

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 4933/54.BT811

Betreft zaak: Installatie

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 Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge heeft

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 HvJEG, arrest van 16 november 2000, Zaak C-286/98P, Stora, Jur. 2000, p. I-9925, r.o. 27-29.

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 Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge uit Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge 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 (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 ingeseten 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 maart 2005 heeft het Clementiebureau van de NMa (hierna: het Clementiebureau) van de Onderneming een kennisgeving ontvangen van betrokkenheid van de Onderneming bij een overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 81 EG in de installatie-deelsector.¹⁰ Op 22 april 2005 heeft de Onderneming van het Clementiebureau hiervoor een voorwaardelijke clementietoezegging ontvangen.¹¹ Deze clementietoezegging heeft de Onderneming op 4 juli 2005 ondertekend en geparafeerd geretourneerd.¹² Hiermee heeft de Onderneming verklaard dat de bij de clementietoezegging als bijlage gevoegde omschrijving van de feiten juist en volledig is.
9. Op 25 april 2005 heeft de NMa het Rapport aan de Onderneming verzonden.¹³ 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. De Onderneming heeft op 3 juni 2005 kenbaar gemaakt deel te willen nemen aan voornoemde versnelde procedure.¹⁴ Vervolgens heeft de Onderneming de NMa gegevens verstrekt over haar Aanbestedingsomzet 2001.¹⁵ De NMa heeft herhaaldelijk de Onderneming erop gewezen dat deze gegevens geen opgave vormden van de Aanbestedingsomzet 2001 conform de Bekendmaking boetetoemeting aangaande bepaalde mededingingsbeperkende activiteiten in de Installatie-deelsector¹⁶ (hierna: Bekendmaking boetetoemeting) en om een correcte opgave verzocht.¹⁷
10. Bij brief van 1 september 2005 heeft de Onderneming te kennen gegeven zich niet te herkennen in hetgeen in het Rapport is weergegeven en om die reden haar machtiging voor deelname aan de versnelde procedure wenst in te trekken.¹⁸ Dientengevolge heeft de NMa ten aanzien van de Onderneming een reguliere sanctieprocedure gestart,

¹⁰ Zie 3150/417.

¹¹ Zie 4933/36.

¹² Zie 4933/37.

¹³ Zie 4933/1.

¹⁴ Zie 4933/3.

¹⁵ Zie 4933/3 en 9.

¹⁶ Bekendmaking van 21 april 2005, Stcrt. 2005, nr. 78, p. 34.

¹⁷ Zie onder meer 4933/7, 15 en 16.

¹⁸ Zie 4933/17.

overeenkomstig artikelen 59 tot en met 61 Mw met toepassing van de Bekendmaking boetetoemeting.

11. 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 documenten 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).¹⁹ Daarnaast heeft de NMa desgevraagd de Onderneming enkele telefoonnotities toegezonden van gesprekken die tussen de Onderneming en de NMa zijn gevoerd na verzending van het Rapport aan de Onderneming.²⁰
12. De Onderneming is in de gelegenheid gesteld mondeling en/of schriftelijk haar zienswijze op het Rapport te geven. De Onderneming heeft op 6 februari 2006 de NMa telefonisch te kennen gegeven af te zien van het naar voren brengen van een mondelinge zienswijze voor zover deze het systeem van vooroverleg betreft.²¹ De Onderneming heeft de NMa bij brief van 20 februari 2006 schriftelijk haar zienswijze doen toekomen.²² Daarnaast heeft de Onderneming op de hoorzitting van 17 maart 2006 mondeling haar zienswijze naar voren gebracht ten aanzien van haar individuele betrokkenheid bij het systeem van vooroverleg.²³
13. De Onderneming heeft, ondanks het feit dat de NMa hierom heeft verzocht, geen volledige opgave gedaan van haar Aanbestedingsomzet 2001 zoals bedoeld in de Bekendmaking boetetoemeting.²⁴ De NMa is er vervolgens toe overgegaan de Aanbestedingsomzet 2001 voor de Onderneming te schatten.²⁵ De NMa heeft de Aanbestedingsomzet 2001 voor de Onderneming geschat op EUR 9.800.000,00. De NMa heeft de gemaakte schatting bij brief van 6 juli 2006 bekendgemaakt aan de Onderneming.²⁶ Daarbij is tevens bericht dat de NMa in deze sanctieprocedure van

¹⁹ Zie 4933/ 18.

²⁰ Zie 4933/ 22.

²¹ Zie 4933/ 23.

