126 van het Rapport (geografisch gebied).

¹² Zie randnr. 103 van het Rapport. De 2+2 bewijsregel houdt in dat deelname van een onderneming aan het systeem van vooroverleg is vastgesteld indien tenminste twee clementieverzoekers hebben verklaard dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen (eerste twee), en deze verklaringen worden bevestigd door ten minste twee schriftelijke bewijsstukken (tweede twee). Deze bevestiging kan volgen uit schriftelijke bewijsstukken afkomstig van tenminste twee clementieverzoekers ten aanzien van tenminste één project (2 clementieverzoekers, 1 project) of kan volgen uit schriftelijke bewijsstukken afkomstig van tenminste één clementieverzoeker ten aanzien van ten minste twee (verschillende) projecten (1 clementieverzoeker, 2 projecten).

vast dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg zoals hiervoor bedoeld.

16. De Raad baseert zich onder meer op de stukken opgenomen in het individuele bewijsdossier onder de nummers 2.2, 2.3, 2.9, 2.10 en 2.16. Uit deze bewijsstukken blijkt in ieder geval dat de Onderneming heeft deelgenomen aan vooroverleg bij de projecten “Renovatie Rotterdam Airport” (genoemd door clementieverzoekers GTI onder 2.2 en door Unica onder 2.16), “Zorgcomplex de Reehaven” (genoemd door clementieverzoekers GTI onder 2.3 en TBI onder 2.9), en “Nippon express” (genoemd door clementieverzoeker TBI onder 2.10). De Raad merkt hierbij aan dat het om betrouwbare bewijsstukken gaat, waaronder twee claimbestanden, en dat ten aanzien van twee van de genoemde projecten het bewijs afkomstig is uit twee verschillende bronnen.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van deelname aan het systeem van vooroverleg

17. De Onderneming heeft haar deelname aan het systeem van vooroverleg niet met zoveel woorden betwist. In 2003 zijn de bedrijfsactiviteiten van de Onderneming gestaakt. Een maand daarvoor, in mei 2003, heeft er een grote brand gewoed in het bedrijfspand waarbij een groot deel van de administratie verloren is gegaan. Dit maakt het volgens Onderneming vrijwel onmogelijk om na te gaan of zij heeft deelgenomen aan vooroverleg.
18. Daarnaast heeft W. van der Sluis Houdstermaatschappij B.V. (hierna: de Houdstermaatschappij) naar voren gebracht dat zij niet daadwerkelijk verantwoordelijk was voor het bestuur van de dochtermaatschappijen. Er waren professionele statutair directeuren in dienst die de verschillende rechtspersonen leidden. De Onderneming roept daarom de vraag op of de Houdstermaatschappij, die volgens haarzelf geen daadwerkelijke invloed heeft gehad op het bestuur, kan worden aangesproken.

Beoordeling zienswijze door de Raad

19. Aangezien de Onderneming niet gemotiveerd heeft betwist aan vooroverleg te hebben deelgenomen, gaat de Raad uit van de juistheid van het hiervoor genoemde bewijsmateriaal.
20. Met betrekking tot de stelling van de Houdstermaatschappij dat zij geen invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van haar (klein)dochtermaatschappij, overweegt de Raad als volgt. Naar het oordeel van de Raad is de Onderneming zoals omschreven in randnummers 3 en 4 betrokken geweest bij de overtreding zoals omschreven in het Rapport. De gedragingen van een dochtermaatschappij kunnen – binnen een onderneming – ook aan haar (groot)moedermaatschappij worden toegerekend, indien

de dochtermaatschappij, ondanks haar eigen rechtspersoonlijkheid, niet zelfstandig haar gedrag bepaalt maar in hoofdzaak de door haar (groot)moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.¹³ In hoofdzaak wil zeggen dat het niet noodzakelijk is dat de (groot)moedermaatschappij rechtstreeks betrokken is geweest bij de overtreding of de daarop betrekking hebbende activiteiten.

21. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat in het algemeen mag worden aangenomen dat een 100%-dochtermaatschappij in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.¹⁴ Er bestaat dan een weerlegbaar vermoeden dat de moedermaatschappij beslissende commerciële invloed heeft uitgeoefend op haar dochter.
22. De ondernemingsstructuur ziet er als volgt uit:
 - W. v.d. Sluis Houdstermaatschappij B.V.
 - I
 - A. v.d. Sluis Beheer B.V.
 - I
 - A. v.d. Sluis Holding B.V.
 - I
 - A. v.d. Sluis Installatietechnieken B.V. (alsmede twee andere werkmaatschappijen)
23. In tegenstelling tot hetgeen de Houdstermaatschappij naar voren heeft gebracht, heeft de Raad in dit geval vastgesteld dat er voldoende concrete aanwijzingen zijn dat de Houdstermaatschappij beslissende invloed heeft gehad op het commerciële beleid van de Onderneming, inclusief A. van der Sluis Installatietechnieken B.V. (hierna: Installatietechnieken). Daarbij wijst de Raad op het volgende.
24. Op de hoorzitting is gebleken dat de werkmaatschappijen binnen de Onderneming, waaronder Installatietechnieken, werden geleid door bedrijfsleiders, die echter verantwoording schuldig waren aan de directeur van A. v.d. Sluis Holding B.V. (hierna: de Holding). De Holding was ook bestuurder van Installatietechnieken, en de directeur van de Holding gaf direct leiding aan de werkmaatschappijen.
25. De commissarissen van de Holding waren mevrouw W. Dolk-van der Sluis en haar echtgenoot de heer A.A. Dolk. De Holding viel onder de verantwoordelijkheid van A. v.d. Sluis Beheer B.V. (hierna: Beheer), die volgens de zienswijze van de Onderneming op de hoorzitting fungeerde als een 'ouderwetse holding'. Bestuurder van Beheer was

¹³ HvJ 14 juli 1972, zaak 48/69 (ICI), Jur. 1972, p. 619, r.o. 132-135.

