

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 4933/77

Betreft zaak: Installatiesector / Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van 31 augustus 2006 met kenmerk 4933/45.

1 Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 31 augustus 2006 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat de onderneming Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) heeft overtreden, wegens deelname aan het systeem van vooroverleg zoals uiteengezet in het Rapport over afspraken en gedragingen in de Installatie Sector¹ (hierna: het Rapport), dat integraal deel uitmaakt van het bestreden besluit.
2. De onderneming Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge bestaat uit Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V. en alle werkmaatschappijen waarover deze rechtspersoon in de periode januari 1998 tot en met december 2001 volledige zeggenschap heeft gehad en die actief zijn op het gebied van installatiewerken (hierna ook: de Onderneming).²
3. De Raad heeft wegens de hiervoor in randnummer 1 genoemde overtreding aan Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V. een boete opgelegd.
4. Tegen het bestreden besluit heeft Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V. tijdig bezwaar aangetekend bij brief van 10 oktober 2006. De gronden van bezwaar zijn op 21 december 2006 aangevuld.

¹ Rapport van 25 april 2005.

² Zie voor de definitie van Installatiewerken randnummer 1 van het Rapport.

5. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de Raad de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).
6. Op 2 maart 2007 is de Onderneming alsook de Raad naar aanleiding van de ingediende bezwaren door de Adviescommissie gehoord. Van dit horen is een verslag opgemaakt, dat op 26 april 2007 aan de Onderneming en de Raad is toegezonden.
7. Op 23 april 2007 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht (hierna: het Advies). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
8. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt:
“Het bezwaar aangaande het Rapport dient gegrond te worden verklaard. De Adviescommissie adviseert de Raad het besluit in te trekken.”
9. Na zich ervan te hebben vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen heeft de Raad - om redenen zoals hierna nader toegelicht - besloten deels conform het Advies te beslissen en deels daarvan af te wijken.
10. De Raad wijkt af van het Advies voor zover het betrekking heeft op:
 - het systeem van vooroverleg;
 - de deelname van de Onderneming aan het systeem van vooroverleg;
 - de vaststelling van de Aanbestedingsomzet 2001;
 - de hoogte van het clementiepercentage;
 - de boeteverhogende omstandigheid.
11. Ten aanzien van de onderdelen zoals genoemd in randnummer 10 legt de Raad het Advies niet ten grondslag aan dit besluit en stelt hij zijn eigen beoordeling daarvoor in de plaats (zie hoofdstuk 2 van dit besluit).
12. Ten aanzien van de resterende bezwaargrond van de Onderneming beslist de Raad conform het Advies. Ter motivering van dit besluit:
 - i. verwijst de Raad ex artikel 3:49 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) naar het Advies;
 - ii. verwijst de Raad naar hoofdstuk 3 van dit besluit dat voorziet in een nadere motivering ten aanzien van:
 - de boetevermindering wegens deelname aan de versnelde procedure.

2 Motivering voor afwijking van het Advies

Het systeem van vooroverleg

13. De Onderneming betoogt dat zij uitsluitend actief is in een specifiek deelsegment van de Installatiesector, te weten dat van de water-, zuiverings- en pompinstallaties en gemalen (hierna ook: het watersegment), en dat zij zich niet herkent in de feiten van het Rapport. Zij stelt daartoe dat in het watersegment weliswaar sprake was van vooroverleg, maar dat dit niet met hetzelfde doel of op dezelfde wijze als beschreven in het Rapport werd gevoerd.
14. De Adviescommissie acht dit bezwaar gegrond. Zij overweegt daartoe dat – kort weergegeven – het door de Onderneming gepleegde vooroverleg in die mate verschillend moet worden geacht van de overtreding zoals in het Rapport omschreven, dat het bestreden besluit niet op dit Rapport gegrondvest kan worden. De Adviescommissie acht daartoe doorslaggevend dat bij het door de Onderneming gepleegde vooroverleg een stelsel ten behoeve van het vergoeden van rekenkosten werd gehanteerd, terwijl in het Rapport een werkverdelingstelsel staat beschreven. Derhalve werden de ‘tegoeden’ door de karteldeelneemers in het kartel waaraan de Onderneming heeft deelgenomen, op andere wijze opgebouwd, bijgehouden en bij later vooroverleg ingezet dan de Raad in het Rapport heeft beschreven, aldus de Adviescommissie.
15. De Raad volgt het Advies van de Adviescommissie op dit punt niet en overweegt daartoe als volgt.
16. Ingevolge artikel 59, tweede lid, Mw moet in het rapport in ieder geval worden vermeld de feiten en omstandigheden op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is begaan, waar en wanneer deze feiten en omstandigheden zich hebben voorgedaan, de onderneming die de overtreding heeft begaan en het overtreden wettelijk voorschrift.
17. Het Rapport ziet op mededingingsrechtelijk relevante gedragingen van ondernemingen, die actief zijn in de Installatiesector in Nederland. De gedragingen hebben betrekking gehad op aanbestedingen van werktuigbouwkundige, elektrotechnische en sprinklerinstallatiewerken. Deze werken omvatten het ontwerpen, berekenen, leveren, aanbrengen, onderhouden en repareren van – onder meer – (centrale) verwarming, luchtbehandeling, olieopslagtanks, sanitair, licht- en krachtstroom, tele- en datacommunicatie, ICT solutions, verkeerssystemen, brandpreventie- en brandblusinstallaties alsook water- en zuiveringsinstallaties, drink- en

afvalwaterinstallaties, gemalen en pompinstallaties.³ De onderverdeling binnen de Installatiesector naar werktuigbouwkundige, elektrotechnische en sprinklerinstallatiewerken is een gangbare onderverdeling. Blijkens het algemene dossier van de Installatiesector wordt deze onderverdeling door veel clementieverzoekers gehanteerd.⁴

