



Besluit

Besluit op bezwaar

Ons kenmerk : ACM/UIT/382001
Zaaknummers : ACM/17/011984, ACM/17/011985 en ACM/17/011986
Datum : 2 november 2017

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op de bezwaren van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Joh. Enschedé Amsterdam B.V. (JEA), de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Koninklijke Joh. Enschedé B.V. (KJE) en de heer [A-JEA] tegen de besluiten met de kenmerken ACM/DJZ/2017/201074 (JEA en KJE) en ACM/DJZ/2017/201079 [A-JEA]

Samenvatting

In de besluiten van 17 februari 2017 heeft de ACM boetes opgelegd aan de verkopers van notarieel aktepapier in Nederland en twee feitelijk leidinggevers voor het maken van concurrentiebeperkende afspraken. De ACM heeft vastgesteld dat de verkopers van notarieel aktepapier prijsafspraken hebben gemaakt, waardoor zij de concurrentie hebben beperkt. Ook na heroverweging is de ACM van oordeel dat de horizontale prijsafspraken tussen de betrokken partijen de mededinging beperkten. De ACM verlaagt de boete aan JEA. De ACM ziet af van het opleggen van een boete aan KJE (de voormalige moeder van JEA) [VERTROUWELIJK]. De ACM verlaagt ten slotte de boete voor de heer [A-JEA] voor het feitelijk leidinggeven aan de overtreding door JEA.

1 Inhoud

Samenvatting	1
1 Inleiding.....	3
1.1 Verloop van de procedure	3
1.2 Opbouw besluit.....	4
2 Beoordeling bezwaargronden	4
2.1 Procedurele bezwaargronden	4
2.1.1 Vooringenomenheid	4
2.1.2 Cautie.....	5
2.1.3 Geen recht bevragen andere betrokkenen	5
2.1.4 Bewijswaarde clementieverklaringen	6
2.2 Materiële bezwaargronden	6
2.2.1 Nadere toelichting op de overtreding in het bestreden besluit.....	6
2.2.2 Omvang van de overtreding.....	12
2.2.3 Kwalificatie van de overtreding	13
2.2.4 Duur	20
2.2.5 Artikel 101 VWEU	21
2.2.6 Artikelen 6 lid 3 Mw en 101 lid 3 VWEU	21
2.2.7 Overtreder KJE	21
2.3 Boete	24
2.3.1 Boete ondernemingen.....	24
2.3.1.1 Toepassing Boetebeleidsregels 2009.....	24
2.3.1.2 Betrokken omzet	24
2.3.1.3 Ernstfactor.....	26
2.3.1.4 Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden	27
2.3.1.5 Wettelijk boetemaximum	29
2.3.1.6 Evenredigheid	29
2.3.2 Boete feitelijk leidinggevers	30
2.4 Proceskostenvergoeding	32
3 Besluit	33

1 Inleiding

1.1 Verloop van de procedure

1. Bij besluiten van 17 februari 2017 (hierna: het bestreden besluit) heeft de ACM boetes opgelegd aan verkopers van notarieel aktepapier aan notarissen voor een overtreding van artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).¹ De boetes zijn opgelegd aan:
 - Joh. Enschedé Amsterdam B.V. (hierna: JEA), boete EUR 2.798.000, waarbij JEA hoofdelijk aansprakelijk is gesteld voor EUR 2.060.000 en Koninklijke Joh. Enschedé B.V. (hierna: KJE) hoofdelijk aansprakelijk is gesteld voor het geheel;
 - Centraal InkoopBureau B.V. (hierna: CIB), boete EUR 0;
 - en XLPapier B.V. (hierna: XLP), boete EUR 3.000.Daarnaast heeft de ACM ook twee natuurlijke personen aangemerkt als feitelijk leidinggever aan de overtredingen van respectievelijk JEA en CIB: de heer [A-JEA], boete EUR 200.000, en de heer [B-CIB], boete EUR 0.
2. In het bestreden besluit heeft de ACM vastgesteld dat bovengenoemde ondernemingen, tevens de enige verkopers van notarieel aktepapier in Nederland, afspraken maakten over de te hanteren retailprijs. CIB en XLP zouden het aktepapier 5% onder de retailprijs van JEA verkopen. JEA maakte deze afspraak eerst met CIB en later ook met XLP. Deze afspraken vormen de kern van de overtreding die de ACM heeft vastgesteld.
3. De uitvoering van de afspraken is in het bestreden besluit uitvoerig beschreven.² Hieruit blijkt dat JEA CIB en XLP jaarlijks een tabel toestuurde met haar eigen retailprijs, de wholesaleprijs die CIB respectievelijk XLP aan JEA moesten betalen en de retailprijs van CIB respectievelijk XLP, die 5% lager lag dan de verkoopprijs van JEA.³ CIB en XLP wisten van elkaar dat ze op het gebied van retailverkoopprijzen dezelfde afspraken met JEA hadden gemaakt. CIB en XLP spraken JEA er op aan als de afspraken niet juist werden uitgevoerd of nageleefd en ook JEA sprak CIB en/of XLP hierop aan.⁴
4. In het bestreden besluit heeft de ACM ook beschreven dat JEA als producent van notarieel aktepapier met CIB en XLP had afgesproken dat zij als enige producent deze partijen mocht beleveren. Deze exclusieve leveringsovereenkomsten tussen JEA en CIB enerzijds en JEA en XLP anderzijds vormen geen onderdeel van de overtreding zoals vastgesteld in het bestreden besluit.
5. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het bestreden besluit op 17 februari 2017 is op hoofdlijnen als volgt.⁵ Bij brief van 29 maart 2017 hebben JEA en de heer [A-JEA] een pro-forma bezwaarschrift ingediend.⁶ Op 4 mei 2017 hebben JEA en de heer [A-JEA] de gronden van het bezwaar aangevuld.⁷ Bij brief van 30 maart 2017 heeft KJE een pro-forma bezwaarschrift ingediend.⁸ Op 3 mei 2017 heeft KJE de gronden van het bezwaar aangevuld.⁹

¹ Dossierstuk 2017201074 (JEA/KJE) en 2017201079 ([A-JEA]).

² Zie par. 2.2.2.4 en 2.2.3.4 van het bestreden besluit.

³ Zie bijvoorbeeld dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB, Mail [A-JEA] aan [B-CIB] met Tabel*, Bijlage 4, p. 32.

⁴ Zie nr. 202 van het bestreden besluit en de daar opgenomen verwijzingen.

⁵ De heer [B-CIB] heeft eveneens bezwaar gemaakt tegen het aan hem gerichte sanctiebesluit. De ACM heeft bij besluit van 15 juni 2017 met kenmerk ACM/DJZ/2017/203213 afwijzend beslist op de bezwaren van de heer [B-CIB].

⁶ Dossierstuk 2017100827, *Pro-forma bezwaar de heer [A-JEA] en JEA*.

⁷ Dossierstuk 2017101155, *Aanvullend bezwaarschrift JEA*; Dossierstuk 2017101154, *Aanvullend bezwaarschrift de heer [A-JEA]*.

⁸ Dossierstuk 2017302326, *Pro-forma bezwaar KJE*.

⁹ Dossierstuk 2017101145, *Bezwaarschrift KJE*.

[VERTROUWELIJK]. KJE heeft op 26 september 2017 de gronden van het bezwaar nader aangevuld.

6. De ACM heeft JEA, KJE en de heer [A-JEA] uitgenodigd voor een hoorzitting om de bezwaren en standpunten mondeling toe te lichten. Vervolgens heeft op 1 juni 2017 op het kantoor van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 11 juli 2017 aan partijen is toegezonden.¹⁰ Partijen zijn in de gelegenheid gesteld te reageren op het hoorzittingsverslag. Van deze gelegenheid heeft KJE op 18 juli 2017 gebruik gemaakt.¹¹ Dit heeft niet geleid tot aanpassing van het hoorzittingsverslag.
7. Tegen het besluit van 6 april 2017 tot openbaarmaking van het bestreden besluit hebben JEA, KJE en [A-JEA] ook bezwaar gemaakt. Het bezwaar tegen het openbaarmakingsbesluit behandelt de ACM separaat. JEA, KJE en de heer [A-JEA] hebben een voorlopige voorziening aangevraagd bij de Rechtbank Rotterdam tegen het openbaarmakingsbesluit. De voorzieningenrechter heeft in die procedure op 18 juli 2017 uitspraak gedaan en heeft de verzoeken toegewezen en de publicatiebesluiten tot 6 weken na bekendmaking van de beslissing op bezwaar geschorst.
8. De bezwaren van JEA, KJE en de heer [A-JEA] tegen het bestreden besluit zien vooral op de kwalificatie van het gedrag. In dat kader stellen partijen zich op het standpunt dat het gedrag heeft plaatsgevonden in een verticale verhouding. Het gedrag zou niet te kwalificeren zijn als één enkele voortdurende inbreuk die de strekking heeft de mededinging merkbaar te beperken. De overige bezwaren van partijen zien op het bewijs van de overtreding, de hoogte van de boete en enkele procedurele aspecten.

1.2 Opbouw besluit

9. In hoofdstuk 2 van dit besluit beoordeelt de ACM de bezwaargronden die JEA, KJE en de heer [A-JEA] hebben aangevoerd.¹² De ACM behandelt de procedurele gronden in paragraaf 2.1.
10. In paragraaf 2.2 gaat de ACM in op de materiële bezwaargronden ten aanzien van het bewijs en de kwalificatie van het gedrag. In paragraaf 2.3 behandelt de ACM de bezwaren ten aanzien van de boete. In paragraaf 2.4 gaat de ACM in op de verzoeken met betrekking tot de vergoeding van de proceskosten. Hoofdstuk 3 bevat het dictum.

2 Beoordeling bezwaargronden

2.1 Procedurele bezwaargronden

2.1.1 Vooringenomenheid

Bezwaar

11. KJE heeft aangevoerd dat de ACM tijdens de verhoren met de heer [B-CIB], de heer [A-JEA] en de heer [VERTROUWELIJK-KJE] vooringenomen was en al geconcludeerd zou hebben dat sprake was van een schending van het kartelverbod. Dit blijkt volgens KJE uit de sturende vragen die de ACM zou hebben gesteld. KJE draagt hiervoor een aantal voorbeelden aan.¹³ KJE stelt dat de vooringenomenheid van de ACM ook blijkt uit het feit dat de ACM uitsluitend bij JEA een onaangekondigd bedrijfsbezoek heeft afgelegd en bij XLP een licht(er) onderzoeksmiddel

¹⁰ Dossierstukken 2017204111, 2017204110 en 2017204109.

¹¹ Dossierstuk 2017307496.

¹² De bezwaargronden met betrekking tot de overtreding aangevoerd door JEA zijn ook aangevoerd door de heer [A-JEA] (zie bezwaargronden de heer [A-JEA] grief 1-7). Waar in dit besluit gesproken wordt van JEA, wordt ook de heer [A-JEA] bedoeld, met uitzondering van par. 2.3.1.6 en par. 2.3.2 van dit besluit.

¹³ Zie bezwaargronden KJE, nr. 62, 17, 62, 63, 64, 66. De ACM heeft de citaten gevonden in de volgende dossierstukken: 2015207901, p. 18; 2015207982, p. 4-5; 2015207982, p. 30-31; 2016202825, p. 13 en 18; 2016202825, p. 18; 2016200158, p. 16-17.

(informatieverzoek) heeft ingezet. De ACM heeft hiermee volgens KJE ook in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld.

Beoordeling

12. De ACM heeft de voorbeelden bekeken die KJE geeft. Zij komt tot de conclusie dat de ACM slechts heeft doorgevraagd op feiten die door de gesprekspartner in diens antwoorden zijn aangedragen.¹⁴ Van sturende vraagstelling was geen sprake. Deze bezwaargrond treft derhalve geen doel.
13. Uit het enkele feit dat de ACM bij JEA een onaangekondigd bedrijfsbezoek heeft afgelegd en bij XLP heeft volstaan met een schriftelijk informatieverzoek, volgt nog niet dat de ACM vooringenomen heeft gehandeld of dat sprake is van ongelijke behandeling. De ACM heeft een discretionaire bevoegdheid bij het doen van onderzoek en kijkt daarbij naar wat proportioneel en nodig is gelet op de informatie waarover zij beschikt. De ACM heeft destijds de afweging gemaakt dat bij XLP kon worden volstaan met een informatieverzoek. KJE heeft geen onderbouwing gegeven voor de stelling dat de ACM die afweging in redelijkheid niet heeft kunnen maken. De ACM verwerpt deze bezwaargrond dan ook.

2.1.2 Cautie

Bezwaar

14. KJE stelt dat de ACM vanaf 22 oktober 2015, bij het opstellen van de bedrijfsbezoekopdracht aan JEA, het vermoeden had dat KJE betrokken was bij de gedragingen die als overtreding zijn aangemerkt in het bestreden besluit. De ACM had daarom volgens KJE vanaf die datum KJE de cautie moeten geven. Nu de ACM KJE de cautie pas op 14 januari 2016 heeft gegeven, zou de ACM de informatie die de advocaat-gemachtigde van KJE heeft verstrekt vóór 14 januari 2016, niet als bewijs mogen gebruiken voor de vaststelling van de overtreding en de toerekening daarvan aan KJE.

Beoordeling

15. In het bestreden besluit is op enkele punten verwezen naar informatie die de advocaat-gemachtigde van KJE heeft verstrekt in reactie op het informatieverzoek van de ACM van 22 oktober 2015. De ACM verwijst hiervoor naar voetnoten 95, 113, 121 en 331 van het bestreden besluit. Afgezien van de vraag of bij het informatieverzoek de cautie had moeten worden gegeven en of het gaat om wilsafhankelijk materiaal dat is gebruikt, heeft de ACM bedoelde feiten ook vastgesteld op grond van andere dossierstukken.¹⁵ Voorts waren de stukken op grond waarvan de ACM verder onderzoek heeft ingesteld, op dat moment al in het bezit van de ACM. De bewijsmiddelen afkomstig van KJE van vóór 14 januari 2016 zijn dan ook niet noodzakelijk om de overtreding te kunnen vaststellen. De ACM concludeert dat KJE niet in haar rechten van verdediging is geschaad. De ACM acht deze bezwaargrond reeds om die reden ongegrond.

2.1.3 Geen recht bevragen andere betrokkenen

Bezwaar

16. KJE stelt dat zij in haar belangen is geschaad, omdat zij geen enkele mogelijkheid heeft gehad om de heer [C-XLP] en/of de heer [B-CIB] gedurende de procedure te bevragen om de betrouwbaarheid van hun verklaringen te kunnen vaststellen.

¹⁴ Zie dossierstukken: 2015207901, p. 14 en 16; 2015207982, p. 2; 5207982, p. 30-31; 2016202825, p. 13; 2016202825, p. 18, 2016200158, p. 16-17.

¹⁵ Dossierstuk 2015103027, bijlage 1, p. 3. Andere bewijsmiddelen: Dossierstuk 2015205840, p.8; Dossierstuk 2015103277 en Dossierstuk 2015207901, p. 14; Dossierstuk 2015103027, bijlage 4, p. 25. Ander bewijsmiddel: Dossierstuk 2016203943, p. 3; Dossierstuk 2015103027, bijlage 8, p. 43. Ander bewijsmiddel: Dossierstuk 2015207269, Bijlage 20, p. 85; Dossierstuk 2015103027, bijlage 8, p. 43. Ander bewijsmiddel: Dossierstuk 2015207269, Bijlage 20, p. 85.

Beoordeling

17. De ACM wijst erop dat het bestuursrecht in de bestuurlijke fase niet voorziet in een algemeen recht om degenen te ondervragen die verklaringen hebben afgelegd. Daar is ook geen reden voor, zeker niet omdat de betrokkenen wel de mogelijkheid hebben om in hun schriftelijke zienswijze en tijdens de hoorzitting op de inbreng van de andere betrokken partijen te reageren. Van deze mogelijkheid heeft KJE ook gebruik gemaakt en de ACM heeft deze inbreng ook bij haar beoordeling betrokken. De ACM acht het bezwaar dan ook ongegrond.