¹⁴ Voor het eerst uitgesproken door het HvJ, 25 oktober 1983, zaak 107/82 (AEG), Jur. 1983, p. 3151, r.o. 50. Recentelijk nog bevestigd in GvEA, 15 juni 2005, gev. zaken T-71, 74 (Grafiet), n.n.g. en 91/03 (Tokai), n.n.g., r.o. 60.

mevrouw W. Dolk-van der Sluis en de directeur van Beheer was de heer A.A. Dolk. Beheer viel uiteindelijk onder de Houdstermaatschappij, waarvan mevrouw W. Dolk-van der Sluis de enig aandeelhouder is.

26. Bij brief van 14 juni 2006 heeft de gemachtigde van de Onderneming een arbeidsovereenkomst overgelegd tussen de Holding en de heer A. de Vries, die per 25 mei 1999 als directeur in dienst is getreden bij de Holding.¹⁵ In artikel 2.2 van die overeenkomst staat dat de directeur zich bij de uitvoering van zijn werkzaamheden zal laten leiden door de richtlijnen van de aandeelhoudster (Beheer).
27. Naar het oordeel van de Raad blijkt uit de bovenstaande feiten dat er een directe lijn van zeggenschap liep van de Houdstermaatschappij naar Installatietechnieken, en dat door middel van de persoonlijke betrokkenheid van mevrouw W. Dolk-van der Sluis en de heer A.A. Dolk de daadwerkelijke leiding over de werkmaatschappijen, waaronder Installatietechnieken, gewaarborgd was. De Raad stelt daarom vast dat de Houdstermaatschappij beslissende invloed heeft uitgeoefend op het gedrag van Installatietechnieken, zodat de Houdstermaatschappij terecht in de procedure is betrokken.

Conclusie

28. Het vorengaande leidt tot de conclusie dat de Onderneming in de periode januari 1998 tot en met december 2001 heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg met als gemeenschappelijk doel het onderling verdelen van werken en het afstemmen van inschrijfgedrag voorafgaande aan inschrijving op de aanbesteding van Installatiewerken in Nederland en daarmee een bijdrage heeft geleverd aan (de instandhouding van) dit systeem.

JURIDISCHE KWALIFICATIE VAN DE FEITEN / CONCLUSIE

29. In onderhavige zaak gaat de Raad uit van de juridische kwalificatie zoals omschreven in paragraaf 6 van het Rapport. De Raad stelt vast dat de gedragingen zoals hiervoor omschreven ertoe strekken de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen en als zodanig één voortgezette inbreuk op artikel 6 Mw en artikel 81 EG vormen. De Raad is voorts van oordeel dat wegens bedoelde overtreding een boete ingevolge artikel 56 Mw op zijn plaats is.

¹⁵ Zie 4854/16.

SANCTIE

Toerekening

30. Onder het regime van het Nederlandse en communautaire mededingingsrecht zijn het ondernemingen die een overtreding van de materiële mededingingsregels kunnen begaan. De Raad kan ingevolge artikel 56, lid 1 Mw en de artikelen 88 en 89 Mw bij een overtreding van respectievelijk artikel 6 Mw en artikel 81 EG, een boete opleggen aan de betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend.
31. In het onderhavige geval is de overtreding begaan door de Onderneming genoemd in randnummer 3 van dit besluit en toegerekend aan de met name genoemde rechtsperso(o)n(en) in randnummer 4 van dit besluit.
32. Gebleken is echter dat de in het Rapport genoemde dochtermaatschappij A. van der Sluis Installatietechnieken B.V. op 26 april 2005 is ontbonden, nadat een eerder door de Rechtbank uitgesproken faillissement was opgeheven (bij gebrek aan baten). Aan deze rechtspersoon kan de overtreding derhalve niet langer (mede) worden toegerekend.

Boete

33. Vaststaat dat de Onderneming in 2005 geen netto omzet heeft gerealiseerd. Daarnaast heeft de Onderneming verklaard in 2005 geen bedrijfsactiviteiten meer te hebben ontplooid. Deze verklaring is bevestigd door middel van een rapport van feitelijke bevindingen van een accountant.¹⁶
34. De regeling van het boetemaximum (450.000 EUR of, indien dat meer is, 10% van de jaaromzet)¹⁷ betekent dat de boete voor ondernemingen met een jaaromzet onder 4.500.000 EUR meer kan bedragen dan 10% van de jaaromzet. Uit oogpunt van billijkheid en gelijkheid heeft de Raad besloten ook voor die kleinere ondernemingen in beginsel de boete eveneens niet hoger vast te stellen dan 10% van de jaaromzet.
35. Vaststelling van de boete conform strikte toepassing van deze beleidsregel zou resulteren in een boete van EUR 0,00. Het opleggen van een boete van EUR 0,00 mist naar het oordeel van de Raad echter de gewenste (generale) preventieve werking. De Raad acht het daarom passend in dit geval, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een boete op te leggen van EUR 1000,00.

¹⁶ Zie 4854/17 en 4854/26.

¹⁷ Art. 57, lid 1 Mw.

BESLUIT

36. De Raad legt een boete op van EUR 1000,00 aan W. van der Sluis Houdstermaatschappij, gevestigd te Nieuwerkerk a/d IJssel.

Dit besluit richt zich tot bovengenoemde rechtspersoon.

Datum, 31 augustus 2006

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

W.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen 6 weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, DEN HAAG.