18. Diverse clementieverzoekers hebben voorts het watersegment genoemd, als onderdeel van het werktuigbouwkundige segment binnen de Installatiesector. Dit betreft meestal grote installatiebedrijven die in verschillende disciplines werkzaam zijn. De Raad verwijst naar de verklaringen van P.G. Kuijpers & Zonen B.V., Koninklijke BAM Groep N.V. en TBI Holdings B.V. (HVL/Merwestroom)(hierna ook: TBI).⁵ Hieruit blijkt onder meer dat de deelsector waterbehandeling in zwembaden onderdeel is van het grotere werktuigbouwkundige segment van de Installatiesector. Ook de Onderneming zelf heeft in haar clementieverzoek aangegeven betrokken te zijn geweest bij afspraken met andere ondernemingen ter vaststelling van *“de inschrijfcijfers ten behoeve van projecten ten tijde van zogenaamde voorvergaderingen middels het systeem van blanken”* in de sector *“werktuigbouw bestaande uit mechanische en constructieve installaties ten behoeve van drink- en afvalwaterinstallaties”*.⁶
19. Gelet op het vorenstaande, is naar het oordeel van de Raad in het Rapport het watersegment terecht aangemerkt als onderdeel van de Installatiesector.
20. In het Rapport is vastgesteld dat de deelnemende ondernemingen op structurele basis en in wisselende samenstelling aan vooroverleg in de Installatiesector hebben deelgenomen. Het gemeenschappelijke doel van deze gedragingen van de deelnemende ondernemingen was het onderling verdelen van werken en het afstemmen van het inschrijfgedrag, voorafgaande aan de inschrijving op de aanbesteding van installatiewerken in Nederland.⁷ Hiertoe werd bij het vooroverleg bepaald (1) welke van de bij het vooroverleg voor een bepaald werk aanwezige ondernemingen het werk zou gaan uitvoeren (“gegadigde”), (2) voor welk inschrijfbedrag de gegadigde zou inschrijven en, daarmee samenhangend, (3) voor welke inschrijfprijzen de andere deelnemers aan het vooroverleg zouden inschrijven en/of in welke volgorde zij zouden inschrijven en (4) welke onderlinge claims daarmee opgebouwd werden tussen de bij het vooroverleg

³ Zie randnummer 1 van het Rapport.

⁴ Zie de voetnoot bij randnummer 1 van het Rapport.

⁵ Zie dossierstuk 3150/1038, p. 6. e.v., dossierstuk 3150/1091, p. 13, en dossierstuk 3150/927, p. 00039056000002 e.v.

⁶ Zie dossierstuk 3150/1041, p. 00059005000010.

⁷ Zie randnummer 63 van het Rapport.

aanwezige ondernemingen.⁸

21. Blijkens het Rapport waren er verschillende varianten mogelijk om de inschrijfprijs van de gegadigde vast te stellen.⁹ De Raad verwijst naar de verklaringen van TBI (Eekels), Van der Linden Groep B.V en Imtech N.V.¹⁰ Voor het bepalen van de gegadigde werden eveneens verschillende varianten toegepast.¹¹ Wanneer was vastgesteld wie de gegadigde was, kon in beginsel één van de andere deelnemers aan het vooroverleg deze gegadigde vervolgens “afclaimen”. Dit houdt in dat op basis van “claims” die waren opgebouwd in eerdere vooroverleggen, een ander dan degene die op basis van de vastgestelde prijs of via loting was aangewezen als gegadigde, als laagste mocht inschrijven teneinde het werk te kunnen verkrijgen.¹²

22. De Raad stelt vast dat de beschrijving die de Onderneming en andere clementieverzoekers zoals GTI N.V. (hierna ook: GTI) en TBI (HVL) hebben gegeven van de vooroverleggen in het watersegment en de terminologie die hierbij wordt gebruikt overeenkomt met de beschrijving in het Rapport. Doel en uitwerking van het vooroverleg van zowel het watersegment als de gehele Installatiesector zijn hetzelfde geweest, namelijk het onderling verdelen van werk en het afstemmen van het inschrijffgedrag. Zo komen de vier hiervoor onder randnummer 20 van dit besluit onderscheiden stappen alle terug in het vooroverleg zoals dat plaatsvond in het watersegment. Ook bij de vooroverleggen in het watersegment ging het er om te bepalen welke onderneming het werk zou gaan uitvoeren, voor welk inschrijffbedrag de gegadigde en eventuele andere deelnemers aan het overleg zouden inschrijven en welke onderlinge “claims” daarmee werden opgebouwd tussen de aan het vooroverleg deelnemende ondernemingen. De Raad verwijst bijvoorbeeld naar de verklaring van de directeur van GTI Water Solutions en het clementieverzoek van TBI (HVL).¹³ Hieruit blijkt ondubbelzinnig dat de claims in het watersegment werden ingezet om de zogenoemde tafel- of blankprijs te verlagen, zodat de betreffende onderneming meer kans had om de positie van gegadigde te verkrijgen. De conclusie van de Adviescommissie in het Advies dat het vooroverleg in het watersegment uitsluitend zag op de vergoeding van rekenkosten en niet tevens op de verdeling van werk is dan ook evident onjuist.

⁸ Zie randnummer 22 van het Rapport.

⁹ Zie randnummer 75 e.v. van het Rapport.

¹⁰ Zie dossierstuk 3150/917, p. 0003902000003, dossierstuk 3150/822 en dossierstuk 3150/443, p. 00043008000006.

¹¹ Zie randnummer 85 e.v. van het Rapport.

¹² Zie randnummer 92 e.v. van het Rapport.

¹³ Zie dossierstuk 3150/766 en dossierstuk 3150/927.

23. De Raad merkt bij het vorenstaande op dat de uitwerking van de claim per bedrijf of segment op detailpunten enigszins anders kan zijn geweest. De Raad verwijst hier naar randnummer 46 van het Rapport, waarin is aangegeven dat er geen eenduidige wijze was vastgesteld hoe de “claims” door de deelnemende ondernemingen werden bijgehouden en werden ingezet tijdens vooroverleggen. Voorts was er, zoals blijkt uit hetgeen hiervoor onder randnummer 21 is overwogen, volgens het Rapport binnen het systeem van vooroverleg in de Installatiesector niet slechts één mogelijke manier om de gegadigde en diens inschrijfprijs vast te stellen. Als aangegeven bestonden daarvoor verschillende varianten. Zo werd, anders dan de Onderneming kennelijk wil doen voorkomen, de gegadigde niet alleen bepaald door loting, maar ook op basis van de in het vooroverleg vastgestelde prijs. Dat kon betekenen dat de deelnemer aan het vooroverleg met de laagste prijs in beginsel het werk kreeg toebedeeld.¹⁴
24. Dat er verschillende varianten bestonden, doet niet af aan de conclusie in het Rapport dat sprake was van één systeem van vooroverleg. Van belang is dat, wanneer naar de praktijk wordt gekeken, blijkt dat er een sectorbrede aanpak in de Installatiesector (waaronder dus ook het watersegment) bestond van het opbouwen van een ‘claim’ (ook wel rechten of pepernoten genoemd) die op een later moment bij een ander vooroverleg werd ingezet om een voordeel te krijgen. Voorts gold voor de gehele Installatiesector dat dergelijke claims weliswaar werden uitgedrukt in geld, maar dat het niet de bedoeling was dat deze ook daadwerkelijk in geld werden uitgekeerd. De (impliciete) stelling van de Onderneming dat alleen kan worden gesproken van één systeem van afstemming, als vaststaat dat sprake was van uitwisseling van claims tussen alle afzonderlijke segmenten van de Installatiesector, is onjuist. Dit volgt ook niet uit het Rapport.
25. Het vorenstaande leidt de Raad tot de slotsom dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg zoals beschreven in het Rapport. Eventuele verschillen tussen het door de Onderneming beschreven vooroverleg en het systeem van vooroverleg zoals in het Rapport beschreven zijn niet van dien aard dat het Rapport niet kan worden geacht een adequate beschrijving te bevatten van de door de Onderneming begane overtreding. De Raad volgt de Adviescommissie op dit punt niet. Naar het oordeel van de Raad is dan ook, waar het gaat om de door de Onderneming gepleegde overtreding, voldaan aan de vereisten van voormeld artikel 59, tweede lid, Mw.
26. De Raad overweegt daarbij ten overvloede dat de Onderneming met de ondertekening van de clementietoezegging heeft verklaard te hebben deelgenomen aan het systeem van vooroverleg zoals beschreven in het Rapport. In de bijlage bij deze toezegging is immers een beschrijving gegeven van de overtreding waarop de toezegging betrekking heeft en is

