

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer: 4886-29

Betreft zaak: Installatie

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

Inleiding

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) heeft onderzoek verricht naar overtreding(-en) van artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) in de 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 Rapport¹). Het Rapport is op 25 april 2005 vastgesteld en vervolgens naar 183 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.²
3. In het Rapport wordt geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat de onderneming Koninklijke BAM Groep heeft deelgenomen aan afspraken en gedragingen in de Installatie-deelsector in Nederland, in de periode van januari 1998 tot en met december 2001, zoals uiteengezet in het Rapport. Bedoelde afspraken en gedragingen vormen een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG.
4. Ingevolge het Rapport bestaat de onderneming Koninklijke BAM Groep uit Koninklijke BAM Groep N.V. en alle werkmaatschappijen waarover deze rechtspersoon in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 volledige zeggenschap heeft gehad en die

¹ Zie bijlage 1 bij dit besluit.

² 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.

actief zijn op het gebied van Installatiewerken³, waaronder in ieder geval BAM Techniek B.V., BAM Techniek B.V. (vh. NIB Rijnmond Electrotechniek B.V.), Van den Berg Infrastructuren B.V. en Verenigde VTN Bedrijven B.V. (hierna tezamen aangeduid als 'de Onderneming').

Besluit

5. De Raad legt een boete op van € 2.338.590,00 aan BAM Techniek B.V., gevestigd te Bunnik, Van den Berg Infrastructuren B.V., gevestigd te Zwammerdam (gemeente Alphen aan den Rijn) en Verenigde VTN Bedrijven B.V., gevestigd te Culemborg.

Bovengenoemde rechtspersonen zijn ieder hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

Dit besluit richt zich tot bovengenoemde rechtspersonen.

Verloop procedure

6. De NMa heeft de Onderneming het Rapport toegezonden waarin uiteengezet is op basis van welke feiten en omstandigheden de NMa het vermoeden heeft dat de Onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van artikel 6 Mw en artikel 81 EG. In een begeleidende brief heeft de NMa aan de Onderneming onder meer de keuze gelaten deel te nemen aan hetzij de versnelde procedure hetzij de reguliere procedure, zoals normaliter volgend op een Rapport ex artikel 59 Mw. Door middel van de versnelde procedure heeft de NMa de Onderneming in de gelegenheid gesteld snel 'schoon schip' te maken.
7. De Onderneming heeft aan de NMa kenbaar gemaakt te kiezen voor voornoemde versnelde procedure. Door te opteren voor de versnelde procedure heeft de Onderneming ingestemd met het afzien van gehele of gedeeltelijke betwisting van de feiten en juridische beoordeling uit het Rapport en het recht om individueel te worden gehoord. De Onderneming heeft een vertegenwoordiger gemachtigd (hierna: de Gemachtigde) die tevens optreedt namens de andere partijen in de versnelde procedure en die namens deze partijen op generieke wijze een zienswijze naar voren heeft gebracht. De NMa heeft vooraf aangegeven dat in geval van deelname aan de versnelde procedure en het voldoen aan de daarvoor gestelde voorwaarden – en daarmee het bijdragen aan het snel 'schoon schip' maken in de bouwsector – de aan de Onderneming op te leggen boete wordt verminderd met 15%.

³ Zie voor de definitie van Installatiewerken, randnummer 1 van het Rapport.

8. Na toezending van het Rapport heeft op 5 juli 2005 een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van de NMa waarbij de Onderneming door de Gemachtigde werd vertegenwoordigd. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat aan de Onderneming is gezonden.
9. In de loop van de procedure zijn door de Gemachtigde namens de Onderneming generiek toepasselijke argumenten naar voren gebracht die volgens de Gemachtigde door de Raad ten aanzien van alle door hem vertegenwoordigde ondernemingen in acht moeten worden genomen bij de beoordeling van de feiten en omstandigheden zoals uiteengezet in het Rapport. Tevens is de Onderneming de mogelijkheid geboden om relevante feiten en omstandigheden die haar individueel raken, doch niet de essentie van het Rapport treffen, aan te voeren.