²² Zie 4933/ 27.

²³ Zie 4933/ 30.

²⁴ Zie ook 4933/ 34.

²⁵ Op basis van randnummer 16 juncto randnummer 2 Bekendmaking boetetoemeting juncto randnummer 15 van de Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet (Stcrt. 19 december 2001, nr. 248).

²⁶ Zie 4933/ 40.

vorenbedoelde schatting zal uitgaan, tenzij de Onderneming alsnog conform de Bekendmaking boetetoemeting een volledige opgave doet van haar Aanbestedingsomzet 2001. Van deze gelegenheid heeft de Onderneming geen gebruik gemaakt.²⁷

DE FEITEN

14. 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.

Het systeem van vooroverleg

15. 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.²⁸ 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

16. 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. De Onderneming heeft een clementieverzoek ingediend en daarbij aangegeven betrokken te zijn geweest bij afspraken/ afstemming met andere ondernemingen ter vaststelling van *'de inschrijffijfers ten behoeve van projecten ten tijde van zogenaamde voorvergaderingen middels het systeem van blanken'* in de sector/ markten *'werktuigbouw bestaande uit mechanische en constructieve installaties ten behoeve van drink- en*

²⁷ Zie 4933/ 41 en 42.

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

afvalwaterinstallaties.²⁹ De Onderneming heeft hierbij acht projecten gespecificeerd waarbij sprake is geweest van voornoemde voorvergaderingen.³⁰

17. Voor clementieverzoekers geldt dat deelname 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.³¹ 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.
18. De Raad acht van belang dat tenminste één clementieverzoeker, te weten HVL B.V., onafhankelijk van de Onderneming heeft verklaard dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg.³² De door HVL B.V. gemelde overtreding betreft *'afspraken tussen de in bijlage 2 vermelde ondernemingen [...] met betrekking tot elektrotechnische werken en werktuigbouwkundige installaties ten behoeve van pompinstallaties en gemalen'*. In voornoemde bijlage is *'aan de Stegge bv'* genoemd onder vermelding van het adres waarop de Onderneming statutair is gevestigd.
19. De verklaringen van de Onderneming en van clementieverzoeker HVL B.V. zijn bevestigd en worden ondersteund door verschillende stukken die zijn opgenomen in het individuele bewijsdossier, die betrekking hebben op twee projecten en afkomstig zijn van clementieverzoeker GTI.³³ Op basis van de ter inzage gelegde stukken, die in onderlinge samenhang zijn gezien, en in het licht van het navolgende, stelt de Raad vast dat de Onderneming heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg zoals hiervoor bedoeld.
20. De Raad baseert zich onder meer op de stukken opgenomen onder de volgnummers 2.1, 2.2 en 2.3 in het individuele bewijsdossier. Deze stukken hebben betrekking op vooroverleg voorafgaande aan de aanbesteding van twee projecten, waarin de Onderneming is genoemd. Hieruit kan worden afgeleid in welk jaar het vooroverleg heeft plaatsgevonden en in geval van het project 'Deventer', opgenomen onder 2.1 en 2.3, welke andere ondernemingen betrokken zijn geweest bij het vooroverleg.

²⁹ Zie 3150/1041, brief d.d. 27 april 2004.

³⁰ Zie 3150/1041, brief d.d. 27 april 2004 en 3150/1259, brief d.d. 9 november 2004.

³¹ Zie randnummer 102 van het Rapport.

³² Zie 3150/927.

³³ Meer in het bijzonder GTI Industrie Zuidoost B.V.