2.1.4 Bewijswaarde clementieverklaringen

Bezwaar

18. KJE stelt dat de ACM de vaststelling van de overtreding voornamelijk heeft gebaseerd op clementieverklaringen. KJE voert daarnaast aan dat de clementieverklaringen van CIB en XLP reeds onbetrouwbaar waren, omdat CIB en XLP er belang bij hadden om onder de verplichtingen uit de exclusieve leveringsovereenkomst uit te komen, waardoor zij volgens KJE mogelijk 'onder een hoedje hebben gespeeld'.¹⁶ Ten slotte voert KJE aan dat de (clementie)verklaringen niet betrouwbaar moeten worden geacht omdat deze zien op gebeurtenissen uit het verre verleden.¹⁷

Beoordeling

19. De ACM stelt vast dat de (clementie)verklaringen worden ondersteund door authentieke bewijsstukken die stammen uit de periode van de overtreding. Dit betreft schriftelijke documenten die als bijlagen zijn overgelegd bij de clementieverklaringen en/of door de ACM zijn aangetroffen in de administratie bij de betrokken ondernemingen tijdens de bedrijfsbezoeken. De stelling van KJE dat de ACM voor de vaststelling van de overtreding zich voornamelijk heeft gebaseerd op clementieverklaringen is derhalve niet juist, aangezien de ACM over deze andere bewijsstukken beschikte. De verklaringen zijn afgelegd door personen die direct betrokken zijn geweest bij de gedragingen en zijn zeer gedetailleerd. Gezien al deze omstandigheden acht de ACM de (clementie)verklaringen betrouwbaar en kan zij daaraan de waarde toekennen zoals gedaan.
20. De enkele stelling van KJE dat CIB en XLP mogelijk onder de verplichtingen uit de leveringsovereenkomst uit wilden komen, leidt niet tot een ander oordeel. Ten aanzien van het argument van KJE dat de verklaringen door het tijdsverloop hun betrouwbaarheid hebben verloren, merkt de ACM op dat dit tijdsverloop er niet aan in de weg heeft gestaan dat de clementieverzoekers gedetailleerde verklaringen hebben afgelegd. Zoals beschreven in het bestreden besluit voldoet het bewijs dan ook aan de vereisten gesteld in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 3 april 2014.¹⁸
21. Gelet op het voorgaande verklaart de ACM de bezwaren van KJE met betrekking tot de bewijswaarde van de (clementie)verklaringen ongegrond.

2.2 Materiële bezwaargronden

2.2.1 Nadere toelichting op de overtreding in het bestreden besluit

22. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden van partijen geeft de ACM een nadere toelichting op hoe zij de overtreding ziet en in welke context deze overtreding plaatsvond.

¹⁶ Zie het bezwaarschrift van KJE nr. 50 en 57.

¹⁷ KJE doelt ook op de verklaringen van personen werkzaam bij de betrokken ondernemingen.

¹⁸ Rb. Rotterdam 3 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2273 (Isolerend Dubbelglas). Zie ook CBB 14 juli 2016 ECLI:NL:CBB:2016:184 – 190 (Meel).

Aanloop naar de mededingingsbeperkende afspraken

23. De KNB besloot in 1998 dat, naast de toenmalige monopolist JEA, ook andere partijen notarieel aktepapier moesten kunnen aanbieden in Nederland.¹⁹ Er moest concurrentie kunnen plaatsvinden. JEA was zich ervan bewust dat er concurrentie op de loer lag en nam maatregelen, JEA ging een goedkopere soort notarieel aktepapier introduceren.²⁰
24. Medio 2006 was er daadwerkelijk concurrentie. XLP werd naast JEA actief op het gebied van de verkoop van notarieel aktepapier in Nederland. Zij betrok haar papier van [VERTROUWELIJK] en liet het papier bedrukken door [VERTROUWELIJK]. JEA was dus niet meer de enige drukker en verkoper van notarieel aktepapier in Nederland. JEA reageerde op deze concurrentie met een prijsverlaging van het klassieke papier en de introductie van het goedkopere soort papier.²¹ Ondanks deze maatregelen verloor JEA toch een deel van zowel haar drukwerkzaamheden als haar verkoopwerkzaamheden op het gebied van notarieel aktepapier. Zij verwachtte dat deze daling zou voortzetten. Zeker nu ook CIB eind 2006 actief was geworden op het gebied van notarieel aktepapier.²²
25. CIB had op dat moment al een papierleverancier en drukker bereid gevonden om het notarieel aktepapier te vervaardigen en had proefsetjes van het notarieel aktepapier aan notarissen gestuurd. In haar communicatie naar notarissen had CIB de vergelijking gemaakt met JEA. JEA gaf tegenover CIB aan dat zij het niet eens was met de vergelijking en was daarnaast van mening dat het papier van CIB niet voldeed.²³ JEA en CIB zijn hierover met elkaar in gesprek gegaan. In dit gesprek hebben CIB en JEA gesproken over het aangaan van een exclusieve leveringsovereenkomst, die in januari 2007 uiteindelijk ook is gesloten.²⁴ Daarmee wist JEA het marktaandeel op het gebied van drukwerkzaamheden en daarmee de continuïteit van JEA veilig te stellen:
- 'Met het CIB werd in januari, na een korte maar intensieve periode van onderhandeling, een vijfjarige overeenkomst afgesloten voor de levering van notarieel aktepapier onder een eigen label. Hiermee is voor een belangrijk deel de bedrijf continuïteit voor Joh. Enschedé Amsterdam veilig gesteld. Niet alleen het marktaandeel blijft hiermee behouden maar is ook de werkgelegenheid en persbezetting zeker gesteld.'*²⁵
26. In 2008 kreeg JEA opnieuw de mogelijkheid al het drukwerk op het gebied van notarieel aktepapier te verrichten. De papierfabrikant van XLP was failliet gegaan en JEA was door haar papierleverancier ervan op de hoogte gebracht dat XLP op zoek was naar een nieuwe papierleverancier.²⁶ De heer [A-JEA] heeft vervolgens contact opgenomen met de heer [C-XLP].²⁷ JEA en XLP raakten in gesprek. JEA heeft aan XLP voorgesteld dat zij notarieel aktepapier bij JEA zou kunnen afnemen. Na verschillende contacten hebben JEA en XLP uiteindelijk ook een exclusieve leveringsovereenkomst gesloten.²⁸

¹⁹ Zie randnummer 84 van het bestreden besluit.

²⁰ Dossierstuk 2016204186, *Administratie KJE, Memo Contingency JEA 2006*, Bijlage 56, p. 350; Dossierstuk 2016204186, *Administratie KJE, Notulen vergadering van commissarissen KJE 21 december 2005*, Bijlage 22, p. 176; Dossierstuk 2016205284, *Administratie JEA*, p. 923; Dossierstuk 2016204186, *Administratie KJE, Notulen Directieteam-vergadering KJE 19 juni 2006*, Bijlage 5, p. 30.

²¹ Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen – XLP, Mailing JEA*, Bijlage 11. In het memo van 19 oktober 2006: 'Toelichting verval notaris papier' staat vermeld dat JEA de prijs gemiddeld verlaagde met 5,63 % en zij op dat moment 10% van de markt verloren was, zie Dossierstuk 2016204186, *Administratie KJE*, Bijlage 58, p. 370.

²² Dossierstuk 2016204186, *Administratie KJE, Gewijzigde begroting 2007*, Bijlage 23, p. 189.

²³ Dossierstuk 2015205840, *Clementieverzoek CIB deel 1*, p.8; Dossierstuk 2015103277, *Beantwoording informatieverzoek JEA d.d. 2-12-2015*, Bijlage 1, p. 6 en Dossierstuk 2015207901, *Getekende verklaring [B-CIB] 3-12-2015*, p. 14.

²⁴ Zie rnr.96-106 van het bestreden besluit.

²⁵ Dossierstuk 2015103027, *Beantwoording informatieverzoek KJE*, p. 43.

²⁶ Dossierstuk 2016202825, *Verklaring de heer [A-JEA] d.d. 4-3-2016*, p. 32.

²⁷ Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 5; Dossierstuk 2016202825, *Verklaring de heer [A-JEA] d.d. 4-3-2016*, p. 11.

²⁸ Zie rnr. 138-146 van het bestreden besluit.

27. JEA was het daarbij met name te doen om het behouden van haar marktaandeel op het gebied van het drukken. JEA wilde niet dat er andere drukkers actief zouden worden:

'Een samenwerking met Joh. Enschede Amsterdam heeft voor ons beide als nadeel een verlies aan marge. Ook wij verliezen per pak enkele euro's. Bij een rechtstreekse verkoop krijgen wij immers ong. 30% meer dan de inkoopprijs die XL-papier betaald. Op basis van het rekenvoorbeeld begrijp ik dat je het eerste jaar 1,20 per pak aan verkoopresultaat inlevert en het jaar erop 1,95. Aan de andere kant zijn er ook een aantal besparingen in tijd en geld. Zoals je al zei heb je geen kapitaalbeslag/risico/egoutteur. Daarnaast ben je altijd verzekerd van aktepapier. Ook behoeft de weg TNO of TUV niet bewandeld te worden en is aanmelding van het nieuwe papier bij [VERTROUWELIJK] en KNB - voor het verkrijgen van "toestemming tot verkoop" - niet nodig. Een ander groot voordeel is dat er sprake is van een "level playing field" waarbij XP-papier haar marktaandeel ongehinderd kan vergroten zonder dat er hierbij op prijs wordt geconcurrerd. Met het uitbreiden van het marktaandeel blijft er percentueel wellicht minder marge per pak over maar kan het absolute bedrag vele malen hoger uitvallen dan nu het geval is. Immers wij, lees JEA, hebben geen verlies aan marktaandeel. Het maakt ons niet uit of wij, CIB of XLP het papier verkoopt. Dit wordt natuurlijk anders wanneer een partij instapt die geen papier bij ons afneemt en een te groot marktaandeel afsnoept. Wordt het marktaandeel te groot of de prijs te laag dan kunnen wij, zoals je begrijpt, niet stil blijven zitten. Kortom beide partijen verliezen ong. 30% marge (eerste jaar niet meegerekend) maar met behoud van marktaandeel en nog steeds een gezonde marge van 25% aan verkoopresultaat. Tenslotte, niet te vergeten, ontvang je van ons een exclusiviteit fee van € 2.500,- per jaar. Hetgeen ook het e.e.a. compenseert. In de financiële sfeer kan ik daarom weinig meer doen. Het enige wat voor mu nog open staat is de exclusiviteit fee. Deze wil daarom verhogen naar een bedrag van € 3.000,- per jaar (x 3 jaar = €9.000,-). Hiermee heb je het marge verlies over de eerste 2500 pakken in ieder geval te pakken.

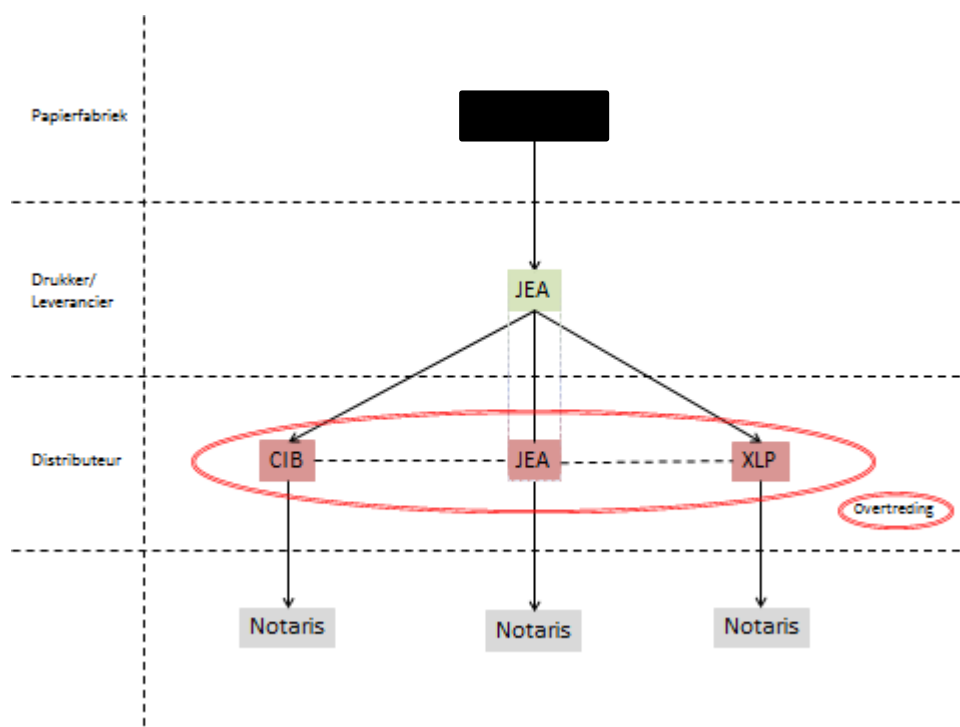
Ik hoop dat je je hierin kunt vinden en verneem graag van je.²⁹

28. JEA heeft zowel met XLP als CIB (verticale exclusieve) leveringsovereenkomsten gesloten. Daardoor was JEA feitelijk als enige drukker van notarieel aktepapier actief. Er was een verticale relatie tussen CIB en JEA enerzijds en XLP en JEA anderzijds. Zoals beschreven in randnummer 4 van dit besluit vormen deze verticale overeenkomsten geen onderdeel van de overtreding zoals vastgesteld in het primaire besluit. Deze overeenkomsten vormen wel deel van de context waarin de overtreding zich afspeelde.

Afstemming van de retailprijs

29. De ACM heeft in het bestreden besluit vastgesteld dat het (horizontaal) afstemmen van de retailverkoopprijs van notarieel aktepapier een overtreding van het kartelverbod oplevert. Aanvankelijk waren enkel CIB en JEA bij deze afstemming betrokken. Medio 2008 sloot ook XLP bij deze afstemming aan. De relaties tussen CIB, JEA en XLP waren vanaf dat moment feitelijk als volgt.

²⁹ Dossierstuk 2015207269, Clementieverzoek met Bijlagen XLP, p. 86.



30. JEA en CIB hadden begin 2007 afgesproken dat CIB 5% onder de retailverkoopprijs van JEA zou gaan verkopen.³⁰ JEA en XLP maakten in 2008 een soortgelijke afspraak: XLP zou ook 5% onder de retailverkoopprijs van JEA gaan verkopen.³¹ Deze afspraken stonden niet in de schriftelijke verticale leveringsovereenkomsten, de partijen maakten deze mondeling. Wel werden zowel CIB als XLP over elkaars afspraak met JEA door JEA geïnformeerd via de mail. Voorafgaand aan de overeenstemming met XLP berichtte de heer [A-JEA] de heer [C-XLP] over de afspraak die JEA al met CIB had:

*'Maar met een prijs van 5% onder die van JEA heb je samen met het CIB de laagste prijs in de markt. Als gentlemen zou ik wel de afspraak willen maken dat we niet op prijs concurreren. Wordt het prijsverschil groter dan 5% dan zijn wij genooddaakt om eveneens mee te gaan concurreren op prijs. Blijft het 5% of minder dan zijn argumenten omtrent kwaliteit en betrouwbaarheid soms doorslaggevend om de relatie te behouden. JEA zakt daarom nooit in haar prijs ervan uitgaande dat dit ook nooit wordt gedaan door het CIB en in de toekomst eveneens nooit door XL-Paper.'*³²

31. Ook CIB werd meteen op de hoogte gebracht van het feit dat XLP zou gaan afnemen van JEA en dezelfde prijzen zou gaan hanteren als CIB:

*'Dit heeft een aantal voordelen. JEA heeft 100% marktaandeel. Daarnaast is er sprake van een level playing field. De tarieven van XL-papier mogen en kunnen nooit lager zijn dan die worden gevoerd door CIB en visa versa. JEA heeft hierbij altijd de hoogste verkoopprijs.'*³³

32. Zowel JEA als CIB en XLP waren door het maken van deze afspraken gebonden aan een te hanteren retailprijs. Zij zouden niet (echt) met elkaar concurreren op deze retailprijs. JEA hanteerde een vooraf vastgestelde retailprijs en XLP en CIB hanteerden beide een retailprijs die daar 5% onder lag. Ook JEA handelde daarbij in haar hoedanigheid van verkoper van notarieel aktepapier aan notarissen. JEA, CIB en XLP beoogden met hun contacten te voorkomen dat hun retailprijzen

³⁰ Zie duur overtreding.

