

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

**Besluit
Openbaar**

Ons kenmerk: 7615_5/52 en 7615_8/22

Zaaknummer: 7615

Datum: 30 juni 2017

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 56 van de Mededingingswet.

**Pagina
1/42**

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag

T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit
Openbaar

Inhoud

1	Samenvatting	4
2	Partijen	6
2.1	[Onderneming X].....	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
2.2	Faam - ERA.....	6
3	Procedure	7
4	Kenmerken van de betrokken sector	9
5	Feiten en omstandigheden	11
5.1	Gedragingen januari 2004 tot en met september 2013.....	11
5.2	Betrokkenheid van [onderneming X]	14
5.2.1	Feiten en omstandigheden ten aanzien van [onderneming X].....	14
5.2.2	Zienswijze [onderneming X] en beoordeling ACM	17
5.2.3	Conclusie	24
5.3	Betrokkenheid van Faam	25
5.3.1	Relevante feiten en omstandigheden ten aanzien van Faam	25
5.3.2	Conclusie	25
6	Beoordeling artikel 6, eerste lid Mw en artikel 101, eerste lid VwEU	26
6.1	Beoordeling gedragingen januari 2004 tot en met september 2013	26
6.1.1	Overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging	26
6.1.2	Eén enkele en voortdurende inbreuk	288
6.1.3	Mededingingsbeperking	28
6.1.4	Merkbaarheid	30
6.1.5	Artikel 6, derde lid, Mw.....	30
6.1.6	Artikel 101 VwEU	31
6.2	Juridische beoordeling deelname [onderneming X]	31
6.3	Juridische beoordeling deelname Faam	33
7	Overtreders	35
7.1	[Onderneming X]	Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd.
7.2	Faam - ERA.....	36
8	Sanctie	37
8.1	Juridisch kader	37
8.2	Boetegrondslag	37
8.2.1	Betrokken omzet	37
8.2.2	Zienswijze [onderneming X] en beoordeling ACM	38
8.2.3	Boetegrondslag	39
8.3	Basisboete.....	39
8.4	Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.....	40

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit
Openbaar

8.4.1	Zienswijze [onderneming X] en beoordeling ACM	40
8.4.2	Conclusie	41
8.5	Toetsing aan het wettelijk boetemaximum	41
8.6	Conclusie.....	41
9	Besluit	42

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

1 Samenvatting

1. Dit besluit richt zich tot de ondernemingen [onderneming X] en ERA, als voormalig moedermaatschappij van Faam, hierna gezamenlijk: partijen. Partijen waren tezamen met ondernemersvereniging BMWT en ondernemingen Exide, Enersys, Hoppecke, Celectric en R&W betrokken bij een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging die ertoe strekte(n) de mededinging te beperken in de zin van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) met betrekking tot de verkoop van tractiebatterijen in Nederland. [Onderneming X] en Faam waren net als de andere genoemde ondernemingen aangesloten bij sectie 3A Tractiebatterijen van BMWT.
2. De leden van sectie 3A van BMWT, waaronder Exide, Enersys, Hoppecke, Celectric, R&W en Faam, spraken begin 2004 in BMWT-verband met elkaar af om 'MTZ' (loodtoeslagen) te hanteren waarmee de fluctuaties in de prijs van lood rechtstreeks en op een transparante wijze in de verkoopprijzen van tractiebatterijen tot uitdrukking werden gebracht. Ook spraken zij af hierop geen kortingen te verlenen en hun afnemers hierover te informeren. De ondernemingen beoogden hiermee hun onder druk staande marges te beschermen. Ter ondersteuning van de afspraak werd elk kwartaal een lijst met loodtoeslagen voor verschillende typen tractiebatterijen van één van de leden van sectie 3A van BMWT verspreid onder de overige leden van sectie 3A. De MTZ betrof gedurende de inbreukperiode een relevant deel van de verkoopprijs van tractiebatterijen, variërend van 10% tot 30%.
3. [Onderneming X] is opgericht in [vertrouwelijk] en heeft, nadat zij eind 2012 lid was geworden van BMWT sectie 3A, van 1 januari 2013 tot en met 30 september 2013 deelgenomen aan deze gedragingen. ERA's betrokkenheid als moedermaatschappij van Faam betreft de periode 6 oktober 2010 tot en met 30 april 2013.
4. De gedragingen van partijen vormen een verboden prijsafspraken. De gedragingen van partijen hadden tot doel een gedeelte van de prijsvorming van tractiebatterijen, het MTZ-gedeelte, buiten de concurrentie te houden.
5. In een afzonderlijk besluit gaat de ACM in op de betrokkenheid van BMWT, Exide, Enersys, Hoppecke, Celectric en R&W bij de in dit besluit beschreven gedragingen. Deze entiteiten hebben meegewerkt aan vereenvoudigde afdoening van het rapport. De ACM duidt deze entiteiten aan als de "erkennende partijen".