¹⁴ Zie randnummers 85 en 88 van het Rapport.

vermeld dat deze is gebaseerd op informatie zoals verstrekt door de Onderneming.¹⁵

27. De Raad verwerpt de bezwaren op dit punt.

De deelname van de Onderneming aan het systeem van vooroverleg

28. De Onderneming stelt dat de door clementieverzoeker GTI vermelde projecten waarbij volgens deze vooroverleg heeft plaatsgevonden, alle tot het watersegment behoren. Zij betwist dat hierbij afspraken zijn gemaakt. Ook de verklaring van clementieverzoeker HVL ziet volgens de Onderneming uitsluitend op het watersegment. Bovendien echter maakt de verklaring van HVL geen deel uit van het zogenoemde individuele bewijsdossier dat de NMa aan de Onderneming heeft toegezonden. Dit is in strijd met artikel 9:1 Awb, aldus de Onderneming.

29. De Adviescommissie gaat niet expliciet in op de bezwaren van de Onderneming betreffende de waardering van de bewijsstukken. Zij adviseert de Raad in dit verband slechts om na te gaan of het aan de Onderneming toegezonden dossier het hiervoor bedoelde stuk, afkomstig van clementieverzoeker HVL, omvat. Is dit niet het geval, dan is de Raad gehouden dit stuk niet in de bewijsvoering te betrekken, aldus de Adviescommissie.

30. De Raad volgt het Advies van de Adviescommissie op dit punt niet en overweegt daartoe als volgt.

31. 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 van vooroverleg. In de onderzoeksfase heeft de NMa als invulling van de vrije bewijsleer ten aanzien van clementieverzoekers als regel gehanteerd dat deelname van een onderneming aan het systeem van vooroverleg wordt aangenomen op basis van de eigen verklaring en bevestiging daarvan in één van de overige bewijsmiddelen waarover de NMa beschikt. In de sanctiefase zijn de ingebrachte mondelinge en schriftelijke zienswijzen en de stukken in het dossier in de context van de afgelegde verklaringen over het systeem van vooroverleg opnieuw beoordeeld. Op grond van deze herbeoordeling heeft de Raad in het bestreden besluit de deelname van de Onderneming aan de overtreding voldoende aannemelijk geacht.

32. Zoals de Raad hiervoor in randnummer 18 reeds heeft overwogen, heeft de Onderneming in haar eigen clementieverzoek aangegeven betrokken te zijn geweest bij afspraken met andere ondernemingen ter vaststelling van “*de inschrijffijfers ten behoeve van projecten ten*

¹⁵ Zie dossierstuk 4933/36.

tijde van zogenaamde voorvergaderingen middels het systeem van blanken” in de sector “*werktuigbouw bestaande uit mechanische en constructieve installaties ten behoeve van drink- en afvalwaterinstallaties*”. In deze bezwaarprocedure stelt de Raad – opnieuw – vast dat de Onderneming daarbij acht projecten heeft vermeld waarbij sprake is geweest van de bedoelde voorvergaderingen.

33. De Raad acht verder van belang dat ten minste één andere clementieverzoeker, te weten (TBI) HVL, onafhankelijk van de Onderneming heeft verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan vooroverleg. TBI (HVL) heeft aangegeven dat zij in drie gevallen betrokken is geweest bij afspraken die gericht waren “*zowel op de vaststelling van prijzen als op een evenwichtige verdeling van de beschikbare productiecapaciteit met betrekking tot elektrotechnische en werktuigbouwkundige installaties ten behoeve van pompinstallaties en gemalen, die in Nederland zijn aanbesteed in de periode van april 1998 tot eind 2000*”.¹⁶ In een bijlage bij het clementieverzoek met daarop de namen van de bij afspraken betrokken ondernemingen staan de naam en de adresgegevens van de Onderneming vermeld.
34. Daarnaast heeft clementieverzoeker GTI bij haar clementieverzoek een overzicht van projecten in de “*Watersector*” in de periode van 1998 tot en met 2004 overgelegd. Hierop is per jaar aangegeven de naam van de desbetreffende projecten, of daarbij sprake is geweest van een zogenoemde “*VOMW-vergoeding*”, of daarbij sprake is geweest van vooroverleg en welke ondernemingen daarbij betrokken zijn geweest. Achter de projecten “*Nuland*”, “*Rozendaal*”, “*Deventer*”, “*De Laak*” en “*Gouda*” en in de kolom “*vooroverleg*” staat steeds “*j*”, hetgeen staat voor “*ja*”. Daarachter staat in de kolom “*betrokken*” de naam van de Onderneming. Achter het project “*Nuland*” staat in de kolom “*VOMW-vergoeding*” vermeld “*n*”, hetgeen staat voor “*nee*”.
35. De Raad ziet geen grond voor het oordeel dat het clementieverzoek van de Onderneming, de verklaring van (TBI) HVL en de door GTI overgelegde stukken betrekking hebben op andere gedragingen dan die beschreven in het Rapport. Zoals hiervoor reeds overwogen, komt de beschrijving van het vooroverleg in het watersegment die deze en andere clementieverzoekers hebben gegeven en de terminologie die hierbij is gebruikt overeen met de beschrijving van het systeem van vooroverleg in het Rapport. De Raad volstaat hier verder met te verwijzen naar de randnummers 24 en 25 van dit besluit.
36. De Raad ziet voorts in het enkele feit dat het door GTI overgelegde overzicht op basis van eigen herinneringen is opgesteld onvoldoende aanleiding om te twijfelen aan de juistheid van dit overzicht. Daarbij kan er niet aan worden voorbijgegaan dat de Onderneming erkent te hebben deelgenomen aan vooroverleg bij projecten in het watersegment. Voorts

¹⁶ Zie dossierstuk 4933/56.

geldt dat verklaringen van clementieverzoekers veelal zijn opgesteld op basis van eigen informatie en vaak concrete gedetailleerde informatie bevatten. Om voor clementie in aanmerking te komen dient een onderneming schriftelijk te verklaren dat zij de overtreding “naar haar kennis juist en volledig” heeft omschreven. Als de verklaring onjuist blijkt te zijn, kan de toegezegde clementie volledig komen te vervallen,¹⁷ terwijl de Raad de door de clementieverzoeker afgelegde verklaringen wel tegen haar kan blijven gebruiken. Ook het Gerecht van Eerste Aanleg heeft geoordeeld dat het onlogisch zou zijn wanneer clementieverzoekers misleidende of onjuiste informatie zouden verstrekken. “*The fact of seeking to benefit from the application of the Leniency Notice in order to obtain a reduction in the fine does not necessarily create an incentive for the other participants in the offending cartel to submit distorted evidence. Indeed, any attempt to mislead the Commission could call into question the sincerity and the completeness of cooperation of the person seeking to benefit, and therefore jeopardise his chances of benefiting fully under the Leniency Notice*”.¹⁸ Gelet op dit risico en de concrete details over het bestaan van de verboden gedraging, kunnen verklaringen van clementieverzoekers worden beschouwd als bewijs van deelname aan het systeem van vooroverleg.