Beoordeling

Algemeen

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

Beoordeling zienswijzen aangevoerd door de Gemachtigde

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

Ten aanzien van de beboeting (algemeen)

14. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat de beschrijving in het Rapport van het vooroverleg tussen ondernemingen actief in de Installatie-deelsector in de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001 vooral berust op informatie afkomstig van grote ondernemingen, hetgeen een vertekend beeld geeft van de praktijk. De Gemachtigde betwist niet dat vooroverleg plaatsvond, doch is van mening dat enige nuancering ten aanzien van het structurele karakter daarvan op haar plaats is. De Gemachtigde heeft – onder andere in dit verband – aangevoerd dat niet bij (vrijwel) alle aanbestedingen in de Installatie-deelsector kartelafspraken zijn gemaakt en dat niet alle ondernemingen in dezelfde mate deelnamen aan het vooroverleg.
15. De Raad is van oordeel dat deze argumenten, ook afgezien van de summier feitelijke onderbouwing daarvan, in geen geval het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen teniet kunnen doen. De Raad acht om deze reden beboeting van de betrokken ondernemingen op haar plaats.
16. De Raad acht voldoende aannemelijk gemaakt dat niet bij vrijwel alle aanbestedingen in de Installatie-deelsector in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt. De Raad houdt op basis van het Rapport en het daaraan ten grondslagliggende dossier evenwel de overtuiging dat bij een merendeel, althans een groot aantal, van de aanbestedingen in de Installatie-deelsector in de betrokken periode sprake is geweest van verboden afspraken en gedragingen. Hetgeen de Gemachtigde heeft aangevoerd, kan aan deze overtuiging niet afdoen. In het licht van het voorgaande acht de Raad een boete op basis van het maximum van 12% van de boetegrondslag, zoals volgend uit de Bekendmaking Boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de Installatie-deelsector (hierna: de Boetebekendmaking)⁴, niet op haar plaats. De Raad acht in dit kader een percentage van 10,5% passend.
17. De Raad ziet in het argument van de Gemachtigde dat niet alle ondernemingen in dezelfde mate deelnamen aan het vooroverleg (de verboden afspraken en gedragingen) geen reden om een lager boetepercentage vast te stellen dan 10,5%. Als gevolg van de gehanteerde boetemethodiek zoals vastgelegd in de Boetebekendmaking wordt met de mate van betrokkenheid van individuele ondernemingen afdoende rekening gehouden bij het bepalen van de hoogte van de op te leggen boete.
18. De Gemachtigde heeft voorts aangevoerd dat de opdrachtgevers in aanbestedingsprocedures wisten van het vooroverleg en daar gebruik van maakten. Afgezien van de summier onderbouwing van het argument van de Gemachtigde, acht de

⁴ Bekendmaking van 21 april 2005, Stcrt. 2005, nr. 78, p. 34.

Raad het niet aannemelijk gemaakt dat opdrachtgevers op de hoogte waren van het vooroverleg en hier vervolgens gebruik van hebben gemaakt. Reeds om die reden kan dit argument niet leiden tot een verlaging van de boete.

19. De Gemachtigde heeft daarnaast aangevoerd dat, in brede kringen rond de bouw, structurele (financiële) problemen gemeengoed zijn geworden. Ook dit argument doet niet af aan het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen en kan niet leiden tot een verlaging van de boete. Bovendien heeft de Gemachtigde niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van structurele problemen die voor de gehele Installatie-deelsector gelden. Indien in een individueel geval sprake is van financiële problemen, dan is het aan de betrokken onderneming om deze omstandigheden in het kader van haar individuele zienswijze in de onderhavige versnelde procedure aan te voeren. De Raad kan, indien daarvoor aanleiding bestaat, bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening houden met de financiële omstandigheden van de desbetreffende onderneming.
20. De Gemachtigde heeft gewezen op de omstandigheid dat de Installatie-deelsector werkt aan een cultuuromslag. Ook dit argument doet niet af aan het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen. De Raad is van oordeel dat dit argument derhalve niet kan leiden tot een lager boetepercentage. De Raad is verder van oordeel dat de cultuuromslag waar Gemachtigde op doelt – wat hier ook van zij – betrekking heeft op de situatie in de sector ná de periode van de overtreding en derhalve niet van invloed kan zijn op de beboeting van overtredingen die in het verleden zijn begaan.
21. Ten slotte heeft de Gemachtigde aangevoerd dat, gelet op het gelijkheidsbeginsel, in de Installatie-deelsector hetzelfde boetepercentage dient te worden toegepast als in de GWW-deelsector⁵, te weten 10% van de Boetegrondslag. De Raad stelt voorop dat iedere afzonderlijke zaak op zijn individuele omstandigheden moet worden beoordeeld. Dit geldt ook voor de rapporten en besluiten die de NMa ten aanzien van de verschillende deelsectoren in de bouw opmaakt. De Raad is van oordeel dat in de Installatie-deelsector, anders dan in de GWW-deelsector, de overheid geen rol van belang heeft gespeeld in aanbestedingsprocedures. De Raad stelt vast dat reeds om die reden geen sprake is van gelijke gevallen.

Ten aanzien van het clementiepercentage

22. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat het gelijkheidsbeginsel in het geding is omdat in de GWW-deelsector het clementiepercentage voor de individuele ondernemingen op

⁵ Zie 'Rapport GWW-activiteiten', rapport van de NMa als bedoeld in artikel 59 van de Mededingingswet van 13 oktober 2004.