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit
Openbaar

6. Het onderhavige besluit heeft slechts rechtsgevolgen voor [onderneming X] en ERA. Voor zover de ACM de erkennende partijen in dit besluit noemt, is dat louter voor informatieve doeleinden en bindt dat de erkennende partijen niet.

Besluit Openbaar

2 Partijen

2.1 [Onderneming X]

7. [Onderneming X1]. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht die statutair is gevestigd te [vertrouwelijk]. [Onderneming X1] houdt zich onder andere bezig met de import, export en handel van tractiebatterijen. [Onderneming X1] is per [vertrouwelijk] opgericht door [ondernemingX2].¹ Op diezelfde datum zijn [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] bij [onderneming X1] als statutair bestuurders in functie getreden.² [vertrouwelijk] was op dat moment tevens voorzitter van het bestuur van [onderneming X2].³
8. [Onderneming X1] is in oktober 2012 lid geworden van sectie 3A van BMWT.⁴ [Onderneming X1] is vanaf 1 januari 2013 rechtstreeks betrokken geweest bij de gedragingen die voorwerp zijn van dit besluit.
9. [Onderneming X2] is een [vertrouwelijk]. [Onderneming X2] houdt sinds de oprichting van [onderneming X1]. 100% van de aandelen in deze vennootschap.
10. De ACM duidt [onderneming X1] en [onderneming X2] in dit besluit ook wel tezamen aan als [onderneming X].

2.2 Faam - ERA

11. Faam Benelux B.V. (hierna: Faam) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht die statutair gevestigd was te Almelo. De voormalige statutaire handelsnaam van Faam Benelux B.V. is Van Drempt Batterijen B.V. Faam was als lid van sectie 3A van BMWT in de periode van 15 januari 2004 tot en met 30 april 2013 rechtstreeks betrokken bij de gedragingen die voorwerp zijn van dit besluit. Met ingang van 19 november 2013 heeft Faam haar activiteiten gestaakt. Op 3 november 2016 is Faam door de Kamer van Koophandel ontbonden wegens gebrek aan baten.
12. Era S.R.L. is een '*Società di responsabilità limitata*' naar Italiaans recht (hierna ook: ERA). ERA hield middellijk 100% van de aandelen in Faam vanaf 6 oktober 2010.

¹ Per 21 maart 2011 is [onderneming X1] gevestigd en per [vertrouwelijk] ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Zie dossierstuk 259 (7615/778), p. 74.

² Dossierstuk 259 (7615/778), p. 75.

³ Uittreksel van de Kamer van Koophandel van Verona van 2 juni 2016. Zie dossierstuk 259 (7615/778), p. 79 e.v.

⁴ Dossierstuk 80 (7615/202), bijlage 3 en dossierstuk 80 (7615/301), Bijlage 4 deel 1 (664_4), p. 189.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

3 Procedure

13. Op 7 oktober 2011 hebben toezichthoudende ambtenaren van de Directie Mededinging van de ACM een aangekondigd bezoek gebracht aan de ondernemersvereniging BMWT in verband met een vermoedelijke overtreding van de mededingingsregels door BMWT en haar leden.
14. In de periode erna hebben toezichthoudende ambtenaren van de Directie Mededinging van de ACM verschillende onderzoekshandelingen verricht waaronder het vorderen van inlichtingen van BMWT en leden van BMWT, waaronder leden aangesloten bij sectie 3A Tractiebatterijen.
15. Vanaf medio 2013 heeft de ACM het onderzoek toegespitst op het gedrag van de leden aangesloten bij sectie 3A en ondernemersvereniging BMWT dat voorwerp is van dit besluit. Toezichthoudende ambtenaren van de Directie Mededinging van de ACM hebben daartoe onder andere bedrijfsbezoeken verricht bij een aantal Nederlandse importeurs van tractiebatterijen en inlichtingen gevorderd van diverse importeurs en afnemers van tractiebatterijen in Nederland.
16. Op 5 december 2013 heeft de ACM een clementieverzoek ontvangen van Exide, inclusief de clementieverzoeken van twee voormalige directeuren. Op 8 mei 2014 heeft de ACM een clementieverzoek ontvangen van een voormalige directeur van EnerSys. Op 16 mei 2014 heeft de ACM een clementieverzoek ontvangen van Hoppecke. Op 9 juli 2014 heeft de ACM een clementieverzoek ontvangen van EnerSys.
17. De ACM heeft voldaan aan de verplichtingen op grond van artikel 11 van de Verordening 1/2003.⁵
18. Op 27 juni 2016 heeft de Directie Mededinging van de ACM een rapport opgemaakt als bedoeld in artikel 5:48, eerste lid, van de Awb. Dit rapport is op dezelfde dag verzonden aan Hoppecke, Exide, EnerSys, Celectric, R&W, BMWT, [onderneming X], Faam en haar moedermaatschappij ERA, en de voormalig moedermaatschappij van het gefailleerde BAT. Daarna is het rapport voor behandeling overgedragen aan de Directie Juridische Zaken van de ACM. De Directie Juridische Zaken heeft vervolgens het bij het rapport behorende dossier ter inzage gelegd voor partijen.