37. Ook in hetgeen de Onderneming overigens naar voren heeft gebracht ziet de Raad geen reden om te twijfelen aan de juistheid van het door GTI overgelegde overzicht. Zo heeft de Onderneming haar stelling dat bij de projecten “*Deventer*”, “*Rozendaal*”, “*De Laak*” en “*Gouda*” wel sprake is geweest van een oproep voor vooroverleg, maar dat er geen afspraken zijn gemaakt, onvoldoende onderbouwd. Het overzicht van GTI biedt zelf geen aanwijzingen voor dat standpunt. Daarbij wijst de Raad er nog op dat hij in randnummer 75 van zijn schriftelijke zienswijze¹⁹, anders dan de Onderneming betoogt, niet heeft willen stellen dat vooroverleg bij het project “*Deventer*” niet heeft plaatsgehad. Hij heeft slechts willen aangeven dat, hoewel de naam “*Deventer*” twee keer in de van GTI afkomstige stukken wordt vermeld, er geen bewijs is dat daarmee wordt gedoeld op twee afzonderlijke projecten. Voorts betekent het feit dat het project “*Nuland*” volgens opgave van GTI overeenkomstig de reguliere procedure van de Vereniging van Ondernemers in de Milieutechniek en Waterbeheersing (hierna ook: VOMW) is “afgewikkeld”, niet zonder meer dat hierover geen vooroverleg heeft plaatsgehad. Dit laatste kan in ieder geval niet uit de op de zaak betrekking hebbende stukken worden afgeleid.

¹⁷ Zie artikel 22 van de Richtsnoeren Clementietoezegging met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge artikel 6 Mededingingswet en artikel 81 EG-Verdrag juncto artikelen 56, 57 en 62 Mededingingswet van 1 juli 2002, Stcrt. 1 juli 2002, nr. 122, laatstelijk gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 28 maart 2006, Stcrt. 29 maart 2006, nr. 63.

¹⁸ Zaak T-120/04, *Peróxidos Orgánicos SA v. Commission*, 16 november 2006, r.o. 70.

¹⁹ Zie dossierstuk 4933/61.

38. De Raad overweegt over het gebruik van de verklaring van HVL als bewijsmiddel dat het desbetreffende stuk steeds deel heeft uitgemaakt van het algemene dossier in de sanctiezaak betreffende de Installatiesector. Dit stuk is overeenkomstig artikel 60, tweede lid, Mw, tezamen met de overige op deze zaak betrekking hebbende stukken, met ingang van 9 januari 2006 gedurende een periode van zes weken ter inzage gelegd. De Onderneming is hiervan bij brief van 23 december 2005 in kennis gesteld. Derhalve kan niet worden staande gehouden dat de Onderneming voorafgaand aan het nemen van het bestreden besluit van de verklaring van HVL geen kennis heeft kunnen nemen. De Raad wijst er op dat de Mededingingswet, de Awb noch de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de Raad verplichten om de op de zaak betrekking hebbende stukken aan een belanghebbende toe te zenden. Van strijd met artikel 9:1 Awb, dat betrekking heeft op het zogenoemde klachtrecht en derhalve voor de onderhavige zaak niet rechtstreeks van belang is, is geen sprake. Het enkele feit dat het stuk van HVL abusievelijk niet was opgenomen in het onverplicht door de Raad aan de Onderneming toegezonden zogeheten 'individuele bewijsdossier' betekent naar het oordeel van de Raad dan ook niet dat dit stuk in de onderhavige zaak buiten beschouwing moet worden gelaten.
39. Daar komt nog bij dat, zelfs als zou moeten worden geoordeeld dat aan de voorbereiding van het bestreden besluit wegens het ontbreken van de verklaring van TBI (HVL) in het aan de Onderneming toegezonden 'individuele bewijsdossier' een gebrek kleefte, dit gebrek moet worden geacht in deze bezwaarprocedure te zijn hersteld. Bij brief van 1 februari 2007 is het desbetreffende stuk immers alsnog aan de Onderneming toegezonden, terwijl de Onderneming daarbij voorts opnieuw in de gelegenheid is gesteld om de op de zaak betrekking hebbende stukken ten kantore van de NMa in te zien. De Onderneming is door de gevolgde procedure derhalve niet in haar verdediging geschaad.
40. Gelet hierop, ziet de Raad geen grond voor het oordeel dat de verklaring van TBI (HVL) in deze zaak buiten beschouwing moet worden gelaten.
41. De Raad komt op grond van al het vorenstaande tot de conclusie dat zowel het door GTI overgelegde overzicht als de verklaring van TBI (HVL) moeten worden aangemerkt als een bevestiging van de eigen verklaring van de Onderneming en dat derhalve voldoende aannemelijk is dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het in het Rapport beschreven systeem van vooroverleg. De stelling van de Onderneming dat andere betrokken ondernemingen geen Rapport hebben ontvangen kan daar niet aan af doen. De Raad merkt daarbij op dat slechts die ondernemingen jegens wie een redelijk vermoeden bestond dat zij hadden deelgenomen aan de overtreding, een rapport hebben ontvangen.
42. De Raad verwierpt de bezwaren op dit punt.