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

21. De Onderneming stelt niet te hebben deelgenomen aan de gedragingen zoals in het Rapport omschreven. De Onderneming stelt nimmer te hebben deelgenomen aan een stelsel van claims. Een dergelijk systeem zou in de drink- en afvalwatersector nooit hebben bestaan. De Onderneming ontkent in dit verband niet te hebben deelgenomen aan vooroverleg, maar meent dat het bewijs waarop de NMa zich baseert niet kan volstaan, aangezien dit bewijs uitsluitend betrekking heeft op (projecten) in de drink- en afvalwatersector. Het vooroverleg in de drink- en afvalwatersector zou vergelijkbaar zijn aan de systematiek in de GWW-sector, wezenlijk anders zijn dan het systeem van vooroverleg zoals beschreven in het Rapport en ook andere deelnemers betreffen. De besproken werken werden volgens de systematiek van blanken afgewikkeld, waarbij *“de pepernoten werden gestreept tot in het bittere eind”*. De Onderneming heeft in dit kader aangegeven dat er niet werd afgerekend, maar dat dit niet uit het Rapport af te leiden is.
22. De Onderneming heeft voorts aangevoerd dat zij wat betreft de installatie-deelsector uitsluitend werkzaam is op het gebied van water-, zuiverings- en pompinstallaties en gemalen, een aparte discipline binnen de installatie-deelsector. Deze discipline wordt gekenmerkt door het gebruik van apparatuur die specifiek is ontworpen voor de behandeling van drink- en afvalwater. Deze installaties onderscheiden zich van de installaties die zijn gerelateerd aan de bouwbranche, zoals CV installaties, loodgieterswerk, elektrotechnische, luchtbehandelings- en sprinklerinstallaties. Deze laatste branche was georganiseerd binnen de Stichting Aanbestedingsvraagstukken Installatietechniek (hierna: Savi). Aard en strekking van het Rapport geven volgens de Onderneming duidelijk aan dat het Rapport feitelijk op deze branche doelt. De drink- en afvalwatersector was in een aparte vereniging, de Vereniging van Ondernemers in de Milieutechniek en Waterbeheersing (hierna: VOMW) georganiseerd.

Beoordeling zienswijze door de Raad

23. De Raad is van oordeel dat het betoog van de Onderneming niet kan slagen. Hierbij neemt de Raad het volgende in aanmerking. Het Rapport ziet op mededingingsrechtelijk relevante gedragingen van ondernemingen, die actief zijn in de Installatie-deelsector in Nederland. Ook de Onderneming is in deze deelsector actief. Het segment waarin de Onderneming werkzaam is, te weten water- en zuiveringsinstallaties, drink- en afvalwaterinstallaties, gemalen en pompinstallaties (hierna aangeduid als het watersegment), is expliciet opgenomen in het Rapport onder de definitie van Installatiewerken.³⁴ Mede in aanmerking nemende dat de Onderneming om clementie heeft verzocht vanwege haar deelname aan zogeheten

³⁴ Zie randnummer 1 van het Rapport.

'voorvergaderingen' in de sector/ markten 'werktuigbouw bestaande uit mechanische en constructieve installaties ten behoeve van drink- en afvalwaterinstallaties', kan niet anders worden geconcludeerd dat de Onderneming terecht het Rapport heeft ontvangen.

24. Zoals beschreven in het Rapport en vastgesteld in randnummer 15 van dit besluit was sprake van één landelijk dekkend systeem van vooroverleg in de Installatie-deelsector. Dat de Onderneming voornamelijk actief is in het watersegment en daaruit voortvloeiend wellicht uitsluitend heeft deelgenomen aan vooroverleg in het watersegment, doet niet af aan het bestaan van een landelijk dekkend systeem van vooroverleg in de Installatie-deelsector en evenmin aan de vaststelling dat de Onderneming heeft deelgenomen en bijgedragen aan (de instandhouding van) dit systeem. Dit betekent dat de Onderneming (mede) aansprakelijk is voor de gehele inbreuk op artikel 6 Mw en artikel 81 EG, zoals beschreven in het Rapport.³⁵
25. De Raad is voorts van oordeel dat het systeem waaraan de Onderneming stelt te hebben deelgenomen, niet wezenlijk anders is dan het systeem zoals beschreven in het Rapport. De beschrijving die de Onderneming en andere clementieverzoekers zoals GTI³⁶ en HVL B.V.³⁷ hebben gegeven van de vooroverleggen in het watersegment en de terminologie die hierbij wordt gebruikt, sluit aan bij de beschrijving in het Rapport. Ook bij de vooroverleggen in het watersegment ging het, kort weergegeven, erom te bepalen welke onderneming het werk zou gaan uitvoeren (de zogenoemde gegadigde), voor welk inschrijfbedrag de gegadigde en eventuele andere deelnemers aan het overleg zouden inschrijven en welke onderlinge "claims" daarmee werden opgebouwd tussen de aan het overleg deelnemende ondernemingen. De "claims" konden worden ingezet om in één van de volgende vooroverleggen de positie van gegadigde te verkrijgen. Dit is in essentie gelijk aan hetgeen de Onderneming heeft verklaard over het inzetten van zogeheten "pepernoten" om het werk te verkrijgen. Dat de Onderneming de term "claims" of varianten daarop niet herkent of gebruikt, doet hier geen afbreuk aan. Het ging er steeds om dat een bepaald opgebouwd bedrag kon worden ingezet als instrument om Installatiewerken onderling te verdelen.³⁸ In de praktijk werden hiervoor diverse termen gebruikt, waaronder "claims", "tegoeden", "schulden en vorderingen", "rechten en plichten" en door de Onderneming "pepernoten". Wat betreft de opmerking van de Onderneming dat er niet werd afgerekend, wijst de Raad op randnummer 93 van het Rapport. Hierin staat vermeld

³⁵ HvJEG, 8 juli 1999, Anic Partecipazioni/ Commissie, Jr. 1999, I-4125, r.o. 88 en 203.