³¹ Hoewel in het dossier ook wordt gesproken over maximaal 5%, blijkt uit het dossier dat partijen feitelijk hadden afgesproken dat XLP en CIB 5% onder de retailprijs van JEA zouden verkopen.

³² Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP, Mail [A-JEA] aan [C-XLP]*, Bijlage 20, p. 71.

³³ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB, Mail [A-JEA] aan [B-CIB]*, p. 54.

te ver uiteen zouden lopen. De ACM bespreekt hieronder een selectie uit de contacten zoals beschreven in bijlage 1 bij het bestreden besluit.³⁴

33. Zoals in het bestreden besluit beschreven stuurde JEA CIB en XLP elk jaarlijks een tabel toe met haar eigen retailprijs, de inkoop- en retailprijs van CIB respectievelijk XLP en soms de marge van CIB respectievelijk XLP voor het jaar erop.³⁵
34. De prijzen in de door JEA gestuurde tabel werden niet eenzijdig opgelegd. Partijen communiceerden en onderhandelden ook over de te hanteren inkoop- en retailprijzen. Dat CIB en XLP onderhandelden over te hanteren inkoopprijzen onder meer om voldoende marge te kunnen behouden, is niet vreemd gezien de verticale relatie met JEA. Onderhandelen/communiceren op het gebied van retailprijzen gaat echter verder dan die verticale relatie en had tot doel de concurrentie op het gebied van de verkoop van notarieel aktepapier aan notarissen te beperken. Dat blijkt uit de volgende communicatie.
35. CIB meldde JEA in 2009 dat de inkoop- en/of de retailprijzen aangepast zouden moeten worden, omdat de marge per artikel zou afnemen. Op 14 december 2009 stuurt de heer [A-JEA] een tabel met prijzen toe aan de heer [B-CIB]. [B-CIB] antwoordt daarop vervolgens:

*'Bij berekening en toepassing van de verhoogde verkoopprijzen, zien we onze marge op elk artikel afnemen?! Of jouw brutoprijzen zijn niet hoog genoeg, óf onze inkoopprijzen zijn te hoog (of een beetje van beide). Wil je er nog eens naar kijken?'*³⁶

36. Daarop antwoordt JEA:

*'Klopt, de stijging betreft in deze ook alleen een dekking van de kosten. De opbrengst per pak blijft daarbij gelijk aan vorige jaar. Hierbij neem de marge per artikel inderdaad af en heb ik uit het oog verloren. Een oplossing kan zijn een verhoging van de inkoopprijs met â, - 0,90 cent per pak en een verhoging van de verkoopprijs met â, - 1,10 per pak. Hierbij blijft de marge per artikel gelijk en kunnen wij de kostenstijging dekken. Het geeft wel een fikse stijging richting het notariaat. Doen zo?'*³⁷

37. Daarop antwoordt [B-CIB]: *'Ja, doen zo.'*³⁸ Daaruit blijkt afstemming van de retailprijs. Vervolgens vraagt de commercieel manager van CIB of JEA nu ook haar prijzen verhoogt, waarop [A-JEA] antwoordt dat dat het geval is, waarbij de verkoopprijs van CIB 5% onder de verkoopprijs van JEA ligt.³⁹
38. Op het moment dat JEA naar aanleiding van het contact met CIB de prijzen aanpast, licht JEA XLP in over de gewijzigde prijzen, zodat CIB en XLP dezelfde retailprijzen zouden hanteren:

*'Ik heb een foutje gemaakt en kom hier net achter. Dus ik hoop dat ik nog op tijd ben. De inkoopprijs voor jou stijgt met 0,90 cent per pak. De verkoopprijzen bij het Notariaat met 1,10 per pak. Het betreft hier niet meer dan een dekking van kosten. Het aantal pakken aktepapier is schrikbarend afgenomen waardoor de vaste kosten over minder pakken verdeeld worden. Ik stuur je deze week nog even een nieuw tarief overzicht.'*⁴⁰

³⁴ Zie Bijlage 1 bij het bestreden besluit voor een overzicht van alle e-mails met daarbij de verwijzingen naar de vindplaatsen in het dossier.

³⁵ Met deze gegevens kan de marge voor CIB/XLP uitgerekend worden. Zie Bijlage 1 bij het bestreden besluit voor een overzicht van alle gecommuniceerde prijzen.

³⁶ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB*, p. 57.

³⁷ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB*, p. 57.

³⁸ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB*, p. 57.

³⁹ Dossierstuk 2016205284, *Verslag van Ambtshandelingen JEA*, p. 492.

⁴⁰ Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 161.

39. Ook in 2010 is de hoogte van de retailprijzen afgestemd. De heer [A-JEA] geeft tegenover de heer [B-CIB] aan dat JEA in de communicatie richting notarissen niet heeft genoemd dat er een prijsstijging van 14% gaat plaatsvinden, omdat zij dacht dat CIB dat wel ging doen. Anders zou dat teveel opvallen bij de notarissen.⁴¹ JEA was zich ervan bewust dat notarissen door zouden kunnen hebben dat partijen procentueel exact dezelfde prijsverhoging zouden toepassen.⁴²
40. Begin 2011 spreekt JEA CIB aan op de naleving van de in 2010 afgestemde retailprijzen. JEA geeft daarbij aan dat zij de afspraken wel naleeft vanaf 1 januari en dat deze afspraken ook zijn vastgelegd met XLP.⁴³ CIB werd er nogmaals aan herinnerd dat XLP ook betrokken was bij de afstemming.
41. In 2011 vindt er wederom communicatie plaats over de retailprijzen. JEA en CIB overleggen met elkaar over een te hanteren prijsverhoging. De heer [B-CIB] vraagt aan de heer [A-JEA] of ze nog een prijsverhoging kunnen verwachten. Daarop antwoordt [A-JEA]: *'Zelf dacht ik aan 3% tot 5%. Waaraan dacht jij?'* Waarop [B-CIB] antwoordt: *'Dan ga ik voor 4%'*.⁴⁴
42. Daarop stuurt JEA aan CIB en XLP het gebruikelijke excel document met daarop de retailprijzen van JEA en de inkoop- en retailprijzen van CIB danwel XLP. De heer [A-JEA] geeft in de mail aan dat de 4% verhoging is doorgevoerd.⁴⁵
43. CIB reageert daarop tegenover JEA als volgt:
- "We hebben indertijd afgesproken dat we ca. 5% onder de prijs van JEA zouden zitten en er een marge van tussen de 17 en 21% aan over zouden houden. Daar waar dit teveel uit de pas liep heb ik het aangepast. De getallen die ik heb aangepast heb ik met 2 kleurtjes aangegeven. Kan je hier mee akkoord gaan?"*⁴⁶
44. De heer [B-CIB] heeft daarbij voorgesteld zowel de inkoop- als de retailprijs aan te passen. Ook CIB deed dus voorstellen op het gebied van de retailprijs. De heer [A-JEA] gaat met het voorstel akkoord en stuurt de nieuwe tabel ook aan XLP toe.⁴⁷
45. De heer [C-XLP] geeft daarop aan dat de inkooptarieven 2012 voor XLP niet helemaal in lijn lopen.⁴⁸ Daarop antwoordt de heer [A-JEA]:
- 'Daar heb je gelijk in. Het lag in mijn gedachten om een algehele prijsstijging van 4% door te voeren. In overleg met het CIB is de inkoopprijs van 90 grms MAT V verlaagd van 17,05 naar 16,75 en van 108 grms MAT V van 18,25 naar 18,00. Dit om de marge tussen inkoop en verkoop te verbeteren. Nu zie ik echter dat de afspraak omtrent de 5% regel niet meer klopt en de prijs voor 108 grms 7% lager ligt dan die van JEA. Ik ga contact opnemen met het CIB om wederom eenheid in prijs te krijgen en hou je op de hoogte.'*⁴⁹
46. JEA neemt daarop contact op met CIB:
- "Met het nalopen van de prijzen voor volgend jaar zie ik dat ik me heb vergis door akkoord te gaan met je voorgestelde wijziging aangaande confident. Het is voor ons van groot belang dat de 5%*

⁴¹ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB*, p. 61.

⁴² JEA stemt in dit jaar ook de retailprijs af met XLP. Zie bijlage 1 bij het bestreden besluit.

⁴³ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB*, p. 69.

⁴⁴ Dossierstuk 2016205284, *Verslag van Ambtshandelingen JEA*, p. 582.

⁴⁵ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB*, p. 74; Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 182.

⁴⁶ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB*, Mail de heer [B-CIB] aan de heer [A-JEA] en Tabel, Bijlage 12, p. 74; Dossierstuk 2016205284, *Administratie JEA*, Mail [B-CIB] aan [A-JEA], Bijlage 135, p. 549.

⁴⁷ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB*, p. 74; Dossierstuk 2016205284, *Verslag van Ambtshandelingen JEA*, p. 543.

⁴⁸ Dossierstuk 2016205284, *Verslag van Ambtshandelingen JEA*, p. 593.

⁴⁹ Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek XLP*, e-mailwisseling tussen [C-XLP] en [A-JEA], Bijlage 57, p. 190 e.v..

*regel gehandhaafd blijft. De verschillen worden anders te groot.*⁵⁰

47. CIB gaat vervolgens akkoord en JEA koppelt dit weer terug aan XLP:

*'[VERTROUWELIJK] heeft snel gereageerd. Ik heb hem het volgende voorgesteld waarmee hij akkoord is. Concreet betekent dit dat de brutomarges tussen inkoop en verkoop iets zijn verbeterd en 5% regel tussen JEA en whitelabels van kracht blijft. Kun je je hierin eveneens vinden.'*⁵¹

48. De heer [C-XLP] antwoordt daarop dat hij in principe akkoord is als de marge procentueel gelijk blijft voor XLP.⁵²

49. Uit het dossier blijkt dat CIB vervolgens in de loop van 2012 contact opneemt met JEA, omdat XLP zich niet aan de afgesproken retailprijs zou houden:

*'Meneer [C-XLP] verkoopt het JEA-aktepapier aan [VERTROUWELIJK]. Hij biedt daar 80 grams papier aan. Dat bestaat toch niet in aktepapier? Wij hebben de afspraak dat de [VERTROUWELIJK] op hetzelfde prijspeil als het CIB zal zitten. Bij een aanbieding van een notaris waar wij mee in gesprek zijn, krijgen wij een prijs door waarbij onze laagste prijs (van de goedkoopste aktepapersoort) even hoog is als hun prijs, maar dan met het drukwerk. Is er een [VERTROUWELIJK] waarbij drukwerk gratis wordt aangeboden? Want zo kunnen wij niet mee in de aanbieding.'*⁵³

50. JEA reageert daarop dat de retailprijs bij XLP hetzelfde is en in overeenstemming met de afspraak.⁵⁴

Overtreding

51. Gelet op het voorgaande heeft de ACM in het bestreden besluit vastgesteld dat er sprake was van horizontale afstemming van de retailprijzen van notarieel aktepapier. XLP en CIB hadden weliswaar geen direct contact, maar zij stemden er mee in dat de retailprijzafstemming via JEA, hun concurrent op retailniveau, verliep. CIB en XLP waren zich ervan bewust dat JEA erop zou toezien dat de afspraken ook tussen CIB en XLP onderling werden nageleefd. Niet alleen JEA deed voorstellen voor een te hanteren retailprijs, de voorstellen tot aanpassing kwamen ook vanuit CIB respectievelijk XLP. Er was dus sprake van horizontale afstemming. Hierna zal de ACM de 5%-regel en de contacten die in dat kader plaatsvonden aanduiden als 'de afspraken'.

2.2.2 Omvang van de overtreding

Bezwaar

52. KJE voert aan dat de ACM in het bestreden besluit tal van gedragingen beschrijft die verband houden met de exclusieve leveringsovereenkomsten die de ACM niet als overtreding heeft aangemerkt.⁵⁵ Ook bij JEA bestaat onduidelijkheid over de wijze waarop de ACM de overtreding afbakent. Zo voert JEA aan dat de ACM ten onrechte insinueert dat de overtreding ook afspraken over marges, klantverdeling en het uitsluiten van concurrenten inhield.⁵⁶

Beoordeling

53. Anders dan KJE en JEA stellen, blijkt uit het bestreden besluit welke gedragingen de ACM als overtreding heeft aangemerkt. Zoals beschreven in hoofdstuk 3 van het bestreden besluit, ziet de overtreding op de afspraken over de retailprijs (de 5%-regel). In het kader van de uitvoering en

⁵⁰ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB, Mail [A-JEA] aan [B-CIB] en Tabel*, Bijlage 12, p. 74; Dossierstuk 2016205284, *Administratie JEA, Mail [B-CIB] aan [A-JEA]*, Bijlage 144, p. 579;

Dossierstuk 2015205840, *Clementieverzoek CIB deel 1, Mail [A-JEA] aan [B-CIB] aan en tabel*, Bijlage 24, p. 215.

⁵¹ Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 195.

⁵² Dossierstuk 2016205284, *Verslag van Ambtshandelingen JEA*, p. 575.

⁵³ Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 85.

⁵⁴ Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 85.

⁵⁵ Zie nr. 68 bezwaarschrift KJE.

⁵⁶ Zie grief 2 bezwaarschrift JEA.

naleving van de 5%-regel zijn er verschillende contacten geweest tussen JEA en CIB, en JEA en XLP. De ACM heeft ook deze contacten in het bestreden besluit beschreven en het geheel van deze gedragingen aangemerkt als een enkele voortdurende inbreuk van artikel 6 Mw en artikel 101 VwEU.

54. Het is juist dat de ACM in het bestreden besluit ook andere gedragingen dan de afspraken heeft beschreven. Het gaat daarbij vooral om verschillende ontwikkelingen in de markt en gedragingen in de aanloop naar de afspraken. Deze ontwikkelingen en gedragingen, zoals de exclusieve leveringsovereenkomsten, vormen samen de relevante economische en juridische context waarin de afspraken tot stand zijn gekomen. Zij zijn nodig om de afspraken goed te kunnen duiden.
55. Wat betreft de afstemming over marges, begrijpt de ACM dat zij door de terminologie in paragraaf 3.1 van het bestreden besluit mogelijk de indruk heeft gewekt dat er aparte marge-afspraken zijn gemaakt, los van de contacten over de retailprijzen. Het bestreden besluit behoeft op dit punt verduidelijking.
56. In de contacten waarin partijen retailprijzen afstemden, bespraken zij ook inkoopprijzen en de marges die XLP en CIB nastreefden.
57. Onderhandelingen over de hoogte van inkoopprijzen tussen distributeurs en hun leverancier zijn op zichzelf gebruikelijk en niet in strijd met de mededingingsregels, ook als de distributeurs daarbij uitlatingen doen over de consequenties voor hun marge.
58. De hiervoor beschreven contacten laten echter zien dat als XLP en CIB hun te behalen marges niet voldoende vonden, dit tot aanpassing van de retailprijzen kon leiden. De ACM heeft deze contacten gericht op het bepalen van retailprijzen in strijd geacht met de mededingingsregels.