⁵ Verordening 1/2003, PB EU 2003, L 1/1, artikel 11, derde en vierde lid.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

19. De ACM heeft enkele (voormalig) importeurs van tractiebatterijen en (voormalig) leden van sectie 3A van BMWT niet in deze procedure betrokken, omdat zij ten tijde van het opmaken van het rapport niet meer bestonden.⁶ Deze ondernemingen kunnen wel terugkomen in de beschrijving van de feiten in dit besluit.
20. [Onderneming X], alsmede Exide, EnerSys, Hoppecke, Celectric, R&W en BMWT hebben schriftelijke zienswijzen op het rapport ingediend bij de ACM. Genoemde partijen hebben hun zienswijze mondeling toegelicht op de hoorzitting die plaatsvond op 15 en 16 november 2016 ten kantore van de ACM. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat aan partijen is toegezonden.
21. De overige rapportpartijen, Faam met moedermaatschappij ERA, en de voormalig moedermaatschappij van het reeds gefailleerde BAT,⁷ hebben niet gereageerd op het rapport. Faam en de voormalig moedermaatschappij van BAT waren op dat moment reeds ontbonden.⁸ Om deze reden richt de ACM geen besluit aan deze entiteiten.
22. Medio december 2016 hebben Exide, EnerSys, Hoppecke, BMWT, R&W en Celectric de ACM verzocht om de mogelijkheden van vereenvoudigde afdoening van de sanctieprocedure te verkennen. De daaropvolgende bilaterale gesprekken hebben geleid tot het vereenvoudigd afdoen van het rapport voor genoemde ondernemingen en ondernemingsvereniging BMWT. Zoals aangegeven in randnummer 5, heeft de ACM voor deze vereenvoudigde afdoening een afzonderlijk besluit opgesteld.
23. [Onderneming X] en ERA hebben afgezien van deelname aan een vereenvoudigd afdoen van de sanctieprocedure. De ACM heeft de reguliere sanctieprocedure tegen [onderneming X] en ERA voortgezet.

⁶ Het gaat om de entiteiten Gracon en IBG (waaronder IBG Holding, IBG Industriële Batterijen, RentPower, TBI-Nederland / IBG Industry en IBG Europe). Voor de gedragingen van het in 2013 gefailleerde BAT is rapport opgemaakt aan de voormalig moedermaatschappij.

⁷ Met ingang van 29 oktober 2013 is BAT (Batterij Aandrijf Techniek B.V.) failliet verklaard. Per 16 oktober 2015 is BAT uitgeschreven uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel.

⁸ Met ingang van 19 november 2013 heeft Faam haar activiteiten gestaakt. Op 3 november 2016 is Faam door de Kamer van Koophandel ontbonden wegens gebrek aan baten. De voormalig moedermaatschappij van BAT is met ingang van 30 september 2016 ontbonden wegens gebrek aan baten.