³⁶ Zie onder meer 3150/766, verklaring GTI Water Solutions.

³⁷ Zie 3150/927.

³⁸ Zie onder meer randnummer 93 en 99 van het Rapport.

dat dergelijke “claims” werden uitgedrukt in geld, maar dat het niet de bedoeling was dat het bedrag ook daadwerkelijk in geld werd uitgekeerd.

26. Ten slotte kan ook het betoog van de Onderneming niet slagen, dat het Rapport alleen zou zien op dat deel van de Installatie-deelsector dat was georganiseerd binnen de Savi. Het Rapport heeft betrekking op (deelname aan) vooroverleg in de Installatie-deelsector, waarvan – zoals gesteld – werkzaamheden op het gebied van het watersegment deel uitmaken, hetgeen losstaat van lidmaatschap van de Savi of de VOMW.

Conclusie

27. Het voorgaande 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.

JURDISCHE KWALIFICATIE VAN DE FEITEN / CONCLUSIE

28. 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.

SANCTIE

Toerekening

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

Boetesystematiek

31. Voor de vaststelling van de hoogte van de boete hanteert de Raad de Bekendmaking boetetoemeting. In deze Bekendmaking heeft de NMa gekozen voor een beboetingssystematiek die aansluit bij de geconstateerde overtreding. De boete wordt gebaseerd op de aanbestedingsomzet van de Onderneming. Voor de bepaling van de hoogte van de boete wordt de aanbestedingsomzet van één jaar in aanmerking genomen. Als ijkjaar is daarbij voor 2001 gekozen. Dat jaar kan in het algemeen redelijkerwijs als representatief worden beschouwd. Verder houdt het jaar 2001 direct verband met de overtreding, aangezien de verboden praktijken in dat jaar nog volop voorkwamen en aangezien dit jaar het meest recente jaar van de overtreding betreft.

Toepassing van de Bekendmaking boetetoemeting

Boetegrondslag

32. Conform randnummer 16 van de Bekendmaking boetetoemeting wordt de boetegrondslag voor de Onderneming vastgesteld op EUR 9.800.000,00.
33. De Raad overweegt dat niet bij vrijwel alle aanbestedingen in de Installatie-deelsector in de betrokken periode kartelafspraken zijn gemaakt, maar is van oordeel dat deze omstandigheid in geen geval afbreuk doet aan het verboden karakter van de betrokken afspraken en gedragingen. De Raad ziet evenwel in bedoelde omstandigheid, aanleiding het maximale boetepercentage zoals omschreven in randnummer 17 van de Bekendmaking boetetoemeting, te verlagen naar 10,5%.
34. Gelet op het vastgestelde boetepercentage van 10,5%, gaat de Raad ten aanzien van de Onderneming uit van een bedrag van EUR 1.029.000,00 (hierna: de bruto-boete).

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van de boetegrondslag

35. De Onderneming stelt onder verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel dat zij moet kunnen volstaan met een beperkte opgave van de Aanbestedingsomzet 2001, als bedoeld onder randnummer 12 van de Bekendmaking boetetoemeting (hierna: beperkte opgave). Het doen van een volledige opgave als bedoeld onder randnummer 11 van voornoemde Bekendmaking boetetoemeting (hierna: volledige opgave), brengt grote administratieve lasten mee, op grond waarvan de Onderneming van mening is dat ook zij met een beperkte opgave moet kunnen volstaan. De Onderneming wenst in dit verband te volstaan met een overzicht van afgemelde omzet 2001 uit meervoudige werken, op te vragen bij de VOMW. De Onderneming heeft hierbij aangevoerd dat vooroverleg in het watersegment bij misschien de helft van de aan te besteden projecten niet voorkwam. Redenen hiervoor zouden zijn dat er relatief veel

gewerkt werd met eigen ontwerpen, dat er buitenlandse spelers actief waren die niet bekend waren met het vooroverleg, dat de aanneemsom te gering was en dat gewone installatietechnische bestekken niet werden besproken.