2.2.3 Kwalificatie van de overtreding

2.2.3.1 Horizontale afstemming

Bezwaar

59. KJE en JEA voeren aan dat de ACM de afspraken als verticale overeenkomst had moeten aanmerken. JEA stelt dat de ACM, om te kunnen aantonen dat er sprake was van horizontale afspraken, had moeten bewijzen dat CIB en XLP 'met het oog op de toepassing van de overeenkomst' werkzaam waren in hetzelfde stadium van de distributieketen.⁵⁷ Omdat CIB en XLP actief waren als wederverkoper van JEA hadden de afspraken volgens JEA als verticale overeenkomst beoordeeld moeten worden. JEA verwijst in dit verband naar de Commissiebeschikking en het arrest in de zaak JCB Service. KJE leidt uit het bestreden besluit af dat de ACM partijen een 'hub-and-spoke-kartel' verwijt maakt. Volgens KJE is echter niet aan de vereisten hiervoor voldaan.

Beoordeling

60. De ACM is met partijen eens dat er, doordat JEA (exclusieve) leveringsovereenkomsten met zowel CIB als XLP had gesloten, een verticale relatie bestond tussen JEA en CIB enerzijds en tussen JEA en XLP anderzijds. De afspraken gingen deze verticale relatie echter te buiten en betroffen ook rechtstreeks de concurrentieverhoudingen tussen JEA, XLP en CIB op de retailmarkt. Partijen gebruikten de contacten die plaatsvonden in het kader van hun verticale relatie om hun horizontale verhoudingen op de retailmarkt nader te regelen.
61. Voor de beoordeling van de afspraken is relevant dat JEA bij het maken van deze afspraken niet alleen optrad als leverancier, maar ook handelde in haar hoedanigheid van verkoper van notarieel aktepapier aan notarissen. De afspraken hadden immers betrekking op de retailprijzen van CIB,

⁵⁷ JEA verwijst hiertoe naar de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (2010/C 130/01) (hierna: Richtsnoeren Verticalen).

XLP en JEA. Op die markt waren JEA, CIB en XLP concurrenten van elkaar. Relevant daarbij is dat ook JEA afsprak welke retailprijzen zij zou hanteren.⁵⁸ Als JEA zich niet hield of leek te houden aan de afgesproken retailprijzen, werd zij door CIB/XLP aangesproken op de naleving van de afspraken en vice versa.⁵⁹ JEA dicteerde niet de prijzen voor CIB en XLP. CIB en XLP stelden zelf ook voor om de retailprijzen aan te passen.⁶⁰ Zoals hierboven in paragraaf 2.2.1 beschreven was het resultaat van de contacten afstemming van de retailprijzen tussen concurrenten. Deze afstemming is horizontaal van karakter. De ACM is daarom van oordeel dat zij de afspraken in het bestreden besluit terecht als horizontaal heeft aangemerkt.

62. De afspraken zoals deze door JEA, XLP en CIB zijn gemaakt, vertonen kenmerken van duale distributie zoals bedoeld in artikel 2 lid 4 sub a van de Groepsvrijstelling.⁶¹ Immers JEA, leverancier/drukker van notarieel aktepapier, handelde ook als distributeur van notarieel aktepapier in concurrentie met CIB en XLP, die op hun beurt onafhankelijke distributeurs waren. De afspraken tussen JEA, XLP en CIB bleven echter niet beperkt tot een duaal distributiesysteem. Partijen stemden immers hun retailprijzen af. Dergelijke afstemming hoort niet thuis in een duaal distributiesysteem.
63. Dit betekent dat partijen zich niet kunnen beroepen op artikel 2 lid 4 sub a van de Groepsvrijstelling en punt 28 van de Richtsnoeren Verticalen.
64. Gesteld al dat de afspraken wel onder het toepassingsbereik van artikel 2 lid 4 sub a van de Groepsvrijstelling zouden vallen, dan kan dit partijen niet baten. De afspraken voldoen hoe dan ook niet aan de voorwaarden voor vrijstelling van het kartelverbod, gezien de marktaandelen van JEA, XLP en CIB (artikel 3 van de Groepsvrijstelling).
65. De vergelijking met de zaak JCB Service gaat niet op.⁶² In de zaak JCB Service ging het (om door de Commissie als overtreding aangemerkte) gedragingen waarbij JCB stuurde op margeverhoging. Hierbij handelde JCB in haar rol van producent. Anders dan in de onderhavige zaak ging het niet om afspraken die zagen op afstemming en uitwisseling van retailprijzen. Er is dan ook geen sprake van een vergelijkbare situatie. Het feit dat de Commissie en het Gerecht de betreffende afspraken als verticaal hebben beoordeeld, leidt dan ook niet tot een ander oordeel in de onderhavige zaak.
66. Tot slot merkt de ACM op dat van een typisch hub and spoke-kartel geen sprake is. De prijsinformatie over CIB en XLP werd weliswaar via JEA uitgewisseld, maar in tegenstelling tot de situatie in typische 'hub and spoke' kartels, was JEA niet enkel een 'doorgeefluik'.⁶³ Zij was ook zelf actief op de markt voor de verkoop van notarieel aktepapier aan notarissen, maakte in dat kader de afspraken en gaf daarbij ook haar eigen retailprijzen door. Gelet hierop verklaart de ACM deze bezwaren ongegrond.

2.2.3.2 Eén enkele voortdurende inbreuk

Bezwaar

67. KJE stelt dat de ACM de afspraken ten onrechte heeft aangemerkt als één enkele voortdurende overtreding. KJE stelt dat de ACM het gemeenschappelijke doel onvoldoende nauwkeurig heeft bepaald. Specifiek stelt KJE dat de ACM niet heeft bewezen dat de verticale leveringsovereenkomsten een mededingingsbeperkend doel zouden hebben. JEA geeft daarnaast aan dat de ACM marge-afspraken afzonderlijk als overtreding zou hebben aangemerkt en deze marge-afspraken afzonderlijk niet de strekking zouden hebben de mededinging te beperken.

⁵⁸ Zie par. 2.2.2.4 en 2.2.3.4 van het bestreden besluit.

⁵⁹ Zie par. 2.2.2.4 en 2.2.3.4 van het bestreden besluit.

⁶⁰ Zie par. 2.2.1.

⁶¹ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010.

⁶² Beschikking van de Commissie van 21 december 2000 in zaak COMP:F.1/35.918, 2002/190/EG, Arrest van het Gerecht van 13 januari 2004, zaak T-67/01.

⁶³ Zie bijv. de beslissing van de BMA van 22 juni 2015, (DPH), <https://www.bmaabc.be/sites/default/files/content/download/files/2015IO19-AUD.pdf>.

Beoordeling

68. De ACM heeft in het bestreden besluit vastgesteld dat JEA/KJE, XLP en CIB betrokken zijn geweest bij één of meer overeenkomsten/onderling afgestemde feitelijke gedragingen. De ACM heeft in paragraaf 2.2.2 van dit besluit de afspraken betreffende retailprijs (5%-regel) en de verschillende contacten die er zijn geweest in het kader van de uitvoering en naleving van genoemde afspraken tezamen aangeduid als 'de afspraken'. Deze afspraken worden aangemerkt als één enkele voortdurende overtreding.⁶⁴
69. De ACM merkt hierbij op dat de verticale leveringsovereenkomsten dus geen onderdeel vormen van de (voortdurende) overtreding in het bestreden besluit. Zoals in paragraaf 2.2.2 in dit besluit beschreven heeft de ACM geen afzonderlijke marge-afspraken vastgesteld. Voor zover gesprekken over marge hebben geleid tot het bepalen van de retailprijzen, maken ze onderdeel uit van de enkele voortdurende inbreuk.
70. Om één enkele voortdurende overtreding vast te kunnen stellen, moet voldaan zijn aan een aantal vereisten.⁶⁵ Partijen moeten betrokken zijn geweest bij één of meer overeenkomsten/onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Niet elk van de gedragingen hoeft zelfstandig een overtreding te vormen. Voldoende is dat de gedragingen aan het overkoepelende doel bijdroegen of dit doel ondersteunden. Daarnaast moeten de gedragingen gericht zijn op hetzelfde doel en moeten partijen met hun eigen gedrag willen bijdragen aan dit gemeenschappelijke doel van alle deelnemers. Ten slotte moeten partijen de gedragingen van andere ondernemingen kennen of redelijkerwijs kunnen voorzien en moeten partijen bereid zijn geweest het risico te ervaren. Hieronder loopt de ACM deze vereisten na.
71. In het bestreden besluit is uitgebreid beschreven dat partijen betrokken zijn geweest bij verschillende gedragingen, in dit besluit aangeduid als 'de afspraken'. Deze afspraken waren, zoals vastgesteld in paragraaf 3.1.3 van het bestreden besluit, gericht op hetzelfde doel: de concurrentiedruk op het gebied van retailprijzen van notarieel aktepapier in Nederland te beperken. Anders dan KJE stelt, is dit doel voldoende nauwkeurig en niet te breed vastgesteld. Partijen probeerden met hun gedragingen, blijkens het dossier, hun onderlinge concurrentieverhoudingen wat betreft de verkoop van notarieel aktepapier aan notarissen in Nederland, nader te regelen (zie ook paragraaf 2.2.3.3 van dit besluit).
72. Ten slotte hebben JEA, XLP en CIB met hun eigen gedrag willen bijdragen aan het gemeenschappelijke doel de concurrentiedruk op het gebied van retailprijzen van notarieel aktepapier in Nederland te beperken. Ook waren zij op de hoogte van de gedragingen van de andere ondernemingen. Zie nader paragraaf 2.2.1 van dit besluit.
73. Op basis van het bovenstaande verklaart de ACM de bezwaren van JEA en KJE ongegrond.

2.2.3.3 Strekking

Bezwaar

74. JEA en KJE stellen dat de ACM de gedragingen ten onrechte als strekkingsbeperking zou hebben gekwalificeerd.⁶⁶ Daarbij stelt KJE dat de prijs geen belangrijke concurrentieparameter zou zijn.⁶⁷ Daarnaast stellen zowel KJE als JEA dat CIB en XLP zonder de exclusieve leveringsovereenkomst niet met JEA konden concurreren op de retailmarkt. XLP omdat zij geen andere leverancier zou kunnen vinden. CIB omdat haar papier volgens JEA niet voldeed wegens een niet gecentreerd watermerk, een verkeerde kleur van het KNB-logo en omdat de drukker niet beschikte over de juiste certificering en geen lid was van de Vereniging Echt. Ook stellen JEA en KJE dat de ACM ten onrechte heeft aangenomen dat de prijs daalde nadat CIB de afspraken op het gebied van

⁶⁴ Zie par. 3.1.3 van het bestreden besluit.

⁶⁵ Zie nr. 216 van het bestreden besluit.

⁶⁶ Volgens KJE is er daarom ook geen sprake van een merkbare beperking.

⁶⁷ KJE wekt de ACM onterecht de indruk dat [VERTROUWELIJK] overstapten naar XLP wegens de prijs.

notarieel aktepapier met JEA beëindigde. Ten slotte stelt JEA dat zij een leveringsverplichting had en de afspraken moest maken om een pricesqueeze te voorkomen.

Beoordeling

75. Om de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging te kunnen aannemen, volstaat dat deze overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging concreet de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen, gelet op de juridische en economische context ervan. Het bepalende criterium hierbij is of sprake is van een vorm van coördinatie die in voldoende mate schade aan de mededinging kan toebrengen.⁶⁸
76. De afspraken hebben, zoals eerder in paragraaf 2.2.3.1 is beschreven, geleid tot horizontale afstemming op het gebied van de prijs.⁶⁹ CIB, JEA en XLP hebben hun retailprijzen afgestemd. Dit soort afspraken op het gebied van de prijs worden in het algemeen als een zeer ernstige overtreding van het Europese en Nederlandse mededingingsrecht beschouwd en worden vaak aangemerkt als strekkingsbeperking.⁷⁰
77. Dit is, gezien de juridische en economische context, ook in deze zaak het geval. Er zijn afspraken gemaakt tussen concurrenten die zien op een belangrijke concurrentieparameter, de prijs.⁷¹ De heer [A-JEA] geeft zelf aan dat de prijs belangrijk is bij de beslissing van een notaris om over te stappen naar een andere leverancier.⁷²
78. Onderdeel van deze juridische en economische context vormen de exclusieve leveringsovereenkomsten die tussen JEA en CIB enerzijds en JEA en XLP anderzijds zijn afgesloten. CIB en XLP kozen er met deze overeenkomsten voor uitsluitend notarieel aktepapier af te nemen van JEA. Zij ontvingen hiervoor een jaarlijkse vergoeding. Hierdoor was feitelijk de situatie ontstaan dat enkel JEA actief was op de wholesalemarkt. Uit het dossier blijkt dat JEA tevreden was met deze positie op de wholesalemarkt en daar ook naar had gestreefd.⁷³ XLP en CIB en JEA waren actief op de retailmarkt en konden dat op deze manier ook blijven zonder echte concurrentie van elkaar te duchten. Tezamen waren zij immers de enige spelers actief op die markt.
79. JEA en CIB enerzijds en JEA en XLP anderzijds hebben naar het oordeel van de ACM in strijd gehandeld met het kartelverbod. Zoals hiervoor beschreven hielden deze afspraken in dat de retailprijzen van XLP en CIB 5% onder die van JEA lagen. JEA zorgde er in haar communicatie met XLP en CIB voor dat er tussen de verkoopprijzen van XLP en CIB geen verschillen ontstonden en dat de retailprijzen van XLP/CIB niet meer dan 5% onder die van JEA lagen. Daarnaast spraken ook CIB en XLP JEA aan op naleving van de afspraken.
80. Deze afspraken beperkten de prijsconcurrentie tussen JEA, CIB en XLP. JEA, CIB en XLP beperkten zich hiermee in het voeren van een eigen prijsbeleid. Het dossier bevat verschillende

⁶⁸ HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P (*Groupement des cart bancaires*), HvJ EU 4 juni 2009, C-8/08 (*T-Mobile Netherlands/NMa*).

⁶⁹ Van adviesprijzen, zoals JEA en KJE aanvoeren, is dan ook geen sprake.

⁷⁰ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, p. 2 en HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P (*Groupement des cartes bancaires*), r.o. 51 en artikel 101 lid 1 VWEU.

⁷¹ Zie par. 2.1.6 en 2.1.7 van het bestreden besluit. Zie ook Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 25. Uit het dossier blijkt daarnaast dat de heer [A-JEA] zelf heeft aangegeven dat de prijs een belangrijke concurrentieparameter is: Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, Bijlage 20, p. 71; Dossierstuk 2016205284, *Administratie JEA, Mail [A-JEA] aan [C-XLP]*, p. 980.

⁷² Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, Bijlage 20, p. 71; Dossierstuk 2016205284, *Administratie JEA, Mail [A-JEA] aan [C-XLP]*, p. 980.