Besluit Openbaar

4 Kenmerken van de betrokken sector

Importeurs van tractiebatterijen

24. De gedragingen die voorwerp zijn van dit besluit betreffen de import, distributie en verkoop van tractiebatterijen aan eindgebruikers en leveranciers van mobiele interne transportmiddelen in Nederland.
25. Een deel van de ondernemingen actief op dit gebied, de importeurs van tractiebatterijen, zijn verticaal geïntegreerde ondernemingen. Hiertoe behoren Hoppecke, Enersys en Exide. Zij importeren tractiebatterijen die door hun moederonderneming in het buitenland worden geproduceerd. R&W en Celectric zijn onafhankelijke importeurs van tractiebatterijen. Zij zijn niet gebonden aan een specifieke fabrikant van tractiebatterijen. Celectric was tot 1 januari 2009 uit hoofde van een distributieovereenkomst gehouden enkel tractiebatterijen van Exide te verkopen. Ook Faam en BAT waren onafhankelijke importeurs tot het moment van beëindiging van hun activiteiten.
26. [Onderneming X] was aanvankelijk niet als importeur van tractiebatterijen in Nederland actief. Hierin is verandering gekomen in [vertrouwelijk] toen [onderneming X1] werd opgericht door [onderneming X2], een fabrikant van tractiebatterijen. Vanaf dat moment importeert, distribueert en verkoopt [onderneming X1] tractiebatterijen op de Nederlandse markt van haar moedermaatschappij [onderneming X2].
27. Nagenoeg alle importeurs van tractiebatterijen in Nederland waren aangesloten bij sectie 3A Tractiebatterijen van ondernemersvereniging BMWT.

Tractiebatterijen

28. Tractiebatterijen worden voornamelijk gebruikt in mobiele interne transportmiddelen (hierna: MIT), bestaande uit vorkheftrucks met contragewicht en magazijntrucks. Daarvoor leveren zij elektrische energie en dienen zij vanwege het hoge gewicht als contragewicht. Daarnaast worden tractiebatterijen in beperkte mate gebruikt in bussen en hoogwerkers. Door het universele karakter van een tractiebatterij is een afnemer niet gebonden aan een specifieke leverancier.
29. Een tractiebatterij bestaat uit cellen die in een container geplaatst worden. Een cel heeft een spanning van ongeveer twee volt. De voornaamste grondstof die gebruikt wordt bij de productie van tractiebatterijen is lood. De hoeveelheid lood in een batterij is evenredig aan het aantal cellen en het voltage.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

30. Circa 95 procent van de tractiebatterijen zijn lood-zuurtractiebatterijen. De resterende tractiebatterijen, waaronder nikkel-cadmium- en lithium-ionbatterijen, vormen geen alternatief voor lood-zuur tractiebatterijen vanwege de hoge kosten en omdat zij onvoldoende conragewicht bieden.
31. Afnemers en importeurs beschouwen gas en diesel in beperkte mate als alternatief voor lood-zuurtractiebatterijen. Dit heeft te maken met de hoge aanschafprijs, milieu-impact en (juridisch) beperkte toepasbaarheid in overdekte ruimten van gas of diesel. Monoblocks vormen evenmin een alternatief voor de aandrijving van mobiel intern transport vanwege hun beperkte capaciteit.
32. In het navolgende bedoelt de ACM met de term tractiebatterijen uitsluitend lood-zuurtractiebatterijen ten behoeve van de aandrijving van mobiele interne transportmiddelen.

Afnemers van tractiebatterijen

33. Importeurs van tractiebatterijen leveren tractiebatterijen aan leveranciers van MIT en eindgebruikers. De levering aan leveranciers van MIT is deels bedoeld voor eerste montage van tractiebatterijen in MIT en deels ten behoeve van de vervanging van tractiebatterijen in MIT, als het geleverde vermogen van de desbetreffende batterij niet meer voldoet. Eindgebruikers zijn onder andere ondernemingen met magazijnruimten in de logistieke sector.
34. Bij de aanschaf van tractiebatterijen onderhandelen afnemers met importeurs van tractiebatterijen. Afnemers die tractiebatterijen aanschaffen vragen doorgaans meerdere offertes op en/of organiseren aanbestedingen. Zowel afnemers als importeurs stellen dat de prijs van de tractiebatterij één van de bepalende criteria is bij de aanschaf van tractiebatterijen. Dit blijkt mede uit de kortingen aan afnemers.

Geografische reikwijdte

35. Importeurs in Nederland leveren primair aan Nederlandse afnemers. Tractiebatterijen komen bij deze afnemers in Nederland terecht via importeurs (van tractiebatterijen) in Nederland.

**Besluit
Openbaar**

5 Feiten en omstandigheden

36. De ACM gaat in dit hoofdstuk eerst in op de gedragingen die zich in de periode 15 januari 2004 tot en met 30 september 2013 hebben voorgedaan tussen importeurs van tractiebatterijen in Nederland (paragraaf 5.1). Daarna gaat de ACM specifiek in op de betrokkenheid van [onderneming X] en Faam bij deze gedragingen (paragraaf 5.1 en 5.2).