(maximaal) 50% is vastgesteld en in de Installatie-deelsector op (maximaal) 40%, terwijl hiervoor naar zijn mening geen goede verklaring is. De Gemachtigde heeft betoogd dat de stand van het onderzoek in de Installatie-deelsector identiek was aan de GWW-situatie en dat het clementiemateriaal een zelfde additionele waarde moet hebben gehad aangezien het Rapport volledig is gebaseerd op verklaringen van clementieverzoekers. Voorts meent de Gemachtigde dat, gelet op het feit dat de verhouding tussen clementieaanvragers en betrokken ondernemingen in de Installatie-deelsector hoger ligt dan in de GWW-deelsector, de informatie van de clementieaanvragers hoger dient te worden gewaardeerd dan thans is gebeurd.

23. De Raad is van oordeel dat in randnummer 20 van de Boetebekendmaking op juiste gronden en met inachtneming van randnummer 7 van de Richtsnoeren Clementietoezegging (Categorie C, boetevermindering 10% tot en met 50%), het clementiepercentage op (maximaal) 40% is vastgesteld. Het door de Gemachtigde aangevoerde argument ten aanzien van de stand van het onderzoek is onjuist, althans onvolledig. Het onderzoek in de GWW-deelsector is aangevangen nadat het eerste clementieverzoek was ontvangen, terwijl het onderzoek in de Installatie-deelsector reeds gestart is op 29 augustus 2002, ruim voordat het eerste clementieverzoek werd ontvangen. Daarnaast is in de Installatie-deelsector sprake van een eerste melder⁶ in de zin van de Richtsnoeren Clementietoezegging (Categorie B, boetevermindering van 50% tot boete-immuniteit). De eerste melder heeft aan de NMa informatie met additionele waarde verstrekt. Dit heeft tot gevolg dat informatie van volgende clementieverzoekers (Categorie C, boetevermindering van 10% tot 50%) minder additionele waarde had. Gelet op bovenstaande concludeert de Raad dat van een gelijke situatie in de GWW- en Installatie-deelsector geen sprake is, hetgeen een andere waardering van de clementieverzoeken rechtvaardigt.

Ten aanzien van de forfaitaire verhoging van 15% bij beperkte opgave Aanbestedingsomzet 2001

24. Ingevolge de Boetebekendmaking is voor beboeting de Aanbestedingsomzet 2001 van belang. Een onderneming kan deze verstrekken door hetzij beperkte, hetzij volledige opgave te doen krachtens randnummers 11 en 12 van de Boetebekendmaking. Ingevolge de Boetebekendmaking wordt door de NMa een forfaitaire verhoging van maximaal 15% toegepast op een beperkte opgave. De forfaitaire verhoging wordt geacht het verschil tussen beperkte en volledige opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 op te heffen.

⁶ Op 24 februari 2004 om 13.53 uur heeft het clementiebureau van de NMa een eerste kennisgeving ontvangen van mogelijke overtredingen van artikel 6 Mw in de Installatie-deelsector.

25. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat het forfaitaire percentage van 15% niet is onderbouwd en arbitrair is en ziet verder geen reden om het maximum van 15% te handhaven. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat matiging van dit percentage in de rede ligt. De forfaitaire verhoging is door de NMa mede ingesteld ter compensatie van het feit dat in de Savi-registratie werken onder de NLG 50.000 en werk voor consumenten niet zijn opgenomen. De Gemachtigde voert aan dat over het algemeen bij werken met een contractwaarde lager dan NLG 50.000 en werk voor consumenten in de regel geen sprake was van aanbesteding en deze werken alleen daarom al grotendeels buiten de reikwijdte van het Rapport vallen. Gelet op voorafgaande is de Gemachtigde van mening dat het percentage van 15% niet redelijk en te hoog is.
26. De Raad ziet in het betoog van de Gemachtigde aanleiding om het forfaitaire percentage, zoals omschreven in randnummer 10 van de Boetebekendmaking, vast te stellen op 10%. Gebleken is dat bij werken met een contractwaarde lager dan NLG 50.000 en werk voor consumenten in het algemeen geen sprake is van aanbestedingen, hetgeen een verlaging van het forfaitair percentage tot 10% rechtvaardigt.

Ten aanzien van boetevermindering voor kleine ondernemingen.