⁷³ Zie: Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 7: De heer [C-XLP] begreep dat JEA bezorgd was dat de egoutteur gebruikt zou worden door een onderneming om alsnog met JEA te gaan concurreren; Dossierstuk 2016204186, *Administratie KJE*, Bijlage 19, p. 147: de heer [A-JEA] bespreekt in het directieteam van 25 augustus 2008 van KJE (incl. de heer [VERTROUWELIJK-KJE]) dat hij overweegt een bod te doen op de egoutteur, om ervoor te zorgen dat de concurrentie hiertoe geen toegang tot krijgt.

voorbeelden waaruit blijkt dat partijen in staat waren om met elkaar te concurreren op het gebied van de prijs. JEA en CIB gaven tegenover elkaar aan dat zij hadden afgesproken niet op prijs te concurreren en spraken elkaar aan op naleving van deze afspraak.⁷⁴ Zo mailde de heer [A-JEA] de heer [B-CIB] op 21 maart 2008:

“Daarnaast ontving ik vandaag bijgaande email-uitwisseling tussen een medewerker van het CIB en mevr. [VERTROUWELIJK] van [VERTROUWELIJK]; hetgeen mij diep raakt (zie bijlage). Zoals afgesproken zouden wij niet op prijs concurreren, maar uit deze emailbijlage blijkt het tegendeel. Je begrijpt dat ik hier -op z'n zachts gezegd- een zeer onplezierig gevoel over heb. Graag wil ik dan ook op korte termijn met je in gesprek. Wellicht zie jij kans a.s. dinsdagmiddag tussen twaalf en twee of woensdagochtend tussen half negen en half tien bij mij langs te komen?”⁷⁵

81. Ook de heer [C-XLP] sprak de heer [A-JEA] aan op nakoming van de gemaakte afspraken:

“Ik loop tegen kantoren (oa [VERTROUWELIJK]) aan die mij vragen om 5 % korting op de oude prijzen aktepapierprijzen (2010) omdat JEA dat ook heeft aangeboden.(...) Ik reageer namelijk heel terughoudend op kantoren die vragen om een bestelling tegen de oude prijs. In de [VERTROUWELIJK] staan de nieuwe tarieven per 1.1.2011 en daar probeer ik zo goed mogelijk de 2011 prijs staande te houden. (op een handvol uitzonderingen na). Ik heb ook de laatste week van december juist geen ruchtbaarheid aan de verhoging gegeven zodat ze niet extra gingen bestellen tegen de oude prijs. Heb jij de laatste 2 weken veel orders gekregen van mijn [VERTROUWELIJK] papier? Los van de omzet die ik mis zullen we dit op een of andere manier oplossen want anders krijgen we straks de verhalen dat kantoren niet meer bestellen bij XLP omdat zij duurder is dan JEA....”⁷⁶

82. Op grond van het voorgaande concludeert de ACM dat de afspraken ertoe strekten de mededinging te beperken. De ACM stelt bovendien vast dat partijen zich ervan bewust moeten zijn geweest dat hun afspraken de onderlinge concurrentie beperkten. Uit het dossier blijkt bovendien dat JEA zich ook bewust was van het mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen. In een door de heer [A-JEA] opgesteld document met daarin de prijzen van CIB in 2007 staat de volgende opsomming:

‘Top product

Altijd voorraad

Kennis van de markt

Geen prijserosie

Uitstekend rendement

Geen concurrentie

Ons uitgangspunt

Ik lever meer dan € 4,- per pak in aan rendement en dat komt ten goede aan het CIB. Is dat verstandig??? Ik denk het wel, het is een win/win voor beide maar ik wil niet verder zakken”⁷⁷

2.2.3.4 Geen afhankelijkheid

83. Wat betreft de stelling van KJE en JEA dat CIB en XLP zonder de exclusieve leveringsovereenkomsten niet met JEA hadden kunnen concurreren op de retailmarkt, merkt de ACM op dat deze leveringsovereenkomsten op zichzelf niet ter beoordeling voorliggen. Zij vormen

⁷⁴ Zie par. 2.2.2.4 en 2.2.3.4 van het bestreden besluit.

⁷⁵ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB, Mail [A-JEA] aan [B-CIB]*, p. 50.

⁷⁶ Dossierstuk 2015205284, *Verslag van Ambtshandelingen JEA*, p. 172 en 173.

⁷⁷ Dossierstuk 2015205284, *Verslag van Ambtshandelingen JEA*, p. 1456.

wel onderdeel van de relevante context waarin de ACM de afspraken betreffende de retail verkoopprijzen beoordeelt. Ongeacht de beweegredenen voor partijen om de exclusieve leveringsovereenkomsten aan te gaan, zijn de prijsafspraken mededingingsbeperkend. Uit het dossier blijkt immers dat partijen met elkaar konden concurreren.⁷⁸ Zoals hiervoor opgemerkt, ontstond na de exclusieve afnameovereenkomsten feitelijk de situatie dat naast JEA ook CIB en XLP actief bleven op de retailmarkt en zijn de afspraken in die context mededingingsbeperkend.

84. De ACM merkt bovendien op dat, anders dan JEA en KJE betogen, het dossier afdoende laat zien dat CIB en XLP ook buiten JEA om mogelijkheden hadden om actief te kunnen zijn/blijven op de retailmarkt.⁷⁹
85. Zoals in het bestreden besluit beschreven, verkocht XLP in 2006 al onafhankelijk van JEA notarieel aktepapier aan notarissen en nam zij af bij papierfabrikant [VERTROUWELIJK] en drukkerij [VERTROUWELIJK]. Toen zij in 2008 op zoek was naar een nieuwe papierfabriek door het faillissement van [VERTROUWELIJK], werd zij benaderd door JEA. XLP kon het aktepapier ook kant en klaar afnemen bij JEA waardoor XLP niet meer verder hoefde te zoeken naar een nieuwe papierleverancier.⁸⁰ Zij had eerder wel een tweetal offertes opgevraagd, bij [VERTROUWELIJK] en bij [VERTROUWELIJK], die beide wilden leveren.⁸¹ Er waren dus alternatieve papierleveranciers voor JEA.
86. Ook blijkt uit het dossier dat CIB uit onvrede over de samenwerking met JEA in 2013 onafhankelijk van JEA notarieel aktepapier is gaan leveren. Dat had zij ook gekund ten tijde van het sluiten van de exclusieve leveringsovereenkomst met JEA. Uit het dossier blijkt dat het aannemelijk is dat het papier van CIB in 2006 voldeed of CIB ervoor kon zorgen dat zij op korte termijn over goed papier zou beschikken.⁸²
87. Op grond van het voorgaande is niet aannemelijk dat XLP en CIB afhankelijk waren van JEA om actief te kunnen zijn op de retailmarkt. Dat wordt ondersteund door het feit dat zij een exclusieve leveringsovereenkomst sloten met JEA waarvoor zij een exclusiviteitsfee kregen. Een exclusieve afspraak was immers niet nodig op het moment dat er geen andere aanbieders waren geweest bij wie CIB en XLP notarieel aktepapier hadden kunnen afnemen. Door het sluiten van de exclusieve afnameovereenkomsten ontstond er feitelijk de situatie dat enkel JEA actief was op de wholesalemarkt. Uit het voorgaande blijkt dat CIB en XLP niet afhankelijk waren van JEA. De enige spelers op het gebied van verkoop van notarieel aktepapier aan notarissen hebben er zelf voor gekozen afspraken te maken op het gebied van een belangrijke concurrentieparameter. Daardoor werd de concurrentie die was beoogd met het openstellen van de markt juist beperkt.

Gevolgen van de beëindiging van de afspraken door CIB

88. JEA en KJE stellen dat de ACM ten onrechte heeft aangenomen dat de prijs daalde nadat CIB haar samenwerking op het gebied van notarieel aktepapier met JEA beëindigde. De prijzen zouden volgens JEA namelijk zijn gedaald, omdat zij haar overtollige voorraad probeerde kwijt te raken. Verder zou de inkoopprijs van CIB volgens KJE niet te vergelijken zijn met de inkoopprijs van JEA, omdat CIB goedkoper heeft kunnen inkopen.

⁷⁸ Zie hierboven en par. 2.2.2.4 en 2.2.3.4 van het bestreden besluit.

⁷⁹ Zie ook par. 2.2.1-2.2.3 van het bestreden besluit.

⁸⁰ Zie par. 4.1 en par. 2.2.3 van het bestreden besluit.

⁸¹ Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 5.

⁸² Ten eerste had de KNB had in 2006 immers aangekondigd dat CIB het aktepapier kon leveren - Dossierstuk 2015406750, *Toezenden Artikel Notariaat Magazine 2006*; Ten tweede leek het papier van CIB ook te voldoen: CIB maakte gebruik van dezelfde papierleverancier als XLP, en XLP was ook zelfstandig actief; De drukker, [VERTROUWELIJK], kon via CIB beschikken over de juiste kleursamenstelling van het KNB-logo - Dossierstuk 2015205840, *Clementieverzoek CIB deel 1*, p. 67. En [VERTROUWELIJK] beschikte eind 2006 over het benodigde CWA-certificaat en had daarmee haar lidmaatschap bij de vereniging Echt kunnen aanvragen - Dossierstuk 2015308838, *Correspondentie KNB papierleveranciers*, p. 22. Ten derde had CIB ook bij andere drukkers kunnen afnemen - Ook andere drukkers waren lid van de vereniging Echt (bijv. [VERTROUWELIJK]) en konden mogelijk notarieel aktepapier drukken: Dossierstuk 2015310037, *Beantwoording vragen 5, 6, 7 en 10 van informatieverzoek*, p. 4.

89. De ACM merkt op dat deze stellingen van JEA en KJE geen afbreuk doen aan het bestaan van de afspraken en het mededingingsbeperkende karakter daarvan. De ACM is bij een strekkingsbeperking niet gehouden om onderzoek te doen naar de gevolgen van een overtreding en heeft dat in deze zaak ook niet gedaan. Wel heeft de ACM in het bestreden besluit (ten overvloede) vastgesteld dat de beëindiging van de samenwerking met JEA door CIB consequenties heeft gehad voor de retailprijzen. De retailprijzen daalden omdat CIB ging concurreren op prijs.
90. Ten eerste heeft de heer [C-XLP] verklaard dat de prijs van CIB leidend was, nadat CIB in 2013 zelfstandig op de markt was gekomen. Volgens de heer [C-XLP] ging CIB heel agressief de markt op en was zij daarbij degene die de prijs liet dalen.⁸³ De heer [A-JEA] zou daarbij aan XLP hebben laten weten dat hij over de prijsdaling ontstemd was.⁸⁴ Daarbij geeft de heer [C-XLP] aan dat JEA reageerde op de prijzen van CIB en dat vervolgens CIB weer reageerde op de prijzen van JEA. Ze beconcurrerden elkaar volgens de heer [C-XLP] flink.⁸⁵ Ook de heer [A-JEA] geeft zelf aan dat eind juni 2013 de prijzen van aktepapier erg onder druk staan en per dag wijzigen. Hij geeft aan:
- 'De prijzen van aktepapier staan erg onder druk en wijzigen per dag. Wij hanteren op dit ogenblik dezelfde prijzen als die van het CIB. Onze afspraken veranderen derhalve ook. Gezien de verkoopprijzen in enkele maanden met meer dan 40% gezakt zijn is het niet meer mogelijk een hoge korting te geven op de geldende adviesprijzen.'*⁸⁶
91. Na een mailwisseling tussen de heer [C-XLP] en de heer [A-JEA] naar aanleiding van de prijzen van 'derden' (lees: CIB) geeft de heer [A-JEA] eind juni 2013 vervolgens aan:
- 'Ik ga met je mee. Wij matchen aan het CIB tarief voor de formaatnotarissen... Wel is het zo dat deze prijzen erg scherp zijn en dat de rek er aan mij kant uit is.'* 'Nu het CIB zijn eigen papier op de markt brengt zijn de prijzen zo drastisch gedaald...'⁸⁷
92. In de notulen van de MT-vergadering van 4 december 2013 van JEA is vervolgens te lezen:
- 'Aangaande het aktepapier is de omzet verder ingeklapt als gevolg van het feit dat ook het CIB ruimte heeft op aktepapiernet. KNB.CIB.nl hebben een eigen website geopend en is strak opgezet. Alle prijzen zijn 7% lager dan JEA. Onze nieuwe website is 1 januari klaar en biedt gratis indruk en opslag. De markt is duidelijk kapot. We blijven bellen en meten.'*⁸⁸
93. Het Bedrijfsplan van JEA van 2014 meldt daarnaast:
- 'In 2013 heeft Joh. Enschedé Amsterdam derhalve als onderneming een 'tik' gehad. De aanhoudende geruchten begin 2013 over de slechte financiële positie bij Kon. Joh. Enschedé deden relaties doen besluiten de samenwerking te verbreken of opdrachten, al dan niet tijdelijk, elders onder te brengen. Dit werd versterkt toen in maart 2013 de kredietverzekeraars meldden geen dekking meer te geven op Kon. Joh. Enschedé als debiteur. Dit leidde o.a. tot het vertrek van het CIB en KNB. De aanval die het CIB daarna inzette op het aktepapier zal ons structureel ruim 400K per jaar aan marge kosten.'*⁸⁹
94. Op 3 maart 2014 geeft de heer [A-JEA] vervolgens aan:
- 'Het prijsgevecht binnen het aktepapier blijft gaande... De laatste prijsverlagingen hebben ervoor gezorgd dat we weer een paar euro minder marge per pak draaien.'*⁹⁰

⁸³ Dossierstuk 2015207982, Verklaring hr. [C-XLP] - XLP, p. 23 en 44.

⁸⁴ Dossierstuk 2015207269, Clementieverzoek met bijlagen XLPapier B.V., p. 8.

⁸⁵ Dossierstuk 2015207982, Verklaring hr. [C-XLP] - XLP, p. 24.

⁸⁶ Dossierstuk 2016205284, Administratie JEA, p. 628.

⁸⁷ Dossierstuk 2016205284, Administratie JEA, p. 625.

⁸⁸ Dossierstuk 2016205284, Administratie JEA, p. 868.

⁸⁹ Dossierstuk 2016205284, Administratie JEA, p. 1329.

⁹⁰ Dossierstuk 2016205284, Administratie JEA, p. 694.

95. De ACM acht de verklaring van JEA ten aanzien van de prijsdaling van de retailprijs na beëindiging van de leveringsovereenkomst met JEA door CIB niet aannemelijk.

Geen rechtvaardiging voor de afspraken

96. JEA stelt dat ze een monopolist was en dus een machtspositie had met betrekking tot de productie van notarieel aktepapier in Nederland (de stroomopwaartse markt). Ter rechtvaardiging van haar gedragingen beroept JEA zich op de door haar gestelde leveringsverplichting als monopolist en op haar verplichting om een zogenaamde pricesqueeze te voorkomen.⁹¹
97. Het is juist dat een onderneming met een machtspositie, bepaalde verantwoordelijkheden heeft. Zo mag een onderneming met een machtspositie niet de toegang weigeren tot een zogenoemde 'essential facility'. Evenmin mag een onderneming met een machtspositie voor het product op de stroomopwaartse markt een prijs berekenen die, ten opzichte van de prijs die zij op de stroomafwaartse markt berekent, een even efficiënte concurrent niet in staat stelt om op duurzame basis winstgevend te handelen op de stroomafwaartse markt (pricesqueeze).⁹²
98. Horizontale afspraken zijn echter geen legitiem middel om een pricesqueeze te voorkomen. Een producent die zelf ook verkoopt op de retailmarkt weet immers heel goed welke kosten een verkopende onderneming zou moeten maken voor de verkoop. Op basis van zijn eigen distributiekosten kan de producent een juiste inkoopprijs vaststellen. Het was in ieder geval niet noodzakelijk noch legitiem om de afspraken te maken.
99. Uit het voorbeeld uit randnummer 205 van het bestreden besluit blijkt dat het niet plausibel is dat JEA met de prijsafpraak een pricesqueeze tegen wilde gaan. In dit voorbeeld werd naar aanleiding van input van XLP de inkoopprijs niet door JEA verlaagd. Door de input van XLP viel het JEA op dat de 5%-regel niet meer werd gehandhaafd en stelde JEA voor de inkooprijzen én de verkoopprijzen te verhogen om de retailprijs weer in lijn te brengen met de afspraken.⁹³

Conclusie

100. De ACM verklaart de bezwaren ongegrond.

2.2.4 Duur

101. Volgens KJE en JEA heeft de ACM de duur van de overtreding onjuist vastgesteld. De reden hiervoor is dat de ACM niet zou kunnen bewijzen dat er sprake was van wilsovereenstemming op 28 december 2006 tussen JEA en CIB over een mededingingsbeperkende afspraak.
102. De ACM stelt vast dat enkel de heer [B-CIB] heeft verklaard dat er op 28 december 2006 is gesproken over een afspraak waarbij CIB in ieder geval 5% onder de prijs van JEA moest kunnen verkopen.⁹⁴ De heer [A-JEA] heeft hierover verklaard dat hij weliswaar op de hoogte was van de wens van CIB om deze afspraak te maken, maar hij heeft aangegeven dat dit niet op deze datum aan de orde is gekomen.⁹⁵ Op 5 januari 2007 is wel een e-mail verstuurd met daarin een duidelijke uitwerking van de afspraak in de bijlage, waarbij wordt verwezen naar een gesprek van "gister, 4 januari 2007".⁹⁶ Gelet op deze feiten acht de ACM het bewezen dat de overtreding is aangevangen op 4 januari 2007. Het bezwaar is wat betreft dit punt gegrond. Het gevolg hiervan voor de boetehoogte is in paragraaf 2.3.1.2 van dit besluit verder uitgewerkt.