De vaststelling van de Aanbestedingsomzet 2001

43. De Onderneming betoogt dat de Raad ten onrechte van haar heeft verlangd dat zij een volledige opgave, als bedoeld in randnummer 11 van de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de installatie-deelsector (hierna: de Boetebekendmaking),²⁰ van de Aanbestedingsomzet 2001 doet. Zij stelt daartoe dat het voor haar onmogelijk is om de contractwaarde van alle opdrachten die zij in 2001 in aanbesteding heeft verworven te achterhalen. In andere deelsectoren binnen de bouw was de boete gebaseerd op de gefactureerde omzet van de betrokken ondernemingen, aldus de Onderneming. Volgens de Onderneming leidt een boete gebaseerd op een volledige opgave van de Aanbestedingsomzet 2001, bovendien tot een benadeling in vergelijking met andere ondernemingen in de Installatiesector. Zij stelt met een beroep op het gelijkheidsbeginsel dat de Raad in haar geval ten onrechte niet akkoord is gegaan met een beperkte opgave van de Aanbestedingsomzet 2001, als bedoeld in randnummer 12, aanhef en onder ii, van de Boetebekendmaking, althans met een opgave, gebaseerd op de bij de VOMW afgemelde verworven omzet uit meervoudige werken.
44. De Adviescommissie begrijpt het bezwaar van de Onderneming als een betoog dat de Raad op grond van artikel 4:84 Awb gehouden zou zijn om het beleid, zoals neergelegd in de Boetebekendmaking niet onverkort op de Onderneming toe te passen. De Adviescommissie overweegt in het Advies dat onverkorte toepassing van dat beleid voor de Onderneming leidt tot onevenredig zware beboeting in verhouding tot ondernemingen die zowel in de Installatiesector als in het watersegment werkzaam zijn, nu de forfaitaire opslag van 10% onvoldoende recht doet aan de omzet die enkele ondernemingen in het watersegment beweerdelijk hebben gehaald. De Adviescommissie adviseert het bezwaar betreffende de toepassing van de Boetebekendmaking in zoverre gegrond te verklaren.
45. De Raad volgt de Adviescommissie op dit punt niet en overweegt daartoe als volgt.
46. De Raad stelt voorop dat de vaststelling van de boete(grondslag) binnen zijn beleidsruimte valt. De Raad constateerde in verschillende deelsectoren van de bouw een wijdverbreide praktijk van mededingingsbeperkende gedragingen en afspraken en heeft gekozen voor een beboetingssystematiek die daarbij aansluit. Een efficiënte en sectorbrede aanpak vereiste aanpassing en vereenvoudiging van het bestaande boetebeleid. Om volledige transparantie te betrachten en rechtseenheid en

²⁰ Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de installatie-deelsector van 21 april 2005, Stort. 2005, nr. 78, p. 34.

rechtsgelijkheid te waarborgen heeft de NMa, in aanvulling op haar (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting,²¹ dit beleid vastgelegd en bekendgemaakt in de Boetebekendmaking. Het geldend wettelijk kader, waaronder uitdrukkelijk de discretionaire bevoegdheid ex artikel 56 Mw, en de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting, biedt ruimte om een andere boetegrondslag te kiezen.

47. Gezien de algemene aard van de verboden praktijk acht de NMa het eerder passend om bij de boetegrondslag uit te gaan van de aanbestedingsomzet van de individuele ondernemingen dan uit te gaan van de omzet van alle individuele bouwprojecten zoals toepassing van de (algemene) Richtsnoeren boetetoemeting zou vergen. Uit oogpunt van snelheid en eenvoud, alsook om de administratieve lasten voor de NMa en de ondernemingen zo laag mogelijk te houden, heeft de NMa gemeend de periode waarover de Aanbestedingsomzet in acht moet worden genomen, te moeten beperken tot één jaar, namelijk 2001.
48. Uitgangspunt van de Boetebekendmaking is dat de onderneming een volledige opgave doet van de Aanbestedingsomzet 2001. Dit houdt in dat de onderneming aan de hand van haar eigen administratie de contractwaarden van alle opdrachten ter uitvoering van Installatiewerken in Nederland die zij in 2001 in aanbesteding heeft verworven, bij elkaar op moet tellen. Daarnaast echter wordt - wederom uit oogpunt van snelheid en eenvoud en om de administratieve lasten voor de NMa en de ondernemingen te beperken - in de Boetebekendmaking aan ondernemingen de mogelijkheid geboden om een beperkte opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 te doen. Dit betekent dat een onderneming die in 2001 op grond van de Deelnemersovereenkomst was aangesloten bij de Stichting Aanbestedingsvraagstukken Installatietechniek (hierna: SAVI), kan volstaan met opgave van een bij SAVI schriftelijk op te vragen overzicht van afgemelde omzet in 2001 uit meervoudige werken²², dat wordt ondersteund door een 'Rapport van feitelijke bevindingen inzake afgemelde omzet 2001' van Ernst & Young Accountants (de accountant van SAVI). Deze mogelijkheid om beperkte opgave te doen kon worden gecreëerd, omdat de NMa heeft kunnen vaststellen dat de SAVI-administratie een degelijke administratie is. De NMa heeft dit niet kunnen vaststellen ten aanzien van de administratie van de VOMW, omdat deze administratie niet beschikbaar was. Om eventuele ongelijkheid tussen SAVI-deelnemers en niet-SAVI-deelnemers ten aanzien van

²¹Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, Stcrt. 21 december 2001, nr. 248, zoals gewijzigd bij besluit van de directeur-generaal van de NMa van 27 juni 2005, Stcrt. 28 juni 2005, nr. 122 en thans opgenomen in de, op 1 juli 2007 in werking getreden, Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit – inhoudende regels voor de toemeting van boetes op grond van de wetgeving waarmee de Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast, Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123.

²² Zoals bedoeld in artikel 15 van de Deelnemersovereenkomst van SAVI zoals in 2001 van kracht.

de beboeting te voorkomen, wordt ook niet-SAVI-deelnemers de mogelijkheid geboden om beperkte opgave te doen van de Aanbestedingsomzet 2001. Dat wil zeggen dat zij opgave kunnen doen als ware zij op grond van de Deelnemersovereenkomst aangesloten bij de SAVI: zij kunnen bij beperkte opgave die opdrachten buiten beschouwing laten die buiten de als SAVI-deelnemer af te melden omzet uit meervoudige werken vallen. Ingevolge randnummer 12, aanhef en onder ii, sub 3, onder a, van de Boetebekendmaking gaat het daarbij onder meer om opdrachten in het watersegment.