5.1 Gedragingen januari 2004 tot en met september 2013

37. In 2003 was sprake van een sterke stijging van de prijs van lood, de voornaamste grondstof voor de productie van tractiebatterijen. Deze prijsstijging leidde ertoe dat verschillende fabrikanten van tractiebatterijen, waaronder moederondernemingen van Exide, Hoppecke en EnerSys hun prijzen voor de importeurs van tractiebatterijen in Nederland verhoogden. Uit het dossier blijkt dat deze fabrikanten tevens druk uitoefenden op de importeurs van tractiebatterijen in Nederland, zowel de verticaal geïntegreerde als de onafhankelijke importeurs, om deze kostenstijging in rekening te brengen bij de afnemer. Daarnaast was sprake van hevige concurrentie tussen importeurs van tractiebatterijen in Nederland. Zij verleenden aanzienlijke kortingen op de basisprijs van tractiebatterijen, soms tot 80%. Door de hevige concurrentie en de gestegen inkooprijzen stonden de marges van de importeurs van tractiebatterijen onder druk.
38. Beide ontwikkelingen vormden aanleiding voor de importeurs van tractiebatterijen in Nederland⁹ om bijeen te komen samen met hun branchevereniging BMWT, sectie 3A. Bij sectie 3A waren alle importeurs van tractiebatterijen in Nederland aangesloten. De bijeenkomst vond plaats op 15 januari 2004, buiten de reguliere vergaderingen van sectie 3A om, ten kantore van BMWT. Op 15 januari 2004 spraken zij met elkaar af om per 1 april 2004 'MTZ' (Metallteuerungszuschlag) te hanteren en hierover hun afnemers te informeren. MTZ betreft een systeem van loodtoeslagen dat reeds door fabrikanten van tractiebatterijen in Duitsland werd gebruikt en voor een aantal Nederlandse importeurs daarom een bekend systeem was. Een belangrijk uitgangspunt van de afspraak tussen de importeurs van tractiebatterijen was dat fluctuaties in de loodprijs rechtstreeks en op een transparante wijze in de verkoopprijzen van tractiebatterijen tot uitdrukking werden gebracht en er geen kortingen werden verleend op de MTZ.

⁹ Dit betreft Hoppecke, Enersys, Exide, BAT, DETA (inmiddels Celectric), R&W en IBG. [Onderneming X] was in die periode nog niet actief op de Nederlandse markt als importeur van tractiebatterijen.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

39. Voor de berekening van MTZ sloten de importeurs conform het Duitse systeem aan bij de ontwikkeling van de loodprijs op de London Metal Exchange (hierna: LME-koers). De MTZ (hierna ook: loodtoeslagen) werd berekend door de prijs van het loodgewicht in de desbetreffende batterij op basis van de gemiddelde LME-koers over drie maanden¹⁰, te verminderen met de basisprijs voor lood die reeds in de prijs van deze batterij verdisconteerd was. Dit betekende dat als de loodprijs steeg, de MTZ steeg. Daalde de loodprijs, dan daalde ook de MTZ.
40. Ter ondersteuning van de afspraak werd elk kwartaal een MTZ-lijst van één van de leden – aanvankelijk DETA (inmiddels Celectric), later Exide – verspreid onder de overige leden van sectie 3A. Een MTZ-lijst is een lijst waarop per batterijtype is vermeld wat de bijbehorende loodtoeslag voor het komende kwartaal bedraagt. De verspreiding onder de leden van deze lijst werd eerst gedaan door de voorzitter van sectie 3A van BMWT, later door het secretariaat van BMWT.
41. Na de bijeenkomst van 15 januari 2004 hebben de importeurs van sectie 3A en BMWT de vakpers en afnemers geïnformeerd over de sterk fluctuerende loodprijs en de te verwachten prijsstijging van tractiebatterijen volgens het Duitse MTZ-systeem, zonder melding te maken van de onderling gemaakte afspraken hierover. Het hiertoe opgestelde persbericht is tijdens een reguliere BMWT-vergadering van sectie 3A geagendeerd en besproken, tezamen met een MTZ-lijst betreffende het eerste kwartaal van 2004.¹¹
42. De afspraak tot het hanteren van loodtoeslagen heeft geduurd tot en met 30 september 2013. Dit is de dag waarop de laatste door BMWT verspreide MTZ-lijst onder de leden nog geldig was.
43. Tussen begin 2004 en eind september 2013 zijn er verschillende contacten geweest tussen importeurs van tractiebatterijen. Hiertoe behoren:
- Een e-mailwisseling begin 2006 tussen verschillende leden van sectie 3A¹² van BMWT naar aanleiding van een stijging van de loodtoeslagen in de verspreide MTZ-lijst voor het eerste kwartaal van 2006. In deze e-mailwisseling wijzen verschillende leden op de eerder gemaakte afspraak tot het doorberekenen van MTZ en roepen zij elkaar op zich aan de gemaakte afspraak te houden.