36. De Onderneming stelt voorts dat door een beperkte opgave van de Onderneming niet te accepteren, de NMa in strijd handelt met het gelijkheidsbeginsel. Zo zouden andere ondernemingen wel beperkte opgave hebben kunnen doen, omdat zij bij Savi aangesloten waren. Deze Ondernemingen konden bij deze opgave de Aanbestedingsomzet 2001 gegeneerd in het watersegment buiten beschouwing laten, terwijl zij mede actief waren op dit segment. De Onderneming wordt hierdoor ten onrechte benadeeld.

Beoordeling zienswijze door de Raad

37. De Raad stelt voorop dat eventuele administratieve lasten geen gerechtvaardigde redenen vormen om af te zien van (een representatieve) opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 conform de Bekendmaking boetetoemeting. Zoals ook volgt uit randnummer 15 van de Bekendmaking boetetoemeting heeft de NMa bij de opstelling van de voorwaarden voor de vereiste opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 zoveel mogelijk rekening gehouden met de daaraan verbonden administratieve lasten en gezocht naar redelijke mogelijkheden om deze te beperken. Het ontstaan van enige administratieve lasten valt evenwel niet te voorkomen.
38. In het onderhavige geval heeft de NMa, op grond van randnummer 14 van deze Bekendmaking boetetoemeting, volledige opgave verlangd van de Aanbestedingsomzet 2001 van de Onderneming omdat een beperkte opgave evident niet-representatief zou zijn. Ter toelichting dient het volgende. Bij een beperkte opgave mag volgens de Bekendmaking boetetoemeting de aanbestedingsomzet die is gegeneerd uit opdrachten in het watersegment, buiten beschouwing worden gelaten en wordt een correctie in de vorm van een forfaitaire opslag toegepast mede ter dekking van deze ontbrekende omzet. De Aanbestedingsomzet 2001 van de Onderneming komt bij een beperkte opgave echter uit op nul EUR omdat zij voornamelijk (zo niet uitsluitend) actief is in dit segment.³⁹ Een forfaitaire opslag brengt hierin geen wijziging. In het licht van het voorgaande acht de Raad de gedane vordering tot volledige opgave van de Aanbestedingsomzet 2001 dwingend aangewezen.
39. Wat betreft het betoog van de Onderneming dat de NMa in strijd handelt met het gelijkheidsbeginsel, wenst de Raad op te merken dat de Onderneming en de

³⁹ Zie 4933/38.

ondernemingen die beperkte opgave hebben kunnen doen, zich niet in vergelijkbare omstandigheden bevinden. Laatstgenoemde ondernemingen zijn immers niet voornamelijk of uitsluitend actief in het watersegment, dan wel zijn bij de Savi aangesloten. Reeds om die reden gaat het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet op. Daarnaast merkt de Raad op dat bij ondernemingen die voor hun beperkte opgave gebruik hebben kunnen maken van gegevens van Savi, bovengenoemde correctie wordt toegepast. Dat een dergelijke correctie in individuele gevallen mogelijk niet volledig de buiten beschouwing gelaten Aanbestedingsomzet 2001 dekt, is inherent aan een voor de hele deelsector vastgestelde methodiek en laat onverlet dat de Onderneming een representatieve (in casu volledige) opgave dient te verstrekken. Net als andere ondernemingen die een volledige opgave hebben gedaan van hun Aanbestedingsomzet 2001 kon de Onderneming 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.⁴⁰ Een opgave uitsluitend bestaande uit gegevens van de VOMW is in dit verband niet voldoende. De NMa heeft dit aan de Onderneming laten weten.⁴¹ De Onderneming heeft naar aanleiding hiervan evenwel te kennen gegeven van mening te zijn in dat geval met een beperkte opgave van 0,- EUR te kunnen volstaan onder verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel.⁴² Zoals opgemerkt in randnummer 38, acht de Raad een dergelijke opgave evident niet-representatief en is om die reden een volledige opgave verlangd.

Boeteverhogende omstandigheden

40. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverhogende omstandigheden.