⁹¹ Bezwaargronden JEA, p. 23.

⁹² Richtsnoeren betreffende handhavingsprioriteiten Commissie bij toepassing artikel 82 EG op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02), punt 80.

⁹³ Zie de tabel in het bestreden besluit nr. 205.

⁹⁴ Dossierstuk 2015207901, *Getekende verklaring van [B-CIB] 3-12-2015*, p. 12,15,16 en 18.

⁹⁵ Dossierstuk 2016202825, *Verklaring [A-JEA] d.d. 4-3-2016*, p. 13: de heer [A-JEA] ontkent echter dat deze wens op 28 december is besproken.

⁹⁶ Dossierstuk 2015205765, *Clementieverzoek CIB, Mail [A-JEA] aan [B-CIB]*, p. 31.

2.2.5 Artikel 101 VWEU

103. KJE voert aan dat de ACM niet heeft bewezen dat de verboden gedragingen de tussenstaatse handel merkbaar konden beïnvloeden en dat artikel 101 VWEU derhalve niet is overtreden.
104. Daarbij voert KJE aan dat de stelling van de ACM dat een buitenlandse papierfabriek notarieel aktepapier kan maken niet relevant is en wijst erop dat de gedragingen betrekking hebben op de levering van notarieel aktepapier aan notarissen in Nederland. Voor de levering aan de notarissen moest het papier nog door een gecertificeerde drukker worden bewerkt. Gedurende de inbreukperiode gold de eis dat de drukker lid moest zijn van de vereniging ECHT, zodat drukkerijen buiten Nederland niet de mogelijkheid hadden om notarieel aktepapier te drukken en te verkopen.
105. Anders dan KJE meent, hoeft de ACM voor de toepassing van artikel 101, eerste lid, VWEU echter niet te bewijzen dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de interstatelijke handel daadwerkelijk hebben beïnvloed.⁹⁷ Beïnvloeding is een neutraal begrip, dat niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de handel wordt beperkt of verminderd. Het gaat erom dat de handel tussen de Lidstaten zich mét de overeenkomst of gedraging waarschijnlijk anders had ontwikkeld dan de ontwikkeling die zónder de overeenkomst of gedraging te verwachten viel.⁹⁸
106. Volgens vaste jurisprudentie kunnen horizontale kartels die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijken normaliter de handel tussen lidstaten beïnvloeden, omdat zij naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben. Dit doorkruist de economische verflechting die met het VWEU is beoogd.⁹⁹
107. De ACM wijst erop dat er, naast JEA, gedurende de inbreukperiode ook andere drukkers lid waren van de vereniging ECHT.¹⁰⁰ Het was niet uitgesloten dat er andere toekomstige (buitenlandse) aanbieders van notarieel aktepapier één van deze drukkers had kunnen benaderen om notarieel aktepapier te drukken en deze vervolgens aan te bieden aan notarissen in Nederland. De ACM verklaart dit bezwaar derhalve ongegrond.

2.2.6 Artikelen 6 lid 3 Mw en 101 lid 3 VWEU

108. KJE stelt zich op het standpunt dat de ACM ten onrechte heeft vastgesteld dat geen van de partijen zich heeft beroepen op artikel 6, derde lid, Mw c.q. artikel 101, derde lid, VWEU. Zij wijst erop dat zij zelf een beroep op dit artikel heeft gedaan. Volgens KJE hadden CIB en XLP zonder de leveringsovereenkomst met JEA niet kunnen toetreden c.q. op de markt actief kunnen blijven.¹⁰¹
109. Dit betreft naar het oordeel van ACM geen artikel 6 Mw/101 VWEU lid 3 verweer, maar ziet op de kwalificatie van de gedragingen als strekkingsbeding. De ACM verwijst naar paragraaf 2.2.3.3 van dit besluit en verklaart dit bezwaar ongegrond.

⁹⁷ Gerecht 7 oktober 1999, T-228/97, (*Irish Sugar*) EU:T:1999:246, punt 170.

⁹⁸ HvJ 13 juli 1966, C-56/64-58/64 (*Consten en Grundig*), EU:C:1966:41. Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen [101] en [102] van het [VWEU], PbEG 2004, C 101/81, randnummer 34.

⁹⁹ HvJ EG 17 oktober 1972, zaak 8/72, (*Vereniging van Cementhandelaren*), Jur. 1972, p. 991. Zie ook HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, (*Wouters*), Jur. 2002, p. I-1577, r.o. 95, HvJ EU 13 december 2012, (*Expedia*), ECLI:EU:C:2012:795, r.o.16-20

¹⁰⁰ Dossierstuk 2015310037.

¹⁰¹ Dossierstuk 2016102816, *Zienswijze KJE*, p. 33.

2.2.7 Overtreder KJE

Algemeen

Bezwaar

110. KJE stelt dat de ACM de overtreding - die begaan is door JEA - ten onrechte heeft toegerekend aan KJE. KJE stelt dat zij niet bij het kartelverbod betrokken is geweest en derhalve is er geen grond voor de ACM om de overtreding aan haar toe te rekenen.

Beoordeling

111. De ACM heeft de aansprakelijkheid van KJE gebaseerd op de beslissende invloed die KJE uitoefende op de activiteiten van JEA, gelet op het 100%-aandeelhouderschap van KJE in JEA. In het geval dat de moedermaatschappij 100% van het kapitaal van haar inbreuk makende dochtermaatschappij in handen heeft, wordt namelijk aangenomen dat deze moedermaatschappij beslissende invloed kan uitoefenen op het gedrag van deze dochter.¹⁰²
112. Anders dan KJE aanvoert, heeft de ACM de aansprakelijkheid van KJE niet gebaseerd op aanvullende feiten en omstandigheden. De ACM heeft *ten overvloede* aanvullende feiten opgenomen waaruit de beslissende invloed van KJE ook daadwerkelijk blijkt.¹⁰³ De ACM heeft dan ook geen afstand gedaan van het AKZO-bewijsvermoeden en zichzelf een zwaardere bewijslast opgelegd, zoals KJE aanvoert. Van strijd met het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel is derhalve geen sprake.
113. Wat KJE heeft aangevoerd ter weerlegging van het AKZO-bewijsvermoeden treft geen doel. KJE stelt dat zij geen mogelijkheid had om daadwerkelijk invloed op JEA uit te oefenen en dat zij enkel passief aandeelhouder is geweest. Uit de ten overvloede opgenomen overwegingen uit het bestreden besluit en de onderliggende stukken blijkt namelijk dat KJE wel degelijk de mogelijkheid had om invloed uit te oefenen op JEA.¹⁰⁴ Zo waren de raad van commissarissen van KJE en de directie van KJE betrokken bij het bepalen van het budget en de strategie van het concern. De betrokkenheid van KJE bij de strategie van het concern zag ook op ontwikkelingen betreffende notarieel aktepapier. Dit blijkt onder meer uit de concept plannen 'Update Strategisch plan 2007-2012 Commercial Print' en 'Update Strategisch plan 2008-2012 Commercial Print'.¹⁰⁵ Verder heeft JEA KJE op de hoogte gesteld van de plannen van CIB om in 2006 de markt voor notarieel aktepapier te betreden en de mogelijke gevolgen hiervan voor JEA.¹⁰⁶ Binnen het directieteam van KJE is besproken welke acties genomen kunnen of moeten worden als reactie op de komst van toetreders, waaronder CIB. JEA informeerde KJE over de totstandkoming van de exclusieve overeenkomst tussen JEA en CIB en tussen JEA en XLP. KJE werd ook op de hoogte gehouden over de samenwerking met CIB.¹⁰⁷
114. JEA heeft aangevoerd dat - indien vast komt te staan dat JEA een overtreding heeft begaan - deze overtreding tevens gepleegd is door KJE. De ACM merkt in dit verband op dat KJE niet op grond van feitelijke betrokkenheid bij de gedragingen als overtreder is aangemerkt, maar puur vanwege haar beslissende invloed op JEA. KJE vormde met JEA één economische eenheid en daarmee

¹⁰² HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 (*Akzo N.V.*), r.o. 58-60. De moedermaatschappij kan alleen aansprakelijk worden gesteld voor de periode dat zij beslissende invloed heeft kunnen uitoefenen, zie HvJ EG, 16 november 2000, zaak C-248/98, KNP, Jur. 2000, p. I-9641, r.o. 73; JvJ EG 16 november 2000, zaak C-279/98 P. (*Cascades*), Jur. 2000, p. I-9693, r.o. 77-80, *Gerecht* 30 mei 2006, zaak T-198/03, (*Oostenrijkse banken*), r.o. 332.

¹⁰³ Zie nr. 276 en voetnoot 315 van het bestreden besluit.

¹⁰⁴ Het bestreden besluit nr. 277 t/m 288.

¹⁰⁵ Dossierstuk 2016204186, *Verslag van ambtshandelingen KJE d.d. 31 augustus 2016 – Update Strategisch plan 2007-2012*, p. 12 en *Update Strategisch plan 2008-2012*, p. 437.

¹⁰⁶ Dossierstuk 2015103027, *Beantwoording informatieverzoek KJE d.d. 17 november 2015*, *Notulen van de Directievergadering KJE 20 november 2006*, bijlage 2, p. 4. Als mogelijk gevolg voor JEA wordt gesproken over 'verval in aantallen en prijzen'.

¹⁰⁷ Dossierstuk 2015103027, *Vervolg op brief van 5 nov. 2015 – Beantwoording vraag 6 KJE*, *Notulen van de directieteamvergadering KJE 21 mei 2007*, bijlage 7, p. 36 en Dossierstuk 2016205284, *Memo van de heer [A-JEA] aan de directie van KJE d.d. 22 oktober 2011*, p. 1527.

één onderneming in de zin van artikel 1, sub f, Mw ten tijde van de overtreding. Anders dan KJE stelt, is zij voorts niet enkel aansprakelijk gehouden in verband met verhaalsmogelijkheden, maar juist vanwege het feit dat zij, gelet op haar beslissende invloed, deel uitmaakte van de onderneming die het kartelverbod overtrad. Omdat zij als moedermaatschappij deel uitmaakte van deze eenheid, wordt zij geacht zelf de overtreding te hebben begaan en persoonlijk aansprakelijk te zijn voor de door haar dochteronderneming JEA gepleegde inbreuk.¹⁰⁸

Gelijkheidsbeginsel

Bezwaar

115. KJE stelt dat de ACM in strijd heeft gehandeld met het gelijkheidsbeginsel door KJE wel aansprakelijk te houden voor de overtreding, maar de heer [VERTROUWELIJK-KJE] niet te beboeten als feitelijk leidinggever. Volgens KJE bevinden de heer [VERTROUWELIJK-KJE] en KJE zich in dezelfde situatie. De heer [VERTROUWELIJK-KJE] was statutair bestuurder van KJE. Beide hebben statutaire bevoegdheden om het marktgedrag van JEA daadwerkelijk te beïnvloeden. Nu de ACM de heer [VERTROUWELIJK-KJE] niet heeft aangemerkt als feitelijk leidinggever, zou de ACM om dezelfde redenen KJE ook niet aansprakelijk mogen stellen voor de overtreding die feitelijk begaan zou zijn door JEA.

Beoordeling

116. Zoals de ACM hierboven heeft uiteengezet, heeft de ACM de aansprakelijkheid van KJE voor de overtreding die door JEA is begaan, gebaseerd op de beslissende invloed van KJE op JEA. Voor het vaststellen of de heer [VERTROUWELIJK-KJE] feitelijk leiding heeft gegeven aan de vastgestelde overtreding geldt een andere norm en een andere bewijsmaatstaf.¹⁰⁹ Het feit dat de ACM de heer [VERTROUWELIJK-KJE] niet als feitelijk leidinggever heeft aangemerkt leidt derhalve niet tot de conclusie dat de ACM in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld door KJE wel aan te merken als overtreder.

Onschuldpresumptie

Bezwaar

117. Volgens KJE is de toerekening van de overtreding aan haar in strijd met de onschuldpresumptie en zou deze ook om die reden niet in stand kunnen blijven.

Beoordeling

118. De ACM wijst er op dat, zoals hierboven toegelicht, KJE beslissende invloed had op JEA en op grond van de AKZO-norm aansprakelijk is voor de overtreding. Deze aansprakelijkheid van een moedermaatschappij is niet een aansprakelijkheid zonder enige vorm van schuld. Zij berust (mede) op de beslissende invloed op haar dochteronderneming die rechtstreeks aan de kartelgedraging heeft deelgenomen. Op grond van dit feit is (ook) zij "schuldig" en wordt zij geacht de overtreding van de mededingingsregels zelf te hebben begaan. Zo ook het Hof van Justitie:

"(...) Zelfs als de moedermaatschappij niet rechtstreeks deelneemt aan de inbreuk, oefent zij in [het geval de moedermaatschappij deel uitmaakt van de economische eenheid die de inbreuk heeft gepleegd] namelijk beslissende invloed uit op haar dochterondernemingen die er wel aan hebben deelgenomen. In die context kan de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij dus niet als een aansprakelijkheid zonder schuld worden aangemerkt".¹¹⁰

Conclusie

¹⁰⁸ HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 (*Akzo/Commissie*), pt. 56-57 en HvJ EU 26 november 2013, C-50/12P, (*Kendron/Commissie*) pt. 47.

¹⁰⁹ HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607, r.o. 5.1.1: "Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.

¹¹⁰ HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08 P, (*Akzo Nobel NV.*) pt. 77.

119. Gelet op het bovenstaande wijst de ACM de bezwaargronden die zien op de toerekening van de overtreding aan KJE af.

2.3 Boete

2.3.1 Boete ondernemingen

2.3.1.1 Toepassing Boetebeleidsregels 2009

Bezwaar

120. KJE stelt dat de ACM in strijd met het legaliteitsbeginsel heeft gehandeld door voor het bepalen van de boete de Boetebeleidsregels 2009 te hanteren.¹¹¹ Volgens KJE had de ACM de Boetecode 2007 moeten toepassen.¹¹² Daarnaast betoogt KJE dat in het geval de ACM de Boetebeleidsregels 2009 toepast, het gelijkheidsbeginsel met zich zou brengen dat de ACM deze zou moeten toepassen als ware het de Boetecode 2007. Zij beroept zich daarbij op de zaak Vriesshuizen. KJE voert dit betoog in verband met de hoogte van de ernstfactor. In de Boetebeleidsregels 2009 is de maximale ernstfactor voor overtredingen van de mededingingsregels verhoogd van maximaal drie naar maximaal vijf.¹¹³ De ACM zal de bezwaren ten aanzien van de ernst van de overtreding bespreken in paragraaf 2.3.1.3.

Beoordeling

121. In de onderhavige zaak heeft de overtreding geduurd van 4 januari 2007 tot en met 16 april 2013. De Boetebeleidsregels 2009 zijn in werking getreden op 1 oktober 2009.¹¹⁴

122. De ACM heeft in deze zaak de Boetebeleidsregels 2009 en niet de Boetecode 2007 toegepast, omdat de Boetebeleidsregels 2009 in werking zijn getreden voorafgaand aan beëindiging van de overtreding. Daarnaast vond een aanzienlijk deel van de overtreding plaats na de inwerkingtreding van de Boetebeleidsregels 2009 op 1 oktober 2009 (ruim 3,5 jaar). Anders dan KJE stelt, staat het legaliteitsbeginsel niet aan de toepassing van de Boetebeleidsregels 2009 in de weg. De ACM neemt hierbij in aanmerking dat sprake is van een enkele en voortdurende inbreuk en dat de betrokken ondernemingen op het moment dat de nieuwe beleidsregels in werking traden in dit nieuwe beleid geen aanleiding hebben gezien om hun gedrag te wijzigen.