¹⁰ Het betreft steeds de drie maanden voorafgaand aan de maand die vooraf gaat aan het nieuwe kwartaal.

¹¹ Hierbij waren Hoppecke, Enersys, Exide, Faam, Gracon, IBG, R&W en DETA (inmiddels Celectric) aanwezig.

¹² Hoppecke, BAT, Exide, IBG, R&W, Faam, Gracon en Enersys.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

- Contacten tussen enkele leden van sectie 3A¹³ in de tweede helft van 2007 met als onderwerp een eventuele wijziging van het kwartaalsysteem naar een systeem van maandelijks loodtoeslagen naar aanleiding van de hoge loodprijs. Deze contacten leidden niet tot wijziging van de gemaakte afspraken.
 - Contact eind 2012 tussen enkele leden van sectie 3A naar aanleiding van een sterke stijging van de prijs van een andere grondstof voor de productie van tractiebatterijen, antimoon.¹⁴ Dit heeft geleid tot aanpassing van de loodtoeslagen in de door BMWT verspreide MTZ-lijst voor het eerste kwartaal van 2013.
44. Naast deze contacten zijn er verschillende reguliere BMWT-bijeenkomsten geweest van sectie 3A waarbij het onderwerp MTZ was geagendeerd en onderling werd besproken. Dit betreft naast de genoemde BMWT-bijeenkomst begin 2004, een tweetal vergaderingen in 2006 en een tweetal vergaderingen in 2008. Deze vergaderingen gingen wat betreft de MTZ over het moment waarop de MTZ-lijst voor de leden werd aangeleverd, door welke onderneming deze werd aangeleverd, wie de verspreiding onder de leden op zich nam en de frequentie van de verspreiding. Ook kwam het voor dat leden van sectie 3A elkaar onderling mailden of bilateraal contact opnamen met BMWT om eerder de beschikking te krijgen over de nieuwe MTZ-lijst voor het komende kwartaal. Tijdens één van de BMWT-vergaderingen in 2006 is besproken of er acties rond de loodtoeslag geboden waren naar aanleiding van een artikel in een magazine over onder andere een dalende loodprijs. Daarop is besloten de bestaande afspraken te continueren en de term 'MTZ' te gebruiken en niet 'loodtoeslag'.
45. BMWT heeft vanaf 2004 tot en met 30 september 2013 daadwerkelijk elk kwartaal een MTZ-lijst verspreid onder leden van sectie 3A. De verspreiding onder de leden van deze lijst werd eerst gedaan door de voorzitter van sectie 3A van BMWT, later door het secretariaat van BMWT. De lijst werd aangeleverd door een van de leden (aanvankelijk DETA, later Exide). Elke betrokken onderneming aangesloten bij sectie 3A van BMWT hanteerde daadwerkelijk MTZ richting hun afnemers conform de afgesproken (Duitse) systematiek. In de praktijk kwamen beperkte verschillen voor. Sommige importeurs hanteerden een eigen MTZ-lijst of hanteerden voor sommige klanten een specifieke MTZ-lijst. Deze weken niet wezenlijk af van de via de BMWT onder de leden van sectie 3A verspreide referentie MTZ-lijst. Het kwam ook voor dat importeurs toch korting gaven op de MTZ.

¹³ Exide, Gracon, DETA (inmiddels Celectric), R&W, Hoppecke, Enersys, BAT en Faam.

¹⁴ Contact tussen Exide en [onderneming X]. [Onderneming X] heeft voorafgaand aan dit contact een EnerSys MTZ-lijst voor het eerste kwartaal van 2013 ontvangen.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

46. In de periode van begin 2004 tot en met 30 september 2013 maakte de gebruikte MTZ een relevant deel van de verkoopprijs van tractiebatterijen uit, variërend van 10% tot 30% afhankelijk van daling of stijging van de loodprijs volgens de LME-koers.
47. Voor de leesbaarheid van dit besluit, duidt de ACM dit gehele complex van gedragingen aan als de MTZ-Afspraak.