41. De Raad overweegt dat de Onderneming, ondanks herhaaldelijk verzoek, geen medewerking heeft verleend in de vorm van het opgeven van de Aanbestedingsomzet 2001 conform de Bekendmaking boetetoemeting. De Onderneming heeft de NMa er niet van overtuigd dat er gerechtvaardigde redenen zijn die haar belemmeren om opgave te doen conform de Bekendmaking boetetoemeting. Hierdoor is afbreuk gedaan aan een efficiënte en correcte behandeling van deze zaak, hetgeen de Onderneming kan worden verweten. Daarbij heeft de Onderneming kennelijk rekening gehouden met de omstandigheid of de mogelijkheid dat het geschatte bedrag lager is dan de Aanbestedingsomzet 2001. De Raad kwalificeert dit gedrag van de

⁴⁰ Dat een volledige opgave moet worden samengesteld aan de hand van de eigen administratie blijkt uit randnummer 6, Toelichting opgave aanbestedingsomzet 2001 in de installatiedeelsector.

⁴¹ Zie onder andere 4933/34.

⁴² Zie 4933/38.

Onderneming als een boeteverhogende omstandigheid en past daarom een boeteverhoging van 1% van de bruto-boete toe. Dit resulteert in een verhoging van EUR 10.290,00 van de bruto-boete.

Boeteverlagende omstandigheden

42. De Raad houdt bij de vaststelling van de op te leggen boete rekening met eventuele boeteverlagende omstandigheden.
43. 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 boete als uiteengezet in randnummer 34 met 40%. Dit resulteert in een verlaging van EUR 411.600,00 van de bruto-boete.
44. Het bedrag dat resulteert na de bovengenoemde boeteverhoging en -vermindering wordt aangeduid als de netto-boete. In het onderhavige geval bedraagt de netto-boete EUR 627.690,00.
45. De Raad ziet conform randnummer 23 van de Boetebekendmaking aanleiding de netto-boete lager vast te stellen om de navolgende redenen.
46. 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 EUR 10.000. Dit resulteert in een verlaging van EUR 6.277,00 van de netto-boete.
47. De Raad neemt in de onderhavige zaak voor het overige geen boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.

Zienswijze van de Onderneming ten aanzien van boeteverlagende omstandigheden

48. De Onderneming stelt dat zij aangemerkt dient te worden als eerste melder van een afzonderlijke overtreding van de Mededingingswet in het watersegment. De Onderneming zou dan ook in aanmerking dienen te komen voor een hogere clementiekorting dan de 40% die door het Clementiebureau is toegekend.
41. Voorts meent de Onderneming dat zij in aanmerking dient te komen voor de korting voor deelname aan de versnelde procedure, omdat zij buiten haar schuld niet heeft

kunnen deelnemen aan de versnelde procedure. De Onderneming voert aan graag schoon schip te willen maken. In dat kader heeft zij om clementie verzocht en zich aangemeld voor de versnelde procedure. Echter, door de bijzondere positie van de Onderneming binnen deze procedure, bood deelname hieraan geen rechtvaardige uitkomst. De Onderneming meent niet de feiten te hebben betwist zoals in het Rapport omschreven, maar is van mening dat deze betrekking hebben op andere gedragingen dan gemeld in haar clementieverzoek.

Beoordeling zienswijze door de Raad

49. Zoals hiervoor vastgesteld, is van een afzonderlijke overtreding van de Mededingingswet in het watersegment geen sprake. Reeds om die reden gaat de stelling van de Onderneming, dat zij als eerste om clementie zou hebben verzocht, niet op.⁴³

50. Voorts kan de Raad zich niet vinden in het betoog van de Onderneming dat zij in aanmerking dient te komen voor boetevermindering, omdat zij buiten haar schuld niet heeft kunnen deelnemen aan de versnelde procedure. De Onderneming heeft immers zelf bij brief van 1 september 2005 de NMa expliciet te kennen gegeven zich niet te herkennen in het Rapport en om die reden haar machtiging voor deelname aan de versnelde procedure te herroepen.⁴⁴ De Onderneming is derhalve niet buiten haar schuld om in deze procedure terecht gekomen, maar heeft hiervoor een bewuste keuze gemaakt. Een boetevermindering acht de Raad om die reden niet gepast.

Boeteberekening

51. Het vorenstaande leidt tot een boete van: EUR 621.413,00.

52. De Raad is van oordeel dat de boete evenredig is in verhouding tot de met het gevoerde boetebeleid te dienen doelen en overigens ook billijk is.

BESLUIT

53. De Raad legt een boete op van EUR 621.413,00 aan Aannemers- en Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge B.V., gevestigd te Goor.

Dit besluit richt zich tot bovengenoemde rechtspersoon.

⁴³ 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.

⁴⁴ Zie 4933/17.

Openbaar

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.