123. De vergelijking die KJE maakt met de zaak Vriesshuizen gaat niet op.¹¹⁵ In die zaak is het verboden gedrag snel na de inwerkingtreding van de nieuwe beleidsregels beëindigd en de mededingingsbeperkende gedragingen vonden voor het grootste deel plaats in de periode waarin de Boetecode 2007 gold.

124. De ACM heeft gelet op het voorgaande terecht de Boetebeleidsregels 2009 onverkort toegepast op de gehele duur van de overtreding en van strijd met het legaliteitsbeginsel is geen sprake.

2.3.1.2 Betrokken omzet

Bezwaar

125. JEA voert aan dat de ACM de betrokken omzet om twee redenen verkeerd heeft vastgesteld. De ACM zou ten eerste de startdatum van de inbreuk niet hebben bewezen, waardoor zij ten onrechte de omzet vanaf die datum heeft meegenomen. Ten tweede heeft de ACM volgens JEA ten

¹¹¹ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009.

¹¹² NMa boetecode 2007, *Stcrf.* 2007, 123.

¹¹³ Zie randnummer 32 van de Boetecode 2007 en artikel 6 van de Boetebeleidsregels 2009.

¹¹⁴ Deze beleidsregels zijn materieel hetzelfde als de Boetebeleidsregels 2013 die na de overtreding in werking zijn getreden.

¹¹⁵ Zie besluit van 22 december 2015, ACM/DJZ/2015/207566_OV, randnummers 67 en 85. De overtreding in de zaak Vriesshuizen gestart op 31 juli 2006 en geëindigd op 16 november 2009.

onrechte de omzet die JEA behaalde met de (wholesale)leveringen aan CIB en XLP meegenomen in de berekening van de betrokken omzet. JEA is van mening dat de ACM deze omzet behaald op de wholesale markt niet mag meenemen, omdat de relevante markt de markt voor verkoop van notarieel aktepapier aan notarissen was. JEA verwijst in dit verband naar de zaak Prefab. JEA stelt daarnaast dat er sprake is van dubbele beboeting, omdat de ACM ook de omzet die JEA uit de verkoop van notarieel aktepapier aan CIB en XLP behaalde heeft meegenomen voor de berekening van de boetegrondslag. Tot slot betoogt JEA dat betrokken omzet in deze zaak geen goede indicator is voor het bepalen van de weerslag die de overtreding op de economie heeft.¹¹⁶ JEA wijst in dit kader naar het besluit van de ACM in de zaak Motorhuis.¹¹⁷

Beoordeling

126. Het bezwaar ten aanzien van de startdatum heeft de ACM in paragraaf 2.2.4 van dit besluit reeds behandeld. De ACM heeft het bezwaar van JEA op dit punt gegrond verklaard en de startdatum van de inbreuk vastgesteld op 4 januari 2007. De betrokken omzet die is behaald in de periode vóór 4 januari 2007 laat de ACM buiten beschouwing.
127. De ACM volgt het betoog van JEA niet dat de betrokken omzet geen goede indicator zou zijn van de weerslag van de overtreding op de economie. De in dit verband door JEA aangehaalde zaak Motorhuis is niet met de onderhavige zaak te vergelijken.¹¹⁸ In de zaak Motorhuis ging het om een boete vanwege het niet melden van een concentratie waarop artikel 9, tweede lid, van de Boetebeleidsregels 2009 van toepassing is. In het geval van JEA is echter artikel 5 van de Boetebeleidsregels 2009 van toepassing. In artikel 5 wordt 10% van de betrokken omzet tot uitgangspunt genomen. De ACM ziet geen aanleiding om van dat artikel af te wijken.
128. In het bestreden besluit heeft de ACM, naast de omzet van JEA op de retailmarkt, ook de omzet die JEA heeft behaald met de leveringen van notarieel aktepapier aan CIB en XLP (hierna: wholesale-omzet) aangemerkt als betrokken omzet. De ACM stelt de betrokken omzet vast op grond van artikel 5 jo. artikel 4 jo. artikel 1 onder b Boetebeleidsregels 2009. Deze omzet is in artikel 1, onder b, Boetebeleidsregels 2009 gedefinieerd als 'de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met de levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede over de omzet geheven belastingen.' Het gaat daarbij dus om de omzet die direct of indirect verband houdt met de vastgestelde overtreding.¹¹⁹
129. Zoals de ACM hiervoor in paragraaf 2.2 van dit besluit heeft overwogen, heeft de overtreding van JEA, XLP en CIB uitsluitend betrekking op het beperken van de prijsconcurrentie op retailniveau. Om die reden neemt de ACM in heroverweging de wholesale omzet van JEA niet mede in aanmerking bij het bepalen van de hoogte van de boete.
130. De ACM verklaart het bezwaar met betrekking tot de omzet die door JEA op wholesale-niveau is behaald gegrond en laat deze omzet bij de berekening van de boete voor JEA en KJE buiten beschouwing.
131. Nu het bezwaar ten aanzien van de in aanmerking te nemen omzet gegrond is, behoeft het bezwaar ten aanzien van de vermeende dubbele beboeting geen bespreking.

¹¹⁶ Zie bezwaarschrift JEA p. 35.

¹¹⁷ Besluit van de NMa van 28 maart 2014, zaak 7491. Zie bezwaarschrift JEA nr. 140.

¹¹⁸ Zaaknummer 7491 van 22 april 2013.

¹¹⁹ Artikel 4 jo. 1 onder b Boetebeleidsregels 2009.

Conclusie

132. Gelet op hetgeen hierboven is vastgesteld met betrekking van de startdatum van de overtreding en de in aanmerking te nemen betrokken omzet, stelt de ACM de betrokken omzet voor JEA en KJE vast op EUR 5.865.273¹²⁰ en de boetegrondslag op EUR 586.527.

2.3.1.3 Ernstfactor

Bezwaar

133. JEA en KJE voeren aan dat de ACM de ernstfactor ten onrechte op 3,25 heeft vastgesteld. Zij wijzen erop dat, aangezien de ACM de overtreding als zware overtreding heeft aangemerkt, zij een lagere ernstfactor dient vast te stellen. Hiertoe maken zij een vergelijking met de ernstfactor in eerdere zaken. Op basis van die eerdere zaken meent JEA dat de ernstfactor lager dan 1,5 dient te zijn.¹²¹ Daarnaast zou de ACM volgens KJE en JEA bij het vaststellen van de ernstfactor onvoldoende rekening hebben gehouden met de economische context. De ACM heeft er volgens JEA ten onrechte geen rekening mee gehouden dat de markt voor de verkoop van notarieel aktepapier aan notarissen een markt in transitie was. Ten slotte stellen JEA en KJE zich op het standpunt dat de ernstfactor verlaagd dient te worden omdat JEA CIB en XLP in staat heeft gesteld actief te worden op de markt voor verkoop van notarieel aktepapier aan notarissen.

Beoordeling

134. Zoals beschreven in paragraaf 5.1.2 van het bestreden besluit heeft de ACM bij de vaststelling van de ernstfactor verschillende omstandigheden meegewogen. Van belang daarbij is dat met het openstellen van de markt concurrentie was beoogd, maar dat door de afspraken de prijsconcurrentie juist werd beperkt.¹²² Alle spelers op de markt voor verkoop van notarieel aktepapier waren bij de afspraken betrokken. De afspraken zagen daarbij op de retailprijs, een belangrijke concurrentieparameter op deze markt. De afspraken waren voorts niet vrijblijvend, omdat partijen elkaar aanspraken op uitvoering en naleving. De overtreding is te meer ernstig, omdat notarissen gehouden zijn notarieel aktepapier te gebruiken. Anders zijn notariële akten immers niet geldig. De notarissen waren voor dit papier afhankelijk van de betrokken ondernemingen.

135. Gelet op hetgeen hierboven is beschreven, zijn de afspraken in deze zaak geschikt om de mededinging te beperken. De notarissen dachten uit verschillende distributeurs van notarieel aktepapier te kunnen kiezen. Feitelijk was er sprake van een schijnconcurrentie en één afgestemd aanbod. Daarbij heeft de ACM, hoewel zij geen gevolgen hoeft te onderzoeken, wel vastgesteld dat de beëindiging van de leveringsovereenkomst en de deelname aan de afspraken door CIB consequenties heeft gehad voor de retailprijzen. De retailprijzen daalden omdat CIB ging concurreren op prijs.¹²³

136. Uit al het voorgaande blijkt dat partijen de concurrentieruimte, die er in de gegeven context was, met hun afspraken hebben ingeperkt. De ACM beoordeelt dit, ook in heroverweging, als ernstig. Evenwel ziet de ACM in heroverweging aanleiding om de daaraan gekoppelde ernstfactor bij te stellen naar een factor 2,75.

137. De ACM ziet in de overige door JEA en KJE aangevoerde punten geen aanleiding om de ernstfactor verder te verlagen. De ACM volgt JEA niet in haar redenering dat de ACM een lagere ernstfactor had dienen vast te stellen omdat de Nederlandse markt voor de verkoop van notarieel aktepapier een markt in transitie was. In de zaak WMO Friesland, waar JEA op wijst, waren de overtreders door de overheid bekostigde stichtingen die door de overgang naar een systeem van

¹²⁰ Dossierstuk 2015102993, p.5 *Antwoord op informatieverzoek JEA d.d. 28 oktober 2015*. De ACM heeft de betrokken omzet voor de jaren 2007 en 2013 naar rato vastgesteld.

¹²¹ JEA verwijst naar Plantuinen, Taxivervoer Rijnmond, Taxivervoer IJsselsteden, Natuurazijn en Executieveilingen.

¹²² Dat XLP en CIB niet afhankelijk waren van JEA is reeds onder par. 2.2.3.3 besproken.

¹²³ Zie par. 2.2.3.3.

marktwerking commercieel moesten gaan denken.¹²⁴ Anders dan de stichtingen in de zaak WMO Friesland, was JEA reeds actief op andere markten waar zij haar producten en diensten in concurrentie met andere partijen aanbood. Daarbij was JEA zich ervan bewust dat met het openstellen van de markt concurrentie werd beoogd. Door het maken van de afspraken werd deze concurrentie juist beperkt.

138. Wat betreft de andere zaken waar JEA op wijst, stelt de ACM voorop dat zaken zich onderling moeilijk laten vergelijken nu iedere zaak zijn eigen bijzondere feiten en omstandigheden kent. In verschillende door JEA genoemde zaken heeft de ACM de ernstfactor vastgesteld op basis van boetebeleid dat uitging van een maximale ernstfactor van 3 (in plaats van 5 op grond van de in deze zaak toegepaste Boetebeleidsregels 2009). Dat hierdoor in die zaken de ACM een lagere ernstfactor heeft vastgesteld, maakt nog niet dat de ACM de ernstfactor in deze zaak zou moeten verlagen. Daarnaast ging het in de door JEA genoemde zaken veelal om afspraken die niet marktdekkend waren. In het onderhavige geval is, zoals gezegd, sprake van niet vrijblijvende afspraken tussen ondernemingen die tezamen de gehele markt voor de verkoop van notarieel aktepapier in Nederland in handen hadden. De vergelijking die KJE maakt met de zaak LHV gaat niet op, omdat in die zaak sprake was van minder verstrekkende gedragingen.
139. Wat betreft het argument dat JEA CIB en XLP in staat zou hebben gesteld actief te worden op de markt voor verkoop van notarieel aktepapier aan notarissen, verwijst de ACM naar paragraaf 2.2.3.3 van dit besluit.

Conclusie

140. Gelet op het bovenstaande, stelt de ACM de ernstfactor vast op 2,75. Deze ernstfactor is, gelet op de aard van de overtreding, alles overziend, proportioneel, evenredig en daarmee passend.
141. Na vermenigvuldiging van de boetegrondslag met de ernstfactor bedraagt de basisboete voor JEA en KJE EUR 1.612.949.

2.3.1.4 Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

Bezwaar

142. KJE en JEA voeren aan dat de ACM de boete ten onrechte met 20% heeft verhoogd. Zij stellen dat JEA geen leidinggevende en coördinerende rol heeft gespeeld bij de verboden gedragingen. JEA wijst er in dit verband op dat CIB het initiatief nam tot de bespreking van 28 december 2006 en dat het de heer [B-CIB] was die heeft aangekaart dat hij minstens 5% onder de prijs van JEA wilde gaan zitten. Verder weerspreekt JEA dat zij aan XLP dezelfde (leverings)overeenkomst zou hebben voorgesteld. Daarnaast voert JEA aan dat een boeteverhoging van 20% buitenproportioneel is en dat het beleid van de ACM is om de boete met niet meer dan 10% per boeteverhogende omstandigheid te verhogen.
143. Ook wijst JEA erop dat zij er niet op heeft kunnen anticiperen dat haar vermeende coördinerende rol tot boeteverhoging zou leiden, daar deze eerst in het bestreden besluit (en niet in het rapport) wordt genoemd als boeteverhogende omstandigheid.
144. KJE wijst erop dat, mocht er sprake zijn van boeteverhogende omstandigheden, deze dan voor rekening van de heer [A-JEA] zouden moeten komen en niet voor die van KJE/JEA.
145. JEA en KJE stellen beide dat er sprake is van boeteverlagende omstandigheden. JEA stelt dat zij in aanmerking komt voor een boetematiging van ten minste 20% omdat zij (1) verregaande medewerking verleend heeft aan de ACM en (2) de leveringsovereenkomsten een economisch legitieme rationale hebben. KJE stelt dat de ACM bij de boeteverlagende omstandigheden had

¹²⁴ Besluit van de NMa van 21 oktober 2010, 6442/522.

moeten meenemen dat (1) KJE volledig heeft meegewerkt terwijl de ACM de cautieplicht zou hebben geschonden, (2) de ACM ten onrechte de overtreding aan KJE heeft toegerekend en (3) de overtreding niet aan KJE verwijtbaar is.