5.2 Betrokkenheid van [onderneming X]

5.2.1 Feiten en omstandigheden ten aanzien van [onderneming X]

48. Voor de vaststelling van betrokkenheid van [onderneming X] bij de MTZ-Afspraak vanaf 2013 zijn de volgende feiten en omstandigheden relevant.
49. Zoals beschreven in hoofdstuk 2 van dit besluit is [onderneming X1] in [vertrouwelijk] opgericht en actief geworden als importeur van tractiebatterijen. [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] zijn bij de oprichting als statutair bestuurder in functie getreden. [Onderneming X1] is in oktober 2012 lid geworden van sectie 3A van BMWT en heeft in de periode daarna in de persoon van haar directeur [vertrouwelijk] deelgenomen aan de vergaderingen van sectie 3A.¹⁵
50. Zoals is beschreven in paragraaf 5.1 van dit besluit werd voorafgaand aan elk kwartaal een MTZ-lijst van één van de leden van sectie 3A van BMWT – in 2013 van Exide – verspreid onder de overige sectieleden ter ondersteuning van de MTZ-Afspraak. In 2013 werd de verspreiding van deze lijsten verzorgd door BMWT. [Onderneming X1] heeft, in de persoon van haar directeur [vertrouwelijk], de MTZ-lijst voor het eerste kwartaal van 2013 op 14 december 2012 ontvangen.¹⁶ Uit het begeleidend schrijven van BMWT kon [onderneming X] afleiden dat ook de andere leden van sectie 3A deze MTZ-lijsten ontvingen. BMWT richtte zich steeds tot 'Leden Sectie III-A'. [Onderneming X1] heeft ook de lijsten voor het tweede en het derde kwartaal van 2013 ontvangen.¹⁷ [Onderneming X1] erkent in haar zienswijze de ontvangst van de MTZ-lijsten 2013.

¹⁵ Dossierstuk 89 (7615/299), Bijlage 1, (647-1); dossierstuk 95 (7615/300), bijlage 3, p. 1247 en dossierstuk 80 (7615/202). Dit betreft de vergaderingen op 27 november 2012, 5 februari 2013 en 6 juni 2013. Uit het verslag van de vergadering van 6 juni 2013 blijkt dat het onderwerp "loodtoeslagen" is besproken.

¹⁶ Dossierstuk 153 (7615/291), p. 6. E-mail aan [onderneming X1] van 14 december 2012 met "Loodtoeslagen 1^e kwartaal 2013".

¹⁷ Dossierstuk 153 (7615/291), p.12, e-mail van 18 maart 2013 "Loodtoeslagen 2^e kwartaal 2013" aan [onderneming X1]; dossierstuk 153 (7615/291), p. 17, e-mail van 17 juni 2013 "loodtoeslagen 3^{de} kwartaal 2013" aan [onderneming X1].

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

51. Uit het dossier blijkt dat [onderneming X1] in de persoon van haar directeur [vertrouwelijk] voorafgaand aan de verspreiding van de lijst voor het eerste kwartaal van 2013 contact heeft gezocht met Exide.¹⁸ Dit contact vond plaats op 12 december 2012. Aanleiding voor dit contact was een stijging in de prijs van antimoon (een metaal dat wordt toegevoegd aan het lood) en de consequenties daarvan voor de te hanteren MTZ.¹⁹
52. De directeur van [onderneming X1] heeft op diezelfde datum Exide per e-mail bericht een voorkeur te hebben om “uniform de nieuwe lijst cf Enersys te gaan gebruiken”.²⁰ In de bijlagen bij deze e-mail zijn (Belgische/Duitse) MTZ-lijsten van Enersys en GNB (Exide) gevoegd. De lijst van Enersys bevatte een verhoging van [vertrouwelijk] euro per ton voor antimoon. De lijst van GNB (Exide) niet.
53. In de MTZ-lijst die BMWT voor het eerste kwartaal 2013 heeft verspreid onder de leden van sectie 3A is de MTZ verhoogd met [vertrouwelijk] euro per ton.²¹ Bij de verspreiding was een uitleg over de verhoging opgenomen, die ook [onderneming X] heeft ontvangen.²² [Onderneming X] kon in deze berichtgeving zien dat, na genoemd contact op 12 december 2012, de MTZ voor het eerste kwartaal 2013 is verhoogd en dat ook de overige leden van sectie 3A deze communicatie ontvingen.
54. Uit het bij [onderneming X] verkregen materiaal, blijkt dat zij vanaf begin 2013 daadwerkelijk een verhoging van de MTZ van [vertrouwelijk] euro per ton bij afnemers in rekening heeft gebracht, in lijn met de hiervoor beschreven afstemming.²³ De door [onderneming X1] gehanteerde rekenmethode in de kwartaal MTZ-lijst komt overeen met de MTZ-lijst die BMWT voor het eerste kwartaal van 2013 heeft verspreid.²⁴ Vanwege

¹⁸ Dossierstuk 89 (7615/299), bijlage 35, document 54 en 55; dossierstuk 89 (7615/299), Bijlage 35, (647-35), p. 26 en dossierstuk 89 (7615/299), Bijlage 37, (647-37), p. 6-8.