27. De Gemachtigde heeft aangevoerd dat in de Installatie-deelsector, evenals in de GWW-deelsector, aan kleine ondernemingen in de versnelde procedure een boetevermindering van 15% dient te worden verstrekt, omdat kleine ondernemingen in mindere mate betrokken zouden zijn geweest bij het vooroverleg en de mate van deelname in de beboeting tot uiting moet komen.
28. Naar aanleiding van het argument van de Gemachtigde acht de Raad het in het kader van de versnelde procedure passend een boetevermindering toe te kennen aan kleinere ondernemingen. De Raad meent aldus te kunnen voorkomen dat een groot aantal kleinere ondernemingen in financiële problemen komt en om die reden niet kiest om in deze procedure 'schoon schip' te maken. Om dat doel te bereiken, acht de Raad een korting van 15% op de netto-boete passend. Tot de categorie 'kleinere ondernemingen' behoren naar het oordeel van de Raad uitsluitend ondernemingen met een concernomzet van minder dan € 10 miljoen. De Raad ziet geen aanleiding om voor ondernemingen met een hogere concernomzet te voorzien in een gelijksoortige algemene boetevermindering.

Beoordeling zienswijze aangevoerd door de Onderneming

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

Sanctie

30. In en door het vorenstaande heeft de Raad naar zijn oordeel alle relevante argumenten en verweren, zoals door de Onderneming aangevoerd, behandeld. De Raad constateert en begrijpt dat de Onderneming uitdrukkelijk heeft gekozen voor de versnelde procedure en geen argumenten aanvoert die de essentie van het Rapport raken. Aan de Onderneming is kenbaar gemaakt en toegelicht dat het voeren van verweren en argumenten die een gehele of gedeeltelijke betwisting van de in het rapport vastgelegde feiten en de beoordeling daarvan bevatten, niet past bij het karakter van de versnelde procedure (zie randnummer 7 van dit besluit). Het stond de Onderneming vrij te kiezen voor de reguliere procedure en in dat kader verdergaand verweer te voeren. De Onderneming heeft van die mogelijkheid uitdrukkelijk geen gebruik gemaakt.
31. Thans dient te worden overgegaan tot het opleggen van een sanctie. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.
32. De Raad heeft vastgesteld dat in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 de overtreding van het kartelverbod (ex artikel 6 Mw en artikel 81 EG) is begaan door de Onderneming(en) genoemd in randnummer 3 van dit besluit.
33. 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.
34. In het onderhavige geval wordt de overtreding begaan door de Onderneming(en) genoemd in randnummer 3 van dit besluit en toegerekend aan de met name genoemde rechtsperso(o)n(en) in randnummer 4 van dit besluit.

Boete

35. Conform randnummer 16 van de Boetebekendmaking wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op € 49.705.637,00. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 10,5%, gaat de Raad ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag van € 5.219.091,00 (hierna: de bruto-boete).
36. De Raad heeft de Aanbestedingsomzet 2001 van (een) rechtsperso(o)n(en) die gedurende een beperkte periode tot de Onderneming behoorde(n), naar rato van deze

periode – in verhouding tot de totale periode van de overtreding – meegenomen in de boetegrondslag en daarmee de bruto-boete voor de Onderneming.

37. Door de NMa is aan de Onderneming een clementietoezegging gedaan. De Onderneming heeft zich aan de in dit verband door de NMa gestelde voorwaarden gehouden en heeft aldus bijgedragen aan het onderzoek in het onderhavige geval. Op basis van de gedane toezegging vermindert de Raad de bruto-boete met 40%. Dit resulteert in een verlaging van € 2.087.637,00 van de bruto-boete.
38. De Raad ziet conform randnummer 22 van de Boetebekendmaking reden om de boete te verminderen met een percentage van 15% van de bruto-boete ad € 5.219.091,00, gezien de deelname van de Onderneming aan de versnelde procedure. Dit resulteert in een vermindering van € 782.864,00 van de bruto-boete.
39. Het bedrag dat resulteert na vermindering in verband met de clementietoezegging en het deelnemen aan de versnelde procedure, wordt aangeduid als netto-boete. In het onderhavige geval bedraagt de netto-boete € 2.348.590,00.
40. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.
41. De Raad neemt in deze versnelde procedure geen boeteverhogende omstandigheden in aanmerking.
42. De Raad ziet conform randnummer 23 van de Boetebekendmaking aanleiding de netto-boete lager vast te stellen om de navolgende redenen.
43. In het onderhavige geval heeft de Onderneming vrijwillig informatie verstrekt aan de NMa en heeft zij hiervoor een clementietoezegging ontvangen in de zin van de Richtsnoeren Clementietoezegging. Tevens is de Onderneming akkoord gegaan met het doorzenden van de vrijwillig verstrekte informatie aan de Belastingdienst. Als gevolg hiervan vermindert de Raad de netto-boete met 1%, tot een maximum van € 10.000,00. Dit resulteert in een verlaging van € 10.000,00 van de netto-boete.
44. De Raad neemt in de onderhavige zaak voor het overige geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.
45. Het voorgaande resulteert in een boete van: € 2.338.590,00.

Openbaar

Den Haag, 20 oktober 2005

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

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

W.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter van de Raad van Bestuur