49. Indien een onderneming kiest voor een beperkte opgave, past de Raad ingevolge randnummer 13 van de Boetebekendmaking een algemeen forfaitaire opslag toe van maximaal 15%. In de sanctiebesluiten waarin dit aan de orde was, is dit percentage vastgesteld op 10%. Doel van deze opslag is om het verschil tussen de Aanbestedingsomzet 2001 en de beperkte opgave op te heffen. Om dezelfde reden is in de Boetebekendmaking bij de definitie van Aanbestedingsomzet 2001 gekozen voor de contractwaarde van opdrachten en niet van behaalde omzet, zoals in andere deelsectoren van de bouw.
50. Daarnaast is in randnummer 14 van de Boetebekendmaking aangegeven dat, in het geval een beperkte opgave overeenkomstig randnummer 12 evident als niet-representatief voor de Aanbestedingsomzet 2001 kan worden aangemerkt, de NMa van de betreffende onderneming kan verlangen dat zij alsnog volledige opgave doet overeenkomstig randnummer 11. Dit laatste geldt uitsluitend voor ondernemingen waarbij de Aanbestedingsomzet 2001 voornamelijk wordt gegenereerd uit opdrachten zoals genoemd in voormeld randnummer 12, aanhef en onder ii, sub 3, van de Boetebekendmaking.
51. De Raad is van oordeel dat de Boetebekendmaking niet in strijd is met enige wettelijke bepaling en dat evenmin sprake is van een overschrijding van zijn beleidsruimte. Blijkens voormeld randnummer 14 is in de Boetebekendmaking uitdrukkelijk rekening gehouden met het door de Onderneming beschreven geval van een onderneming die weliswaar SAVI-deelnemer was, en derhalve in beginsel een beperkte opgave mocht doen, maar haar omzet hoofdzakelijk behaalde in het watersegment. Een dergelijke onderneming moet op grond van deze laatste bepaling een volledige opgave doen. Mede gelet hierop, kan naar het oordeel van de Raad in zijn algemeenheid worden gesteld dat een forfaitaire opslag van 10% toereikend is om het verschil tussen de Aanbestedingsomzet 2001 en de beperkte opgave op te heffen. Wellicht is dit in individuele gevallen anders, maar dit is inherent aan een voor de gehele deelsector vastgestelde methodiek. De Adviescommissie is hier naar het oordeel van de Raad ten onrechte aan voorbijgegaan.

52. Vaststaat dat de Onderneming geen SAVI-deelnemer was en daarom geen beperkte opgave als bedoeld in voormeld randnummer 12, aanhef en onder i, kon doen. De NMa heeft aangegeven dat de Onderneming een opgave Aanbestedingsomzet 2001 kon indienen die mede was gebaseerd op gegevens van de VOMW. Zoals hiervoor in randnummer 48 overwogen kon de NMa echter niet uitgaan van de betrouwbaarheid van de VOMW-administratie. De NMa heeft dit aan de Onderneming laten weten en aangegeven dat de Onderneming alleen als hulpmiddel gebruik kon maken van de gegevens van de VOMW om tot een volledige opgave in de zin van de Boetebekendmaking te komen. Toen de Onderneming een opgave Aanbestedingsomzet 2001 indiende waarbij uitsluitend gebruik was gemaakt van de gegevens van de VOMW, had de NMa geen andere keuze dan de opgave als onvolledig te beschouwen wegens het ontbreken van een aansluiting bij de eigen administratie.
53. De Raad overweegt voorts dat in het geval van de Onderneming een beperkte opgave, als bedoeld in voormeld randnummer 12, aanhef en onder ii, evident niet-representatief is, nu haar omzet uitsluitend wordt gegenereerd in het watersegment. Hij heeft dan ook van de Onderneming mogen verlangen dat zij alsnog volledige opgave doet overeenkomstig randnummer 11 van de Boetebekendmaking. De Raad overweegt daarbij dat de Onderneming hem er ook in deze bezwaarprocedure niet van heeft overtuigd dat zij tot het doen van een dergelijke volledige opgave niet in staat is. Zo kan uit de door de Onderneming overgelegde verklaringen van haar accountant van 20 en 21 februari 2007²³ niet worden afgeleid dat het achterhalen van de contractwaarde van opdrachten onmogelijk zal zijn, maar hooguit dat dit niet eenvoudig is en uitgebreid onderzoek zou vergen. De Raad wijst er daarbij op dat andere ondernemingen die in een vergelijkbare situatie als de Onderneming verkeerden wel in staat zijn gebleken om een volledige opgave te doen. Naar het oordeel van de Raad werd ook geen onevenredige inspanning van de Onderneming gevraagd. Net als andere ondernemingen die een volledige opgave hebben gedaan van hun Aanbestedingsomzet 2001 kon de Onderneming, zoals in randnummer 52 overwogen, immers als hulpmiddel gebruik maken van interne dan wel externe bronnen, zoals opdrachtgevers en gegevens van de VOMW, om de Aanbestedingsomzet 2001 uit haar eigen administratie te destilleren. Gelet hierop en bij gebreke van een volledige opgave, is de Raad van oordeel dat hij in het bestreden besluit bij de vaststelling van de boetegrondslag terecht is uitgegaan van een geschatte Aanbestedingsomzet 2001.
54. Ten aanzien van de stelling van de Onderneming dat zij wordt benadeeld in vergelijking met andere ondernemingen in de Installatiesector, overweegt de Raad dat de Onderneming en de ondernemingen die beperkte opgave hebben kunnen doen, zich niet

²³ Zie dossierstuk 4933/64.

in vergelijkbare omstandigheden bevinden. Laatstgenoemde ondernemingen zijn immers niet voornamelijk of uitsluitend actief in het watersegment, dan wel zijn bij de SAVI aangesloten. Daarnaast merkt de Raad - nogmaals - op dat van de VOMW-administratie niet kan worden vastgesteld dat deze betrouwbaar is, zodat ook in zoverre geen sprake is van een vergelijkbare situatie. Voorts geldt dat bij ondernemingen die voor hun beperkte opgave gebruik hebben kunnen maken van gegevens van SAVI, de in randnummer 13 van de Boetebekendmaking bedoelde correctie wordt toegepast. Zoals hiervoor in randnummer 51 van dit besluit is overwogen, dekt deze wellicht in individuele gevallen niet volledig de buiten beschouwing gelaten Aanbestedingsomzet 2001, maar dat is inherent aan een voor de gehele deelsector vastgestelde methodiek.

55. Uit al het vorenstaande volgt dat geen sprake is van een bijzondere omstandigheid als bedoeld in artikel 4:84 Awb op grond waarvan moet worden geoordeeld dat de Onderneming bij de opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 in afwijking van de Boetebekendmaking moet kunnen volstaan met een overzicht van de bij de VOMW afgemelde verworven omzet uit meervoudige werken. De Raad volgt in zoverre het Advies van de Adviescommissie niet.
56. De Raad overweegt ten overvloede dat hij bij brief van 27 augustus 2007 de Onderneming nog heeft verzocht om aan te geven of zij alsnog volledige opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 zal doen. De Onderneming heeft deze vraag ontkennend beantwoord.²⁴
57. Tot slot overweegt de Raad dat van de Boetebekendmaking kan worden afgeweken, indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheden leidt. Daarbij is in het onderhavige geval van belang dat de Raad bij de vaststelling van de boetegrondslag heeft moeten uitgaan van een geschatte Aanbestedingsomzet 2001. De Raad heeft voor de schatting van de Aanbestedingsomzet 2001 een methodiek ontwikkeld, waarbij onder meer de grootte van een onderneming in aanmerking wordt genomen.²⁵ Gelet op de grootte van de Onderneming, heeft de Raad de Aanbestedingsomzet 2001 terecht geschat op EUR 9.800.000,00. Mede in aanmerking nemend dat de Raad van een geschatte Aanbestedingsomzet 2001 heeft moeten uitgaan, kan niet worden geoordeeld dat onverkorte toepassing van de Boetebekendmaking tot evidente onbillijkheden leidt.
58. De Raad verwerpt de bezwaren op dit punt.