Beoordeling

146. Allereerst wijst de ACM er op dat de omstandigheid dat de overtreder heeft aangezet tot de overtreding of een leidinggevende rol heeft gespeeld bij de uitvoering daarvan, op grond van artikel 13, eerste lid, onderdeel c, van de Boetebeleidsregels een boeteverhogende omstandigheid is. In de onderhavige zaak heeft de ACM vastgesteld dat JEA een coördinerende en leidinggevende rol heeft gespeeld bij de overtreding.¹²⁵
147. JEA communiceerde de prijzen voor notarieel aktepapier aan zowel CIB en XLP door jaarlijks de tabellen met de prijzen toe te sturen aan CIB en XLP. Deze tabellen bevatten zowel de retailprijzen van XLP/CIB en JEA als de inkoopprijzen van XLP/CIB. Daarbij is relevant dat als XLP of CIB onderhandelde over de prijzen en dit leidde tot een verandering van de prijzen, JEA ervoor zorgde dat de prijs werd afgestemd met de andere partij. Op deze manier zorgde JEA ervoor dat alle aanbieders van notarieel aktepapier de afgesproken prijzen hanteerden. JEA bewerkstelligde dat zowel CIB als XLP van elkaar wisten dat zij deelnamen aan de afspraken.
148. Anders dan JEA lijkt aan te nemen, heeft de ACM haar niet verweten dat zij de leveringsovereenkomst aan XLP heeft aangeboden. De ACM heeft deze leveringsovereenkomst niet als overtreding aangemerkt. Waar het om gaat, is dat JEA de prijsafspraken die zij eerder met CIB had gemaakt, ook aan XLP heeft voorgesteld en dat JEA heeft bewerkstelligd dat XLP op de hoogte kwam van de inhoud van de afspraken tussen JEA en CIB.¹²⁶
149. Bovenbeschreven rol van JEA is wezenlijk anders dan de rol van CIB. Dat CIB niet louter een passieve rol heeft gespeeld, maakt niet dat de ACM bij JEA geen boeteverhogende omstandigheden heeft kunnen vaststellen. Gelet hierop blijft de ACM bij haar oordeel dat er aanleiding is de boete met 20% te verhogen.
150. De stelling van KJE dat de ACM de boeteverhogende omstandigheden alleen bij de heer [A-JEA] had mogen meenemen, volgt de ACM niet. Dat de heer [A-JEA] feitelijk betrokken was bij de overtreding, maakt niet dat de boeteverhogende omstandigheden die het gevolg zijn van zijn handelen, alleen betrokken mogen worden bij de vaststelling van de boete van de heer [A-JEA]. Het handelen van de heer [A-JEA] komt voor rekening van JEA en de boeteverhogende omstandigheden die het gevolg zijn van het handelen van de heer [A-JEA], zijn dan ook betrokken bij de vaststelling van de hoogte van de boete waarvoor zowel JEA als KJE aansprakelijk is.
151. De stelling van JEA dat het beleid van de ACM zou zijn de boete met niet meer dan 10% per boeteverhogende omstandigheid te verhogen, is niet juist.¹²⁷ De ACM kijkt in iedere zaak naar de concrete feiten en omstandigheden en bepaalt op basis daarvan of er reden is om de boete te verhogen en bij toepassing van de boeteverhogende omstandigheid met welk percentage de boete wordt verhoogd. In deze zaak acht de ACM een boeteverhoging van 20% gerechtvaardigd.
152. Ten aanzien van het argument van JEA dat zij zich niet heeft kunnen verdedigen tegen de kwalificatie van haar vermeende coördinerende rol als boeteverhogende omstandigheid, wijst de ACM erop dat de feiten, die aanleiding hebben gegeven om de boete te verhogen, in het rapport zijn beschreven. JEA heeft op deze feiten kunnen reageren, hetgeen zij ook heeft gedaan in haar reactie op het feitencomplex van 27 juni 2016 en tijdens de hoorzitting op 9 december 2016. Verder

¹²⁵ Zie randnummer 335 van het bestreden besluit.

¹²⁶ Zie par. 2.2.4 van het bestreden besluit, waarbij verwezen naar: Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP*, p. 17 en 41; Zie ook Dossierstuk 2015207982, *Verklaring hr. [C-XLP] – XLP*, p. 2. Dossierstuk 2015207269, *Clementieverzoek met Bijlagen XLP, Mail [A-JEA] aan [C-XLP]*, Bijlage 20, p. 71.

¹²⁷ Zo is bijvoorbeeld in de Meelzaak bij Meneba de boete met 50% verhoogd en bij Werhahn de boete met 20%, zie besluit van 16 december 2010, zaaknummer 6303.

noemt het rapport in randnummer 386 expliciet omstandigheden die in aanmerking kunnen worden genomen bij het vaststellen van boeteverhogende omstandigheden. De coördinerende rol die JEA heeft gespeeld, wordt hierbij expliciet genoemd. De stelling van JEA dat zij zich niet tegen de boeteverhoging heeft kunnen verdedigen, omdat zij hiermee eerst in het boetebesluit werd geconfronteerd, is derhalve niet juist.

153. De ACM stelt daarnaast vast dat er voor zowel JEA als KJE geen sprake is van boeteverlagende omstandigheden. JEA heeft geen verdergaande medewerking verleend. Het toesturen van de position paper en de reactie op het feitencomplex beschouwt de ACM niet als een dergelijke medewerking. In deze stukken heeft JEA haar zienswijze op de geconstateerde overtredingen slechts nader toegelicht. Daarnaast heeft de ACM in paragraaf 2.2.3.3 van dit besluit vastgesteld dat CIB en XLP niet afhankelijk waren van JEA voor het toetreden tot de markt voor verkoop van notarieel aktepapier in Nederland.
154. De ACM stelt vast dat KJE evenmin verdergaande medewerking heeft verleend. Een eventuele schending van de cautieplicht, wat daar van zij, levert nog geen verdergaande medewerking op die een boeteverlaging rechtvaardigt. De ACM beschikte bovendien al over de informatie die KJE verstreekt voordat haar de cautie werd gegeven. De verstreekte informatie is dan ook geen aanleiding geweest voor verdergaand onderzoek. Wat betreft de toerekening aan KJE en haar verwijtbaarheid, verwijst de ACM naar haar motivering in paragraaf 2.2.7 van dit besluit.
155. Gelet op het bovenstaande komt de ACM na heroverweging tot de conclusie dat zij terecht een boeteverhoging van 20% heeft opgelegd en dat er geen sprake is van boeteverlagende omstandigheden. De ACM verklaart de bezwaargronden die hiertegen zijn gericht, dan ook ongegrond.
156. Dit leidt tot een boete voor JEA en KJE van EUR 1.935.000.

2.3.1.5 Wettelijk boetemaximum

Bezwaar

157. KJE voert aan dat de ACM de boete aan KJE ten onrechte op een hoger bedrag heeft vastgesteld dan het boetemaximum van JEA, waardoor KJE aansprakelijk is voor een hoger bedrag dan JEA.

Beoordeling

158. De ACM stelt vast dat de in bezwaar bijgestelde boete onder het boetemaximum ligt van zowel KJE als JEA. Gelet hierop komt aan deze grond van KJE geen zelfstandige betekenis meer toe. De ACM zal dit bezwaar dan ook buiten bespreking laten.

2.3.1.6 Evenredigheid

Evenredigheid JEA

Bezwaar

159. [VERTROUWELIJK]

Beoordeling

160. [VERTROUWELIJK]

161. De ACM komt, gelet op het voorgaande, tot de conclusie dat de boete voor JEA evenredig is. De ACM verwerpt dit bezwaar van JEA.

Evenredigheid KJE

Bezwaar

162. [VERTROUWELIJK]

Beoordeling

163. [VERTROUWELIJK]

Conclusie

164. [VERTROUWELIJK]. De ACM zal het bezwaar van KJE gegrond verklaren en afzien van het opleggen van een bestuurlijke boete aan KJE.

2.3.2 Boete feitelijk leidinggevers

165. De ACM heeft in het bestreden besluit de heer de heer [B-CIB] en de heer [A-JEA] als feitelijk leidinggevers aangemerkt van de overtreding die CIB en JEA hebben begaan.¹²⁸ De ACM heeft de heer [A-JEA] daarom een boete opgelegd van EUR 200.000. De ACM heeft afgezien van het opleggen van een boete aan de heer [B-CIB], vanwege de aan hem toegekende boete-immuniteit.¹²⁹

Bezwaar de heer [A-JEA]

Evenredigheid

Bezwaar

166. De heer [A-JEA] vindt dat de boete van EUR 200.000 onevenredig hoog is. Daarbij wijst de heer [A-JEA] op een aantal factoren waar volgens hem uit blijkt dat de aan hem verweten overtreding minder ernstig is dan de ACM stelt.

167. Daarnaast stelt de heer [A-JEA] zich op het standpunt dat de ACM ten onrechte boeteverhogende omstandigheden heeft toegepast. De heer [A-JEA] merkt op dat boeteverhogende omstandigheden niet terug te vinden zijn in het rapport noch in de Boetebeleidsregels 2009. De heer [A-JEA] stelt dat hij daarom niet kon weten dat deze omstandigheden tot een boeteverhoging zouden kunnen leiden en dat hij zich evenmin adequaat tegen deze beschuldigingen heeft kunnen verdedigen.

168. [VERTROUWELIJK]

Beoordeling

169. Bij het opleggen van een bestuurlijke boete aan een feitelijk leidinggever past de ACM artikel 11 van de Boetebeleidsregels 2009 toe. De ACM gaat voor het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU uit van een boetegrondslag tussen EUR 50.000 en EUR 400.000. In een specifiek geval stelt de ACM deze grondslag vast aan de hand van de ernst van de overtreding, de rol van de overtreder en diens positie binnen de onderneming, de mate van verwijtbaarheid, de duur en impact van de overtreding en het inkomen en vermogen van de overtreder. Het doel is om te komen tot een bestuurlijke boete die uit een oogpunt van algemene en specifieke preventie voldoende afschrikwekkend is.

170. De ACM stelt vast dat de heer [A-JEA] in zijn bezwaar een aantal omstandigheden heeft benoemd die hiervoor onder paragraaf 2.3.1.4 van dit besluit zijn besproken. Op deze plaats volstaat de ACM met een verwijzing naar deze paragraaf.

171. De ACM volgt de heer [A-JEA], evenals JEA (zie aangehaalde paragraaf 2.3.1.4 van dit besluit), niet in het betoog dat hij in zijn verdedigingsbelangen is geschaad en dat artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden is geschonden. De

¹²⁸ Zie randnummer 351.

¹²⁹ [B-CIB] heeft ook bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. De ACM heeft dit bezwaar bij separaat besluit van 15 juni 2017 ongegrond verklaard.

feiten zijn in het rapport beschreven. Verder is niet alleen tijdens de hoorzitting op 9 december 2016 uitvoerig gesproken over de rol van de heer [A-JEA], de heer [A-JEA] heeft ook in zijn bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting van 1 juni 2017 voldoende gelegenheid gehad om zijn bezwaren toe te lichten. Voor zover de heer [A-JEA] in de primaire fase onvoldoende verweermogelijkheden zou hebben gehad - hetgeen de ACM betwist - dan is dit in bezwaar geenszins het geval geweest.

172. De ACM handhaaft het standpunt dat de heer [A-JEA] een zeer actieve rol heeft gehad en wist dan wel behoorde te weten van het verboden karakter van de gedragingen. De ACM is, gelet op alle omstandigheden, van oordeel dat de heer [A-JEA] feitelijk leiding heeft gegeven aan een ernstige overtreding en daarom terecht is beboet.

173. [VERTROUWELIJK]. In aanmerking genomen dat het hier om een ernstige overtreding gaat die volledig aan de heer [A-JEA] is te verwijten en zijn betrokkenheid en zijn positie binnen JEA ziet de ACM, [VERTROUWELIJK] en rekening houdend met de in heroverweging verlaagde ernstfactor, aanleiding het boetebedrag bij te stellen tot EUR 80.000. De ACM acht dit boetebedrag, in het licht van het evenredigheidsbeginsel, passend en geboden.

174. De ACM verklaart het bezwaar van de heer [A-JEA] gegrond.

Gelijkheidsbeginsel

Bezwaar

175. De heer [A-JEA] stelt dat, nu de ACM de heer [VERTROUWELIJK-KJE] en de heer [C-XLP] niet heeft aangemerkt als feitelijk leidinggever, de ACM hem evenmin als zodanig had mogen aanmerken. Daarbij wijst de heer [A-JEA] erop dat de heer [VERTROUWELIJK-KJE] bij de bespreking van 28 december 2006 aanwezig was. Hij vindt het dan ook onbegrijpelijk waarom de ACM de heer [VERTROUWELIJK-KJE] niet ook als feitelijk leidinggever heeft aangemerkt. Verder vindt de heer [A-JEA] dat de redenering van de ACM mank gaat dat de heer [C-XLP] niet als feitelijk leidinggever aangemerkt hoeft te worden omdat hij met XLP vereenzelvigd kan worden. De heer [C-XLP] zou, juist gezien het feit dat hij 100% aandelen heeft in XLP, volgens de heer [A-JEA] zichzelf privé hebben kunnen verrijken door alle opbrengsten als dividend aan zichzelf uit te keren.

Beoordeling

176. De ACM verwerpt dit bezwaar van de heer [A-JEA]. Hoewel de heer [VERTROUWELIJK-KJE] aanwezig was bij voormelde bespreking, staat daarmee nog niet vast dat hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding. In dat verband wijst de ACM erop dat er in die bespreking geen concrete prijsafspraken zijn gemaakt. De ACM heeft op basis van het dossier niet kunnen vaststellen dat de heer [VERTROUWELIJK-KJE] voldoet aan de criteria om als feitelijk leidinggever aangemerkt te worden.

177. Wat betreft de heer [C-XLP] gaat het beroep op het gelijkheidsbeginsel niet op, omdat er sprake is van ongelijke gevallen. De heer [C-XLP] is, anders dan de heer [A-JEA], niet betrokken geweest bij de vormgeving van de prijsafpraak. De heer [A-JEA] en de heer [B-CIB] hebben dat in onderling overleg gedaan. De periode waarin de heer [C-XLP] betrokken zou zijn geweest is daarnaast veel korter. Nadat de prijsafpraak met de heer [B-CIB] tot stand was gekomen, heeft het twee jaar geduurd voordat de heer [A-JEA] diezelfde prijsafpraak aan de heer [C-XLP] heeft voorgesteld. Hieruit volgt dat de heer [C-XLP] niet de gehele overtredingsperiode bij de bewuste afspraak betrokken is geweest, maar pas vanaf 2008. Ten slotte was de heer [A-JEA] initiatiefnemer van de prijsafpraak en hij heeft daarna steeds een coördinerende en leidinggevende rol gehad door jaarlijks de prijzen vast te stellen en deze door te geven aan enerzijds CIB en anderzijds XLP. In die zin was de rol van de heer [A-JEA] een geheel andere dan die van de heer [C-XLP]. De ACM heeft er daarom voor gekozen de heer [C-XLP] niet aan te merken als feitelijk leidinggever.

Conclusie

178. De ACM heeft niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld door de heren [VERTROUWELIJK-KJE] en [C-XLP] niet als feitelijk leidinggever aan te merken en als zodanig te beboeten. Deze gevallen verschillen namelijk op belangrijke punten met die van de heer [A-JEA]. ACM verklaart dit bezwaar ongegrond.

2.4 Proceskostenvergoeding

179. KJE, JEA en de heer [A-JEA] hebben op grond van artikel 7:15 Awb de ACM verzocht om de kosten te vergoeden die zij hebben gemaakt in verband met de behandeling van het bezwaar.

180. Voor proceskostenvergoeding is alleen plaats als het bestreden besluit wordt herroepen vanwege een aan de ACM te wijten onrechtmatigheid. De ACM stelt vast dat (deels) wordt tegemoetgekomen aan de bezwaren van KJE, JEA en de heer [A-JEA] voor zover het de duur van de overtreding, de betrokken omzet en de ernstfactor betreft. De ACM wijst de verzoeken om proceskostenvergoeding daarom toe. De ACM kent aan KJE, JEA en de heer [A-JEA] twee punten toe, voor het bezwaarschrift en het verschijnen op de hoorzitting (waarde per punt: EUR 495), en stelt het aan een ieder afzonderlijk toe te kennen bedrag vast op EUR 990.

3 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart het bezwaar van Joh. Enschedé Amsterdam B.V. gegrond en herroept haar besluit van 17 februari 2017 met kenmerk ACM/DJZ/2017/201074 en stelt de bestuurlijke boete voor Joh. Enschedé Amsterdam B.V. vast op EUR 1.935.000;
- II. verklaart het bezwaar van Koninklijke Joh. Enschedé B.V. gegrond, herroept haar besluit van 17 februari 2017 met kenmerk ACM/DJZ/2017/201074 en ziet af van het opleggen van een bestuurlijke boete aan Koninklijke Joh. Enschedé B.V.;
- III. verklaart het bezwaar van de heer [A-JEA] gegrond, herroept haar besluit van 17 februari 2017 met kenmerk ACM/DJZ/2017/201079 en stelt de boete vast op EUR 80.000;
- IV. wijst de verzoeken van Koninklijke Joh. Enschedé B.V., Joh. Enschedé Amsterdam B.V. en de heer [A-JEA] om proceskostenvergoeding toe en kent aan een ieder afzonderlijk een bedrag van EUR 990 toe.

Dit besluit is gericht tot ieder van bovengenoemde (rechts-)personen afzonderlijk.

Den Haag, 2 november 2017

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

W.g.
drs. C.M.L. Hijmans van den Bergh MBA
bestuurslid

Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.