Boeteverhogende omstandigheid

²⁴ Zie dossierstukken 4933/73 en 4933/74.

²⁵ Zie dossierstuk 4933/34.

59. De Onderneming betoogt dat de Raad ten onrechte een boeteverhoging van 1% van de bruto-boete heeft toegepast. Zij stelt dat zij nooit heeft geweigerd om opgave te doen van de Aanbestedingsomzet 2001, maar dat zij niet in staat was om een opgave te doen van de verworven omzet.
60. De Adviescommissie overweegt dat de Onderneming op terechte gronden heeft mogen menen dat het aanleveren van de Aanbestedingsomzet 2001 op grond van een volledige opgave in een te hoge boete zou resulteren en dat de Onderneming onder die omstandigheden niet van een oncoöperatieve houding mag worden beticht, laat staan dat deze houding afzonderlijke beboeting zou rechtvaardigen. De Adviescommissie adviseert het bezwaar aangaande de 1% verhoging van de boete gegrond te verklaren.
61. De Raad volgt de Adviescommissie op dit punt niet en overweegt daartoe als volgt.
62. De Onderneming heeft, ondanks herhaaldelijk verzoek van de Raad, geen medewerking verleend in de vorm van het opgeven van de Aanbestedingsomzet 2001 overeenkomstig de Boetebekendmaking. Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor onder randnummer 53 van dit besluit is overwogen, is de Raad er ook in deze bezwaarprocedure niet van overtuigd dat er gerechtvaardigde redenen waren die de Onderneming hebben belemmerd opgave te doen overeenkomstig de Boetebekendmaking. De Raad houdt vast aan zijn standpunt dat daardoor afbreuk is gedaan aan een efficiënte en correcte behandeling van deze zaak en dat de Onderneming hiervan een verwijt kan worden gemaakt. Gelet hierop, is de Raad van oordeel dat in het bestreden besluit terecht een verhoging van de bruto-boete van 1% is toegepast.
63. De Raad verwerpt de bezwaren op dit punt.

Clementie

64. De Onderneming stelt dat zij dient te worden aangemerkt als eerste melder van een afzonderlijke overtreding van de Mededingingswet in het watersegment en om die reden recht heeft op een clementiepercentage van meer dan 40%. Nog afgezien van de vraag of zij als eerste melder van een afzonderlijke overtreding kan worden aangemerkt, meent de Onderneming aanspraak te kunnen maken op een clementiepercentage van 50%, gelijk ondernemingen in de procedure betreffende de grond-, wegen- en waterbouwsector (hierna: GWW-sector).
65. De Adviescommissie overweegt hierover dat, in het licht van het ten aanzien van het Rapport en de Boetebekendmaking overwogene, de Raad niet kan volstaan met het betoog, zoals opgenomen in zijn schriftelijke zienswijze. De Adviescommissie adviseert

de Raad om bij de heroverweging met dit bezwaar op passende wijze rekening te houden.

66. De Raad volgt de Adviescommissie op dit punt niet en overweegt daartoe als volgt.
67. Zoals hiervoor in randnummer 25 van dit besluit is vastgesteld, was geen sprake van een afzonderlijke overtreding van de Mededingingswet in het watersegment. De stelling van de Onderneming dat zij als eerste om clementie heeft verzocht kan om die reden geen stand houden.²⁶ Hierin kan derhalve geen grond worden gevonden voor een verhoging van de boetevermindering die aan de Onderneming is toegekend.
68. De Raad stelt voorts voorop dat het clementiebeleid een invulling is van artikel 57 Mw, en dat toepassing daarvan valt binnen zijn beleidsvrijheid en beoordelingsruimte. Het clementiepercentage van maximaal 40% zoals dat is vastgesteld in de Installatiesector is gemotiveerd in de Boetebekendmaking en de Richtsnoeren Clementietoezegging. Een nadere motivering van het maximale percentage van 40% met concrete feiten en omstandigheden kan daarom slechts dienen om meer inzicht te verschaffen in de afwegingen die de Raad bij de toepassing van het clementiebeleid heeft gemaakt.
69. Clementie is in essentie een instrument dat zaakgebonden wordt toegepast. Het clementiepercentage dat uiteindelijk wordt toegekend dient te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval, in casu de omstandigheden in de Installatiesector. Met name is van belang i) het tijdstip waarop de informatie is verstrekt en ii) de additionele waarde van de verschaft informatie. In onderhavige zaak wordt bij het bepalen van de additionele waarde onderscheid gemaakt in a) de periode vanaf de start van het onderzoek tot ontvangst van het eerste clementieverzoek en b) de periode vanaf het clementieverzoek van Unica Installatie-groep B.V. (hierna: Unica) op 24 februari 2004.

i) Het tijdstip waarop de informatie is verstrekt

70. De clementieverzoeken van de ondernemingen die in aanmerking komen voor Categorie C²⁷ zijn ontvangen na ontvangst van het eerste clementieverzoek in de Installatiesector op 24 februari 2004. Op laatstbedoeld moment had de NMa ruim anderhalf jaar onderzoek verricht naar overtredingen van de Mededingingswet door ondernemingen, werkzaam in de Installatiesector. Dit onderzoek is gestart op 29 augustus 2002 naar aanleiding van de verklaring van een voormalig werknemer van Unica die zij op 26

²⁶ 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 Installatiesector.

²⁷ Zie randnummer 7 van de Richtsnoeren Clementietoezegging.

augustus 2002 had afgelegd tijdens een openbare hoorzitting van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid.

ii) De additionele waarde van de verschaft informatie in vergelijking met de informatie waarover de NMa uit andere hoofde de beschikking heeft

a) Periode vanaf 29 augustus 2002 tot ontvangst eerste clementieverzoek

71. Na opening van het onderzoek in 2002 heeft de NMa diverse gerichte stappen gezet. Deze stappen zijn op hoofdlijnen beschreven in hoofdstuk 2 van het Rapport. In het navolgende wordt per stap kort de waarde daarvan voor het onderzoek aangegeven.
72. Bij brief van 31 augustus 2002 heeft de bovengenoemde voormalig werknemster van Unica²⁸ een aantal documenten ter beschikking gesteld aan de NMa. Daarnaast heeft zij op verzoek de NMa een kopie doen toekomen van het zogenoemde 'claimbestand' van Unica. Op 15 oktober 2002 heeft de NMa haar gehoord over de door haar verstrekte informatie.
73. Het claimbestand zoals overhandigd door de voormalig werknemster van Unica bevatte tientallen projecten over de jaren 1992 tot en met 1998 in de categorieën 'werktuigbouw', 'elektrotechniek' en 'sprinkler' waarover Unica klaarblijkelijk afspraken had gemaakt. Het bestand bevat naast Unica de namen van tientallen andere installatiebedrijven die bij de afspraken betrokken waren. Uit het claimbestand en de verklaring van de voormalig werknemster volgde voor de NMa een redelijk vermoeden dat een groot aantal in Nederland gevestigde installatiebedrijven voor de inschrijvingsdata van projecten bij elkaar zijn gekomen, waarbij is afgestemd wie van hen de opdracht krijgt en voor welk bedrag wordt ingeschreven. Mede op basis hiervan is besloten om bedrijfsbezoeken te verrichten. Dit blijkt uit een interne notitie van 26 maart 2003 waarin door het onderzoeksteam van de NMa de stand van zaken wordt weergegeven.²⁹
74. De NMa heeft in 2003 – derhalve vóór ontvangst van de clementieverzoeken – bij een tiental bedrijven bedrijfsbezoeken afgelegd, met een zwaartepunt in de eerste helft van 2003. Tijdens deze bedrijfsbezoeken zijn schriftelijke en digitale gegevens gekopieerd. Daarnaast heeft de NMa mondelinge inlichtingen gevorderd van natuurlijke personen, die werkzaam zijn of zijn geweest bij ondernemingen in de installatiesector van wie het vermoeden bestond dat zij direct betrokken waren bij de onderzochte gedragingen.

²⁸ Zij is bij Unica werkzaam geweest van mei 1998 tot en met december 1999.

²⁹ Zie dossierstuk 3150/ 1349.

Nagenoeg alle natuurlijke personen hebben met betrekking tot de onderzochte gedragingen een beroep gedaan op hun zwijgrecht.

75. Uit voornoemde interne notitie van 26 maart 2003 blijkt dat het onderzoeksteam na analyse van de naar aanleiding van de op dat moment verrichte bedrijfsbezoeken, diverse onderzoekstrajecten onderscheidde, waaronder het claimbestand van Unica. De NMa beschikte door de verrichte bedrijfsbezoeken inmiddels over handgeschreven claimoverzichten en diverse stukken met aanwijzingen dat ten aanzien van een aantal concrete projecten tussen verschillende – steeds wisselende – installatiebedrijven afstemming had plaatsgevonden over het inschrijfgedrag. Een aantal van deze projecten correspondeerde met de projecten genoemd in het claimbestand van Unica. Deze informatie bevestigde het vermoeden van de NMa dat installatiebedrijven claimbestanden bijhielden op basis waarvan projecten werden verdeeld. In de notitie wordt hierbij opgemerkt dat nader onderzoek vereist is om het bewijs sluitend te krijgen.

b) Periode vanaf clementieverzoek Unica op 24 februari 2004

76. Op 24 februari 2004, om 13.53 uur, heeft Unica als eerste een clementieverzoek ingediend betreffende structurele overtredingen van de mededingingsregels in de Installatiesector. Aangezien de NMa in dit geval reeds een onderzoek had gestart, kon Unica in aanmerking komen voor Categorie B (boetevermindering van ten minste 50% tot maximaal 100%)³⁰ en niet meer voor Categorie A.³¹
77. Unica heeft in het kader van haar clementieverzoek verschillende documenten en een diskette met een claimbestand overhandigd, schriftelijke verklaringen afgelegd en vragen beantwoord. Het claimbestand bevatte de namen van diverse ondernemingen en diverse projecten. In haar verklaringen heeft Unica uitgebreid de onderzochte overtredingen van de Mededingingswet beschreven. De door Unica verschaft informatie bevestigde de authenticiteit van het claimbestand dat de NMa in een eerder stadium van een voormalig werknemer had ontvangen. Het claimbestand van Unica besloeg in vergelijking met dit bestand een langere periode (1998 t/m 2001) en bevatte meer projecten en meer betrokken ondernemingen. Het voorgaande betekende dat de informatie die Unica verschaft voor de NMa aanzienlijke additionele waarde had. Omdat Unica zich verder heeft verbonden aan de voorwaarden die gelden voor clementieverzoekers in Categorie B³² – waaronder de verplichting van volledige medewerking – heeft zij hiervoor 70% boetevermindering gekregen.

³⁰ Zie randnummer 6 van de Richtsnoeren Clementietoezegging.

³¹ Zie randnummer 5 van de Richtsnoeren Clementietoezegging.

³² Zie randnummer 6 van de Richtsnoeren Clementietoezegging.

78. Na Unica hebben diverse andere ondernemingen, waaronder de Onderneming de NMa om clementie verzocht. Omdat de NMa reeds een clementieverzoek had ontvangen, konden zij uitsluitend in aanmerking komen voor Categorie C (boetevermindering van 10% tot 50%) en niet meer voor Categorie B. De NMa heeft deze clementieverzoeken individueel getoetst aan de criteria zoals opgenomen in de Boetebekendmaking.
79. De Onderneming heeft naar aanleiding van voornoemde toets aan de criteria van de Boetebekendmaking 40% boetevermindering verkregen. De Raad acht deze criteria en dit percentage, welk percentage valt binnen de bandbreedte zoals die is opgenomen in de Richtsnoeren, in het licht van de hiervoor weergegeven feiten en omstandigheden redelijk en passend.
80. De Raad verwerpt de bezwaren op dit punt.

3 Overige bezwaren van de Onderneming

Boetevermindering wegens deelname aan de versnelde procedure

81. De Onderneming stelt voorts dat zij in aanmerking dient te komen voor vermindering van de boete wegens deelname aan de versnelde procedure, omdat zij buiten haar schuld niet aan deze procedure heeft kunnen deelnemen.
82. De Adviescommissie acht deze bezwaargrond ongegrond, nu de Onderneming de essentie van het Rapport uitvoerig heeft betwist.
83. De Raad volgt op dit punt het Advies van de Adviescommissie. Hij voegt daar aan toe dat de Onderneming zelf bij brief van 1 september 2005³³ de NMa te kennen heeft gegeven zich niet te herkennen in het Rapport en om die reden haar machtiging voor deelname aan de versnelde procedure heeft ingetrokken. Zij heeft daarmee niet voldaan aan de voorwaarden voor deelname aan de versnelde procedure. De Onderneming is derhalve niet buiten haar schuld in de onderhavige procedure terechtgekomen, maar heeft hiervoor een bewuste keuze gemaakt.
84. Gelet op het Advies en vorenstaande aanvulling daarop, verwerpt de Raad de bezwaren op dit punt.

³³ Zie dossierstuk 4933/17.

4 Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart de bezwaren tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 31 augustus 2006, 4933/45 ongegrond;
- II. handhaaft de in voornoemd besluit neergelegde beslissing en de daarbij opgelegde boete.

Datum: 01-10-2007

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

overeenkomstig het door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit
genomen besluit,

W.g.

R.J.P. Jansen

Lid Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.