¹⁹ In de loop van 2012 was de prijs van antimoon sterk gestegen. Zie hiervoor dossierstuk 89 (7615/299), Bijlage 37, (647-37), p. 6.

²⁰ Dossierstuk 89 (7615/299), bijlage 35, document 54.

²¹ Dossierstuk 153 (7615/291), p. 6.

²² BMWT heeft deze uitleg overgenomen van Exide. Dossierstuk 89 (7615/299), document 15 bij Bijlage 1. Zie ook dossierstuk 89 (7615/299), Bijlage 1, pagina 19 en dossierstuk 89 (7615/299), Bijlage 21, punt 38.

²³ Dossierstuk 153 (7615/291), p. 857. E-mailwisseling tussen een afnemer en [onderneming X1], waarin de directeur uitlegt dat de MTZ Q1 2013 sterk is gestegen (rond de [vertrouwelijk]) door een premium.

²⁴ Dossierstuk 95 (7615/300), bijlage 3, p. 663 en Schriftelijke zienswijze [onderneming X1], bijlage 4. Uit de beschikbare MTZ-lijsten (afkomstig van [onderneming X2]) blijkt dat [onderneming X1] een basisprijs van [vertrouwelijk] euro hanteert, terwijl de lijst die BMWT heeft verspreid, uitgaat van een basisprijs van 300,60 euro met een aparte opslag van [vertrouwelijk] euro per ton. De uitkomst van de MTZ berekening is in beide gevallen hetzelfde, omdat de MTZ werd

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

marginaal verschillende loodgewichten in tractiebatterijen per fabrikant, waren de uiteindelijke MTZ-waarden marginaal verschillend.

55. Bij de beoordeling van de hierboven geschetste feiten acht ACM van belang dat de directeur van[onderneming X1], die in december 2012 contact zocht met Exide en namens[onderneming X1] de via BMWT verspreide MTZ-lijsten ontving, op de hoogte was van de MTZ-Afspraak zoals deze sinds begin 2004 tussen importeurs van tractiebatterijen van toepassing was. Dit blijkt uit het volgende.
56. De directeur van [onderneming X1], [vertrouwelijk], was vóór zijn indiensttreding bij [onderneming X] al jaren werkzaam in de sector van import en verkoop van tractiebatterijen in Nederland, onder meer bij R&W en Exide. Hij was namens deze ondernemingen betrokken bij de MTZ-Afspraak zoals beschreven in paragraaf 5.1 van dit besluit. Hij was namens R&W aanwezig bij de buitengewone BMWT vergadering van sectie 3A op 15 januari 2004 waar de afspraak tot het hanteren van MTZ (loodtoeslagen) werd gemaakt.²⁵ Na deze bijeenkomst heeft hij op 16 januari 2004 een terugkoppeling van de afspraken aan [onderneming X2] gegeven.²⁶ [Onderneming X2] leverde op dat moment tractiebatterijen aan R&W en andere onafhankelijk importeurs van tractiebatterijen in Nederland. De terugkoppeling bevat de kernelementen van de MTZ-Afspraak, zoals die in paragraaf 5.1 van dit besluit is omschreven en was tevens in kopie gericht aan [vertrouwelijk] van [onderneming X2] (later tevens directeur van[onderneming X1]).²⁷
57. Ook na de bijeenkomst op 15 januari 2004 was [vertrouwelijk] als vertegenwoordiger van R&W en later Exide een reguliere deelnemer aan sectie 3A vergaderingen van BMWT.²⁸ Hij was uit dien hoofde bekend met de gewoonte binnen sectie 3A om MTZ-lijsten van

Pagina
16/42

berekend door de prijs van het loodgewicht in de desbetreffende batterij op basis van de gemiddelde LME-koers over drie maanden, te verminderen met de basisprijs voor lood. Een vermindering van de basisprijs heeft in deze berekening hetzelfde effect als een aparte opslag van hetzelfde bedrag.

²⁵ Dossierstuk 89 (7615/299), bijlage 35, bijlage/document 1.

²⁶ Dossierstuk 225 (7615/384), document ID_725212239225 , hieraan voorafgaand dossierstuk 225 (7615/384), document ID_72521223946083.

²⁷ Een e-mail van 21 april 2004 van [onderneming X2] aan IBG bevestigt dat [onderneming X2] op de hoogte was van de MTZ-Afspraak, zie dossierstuk 224 (7615/383), document ID_725215868418.

²⁸ Aanwezigheid namens R&W in de periode 2000 - 2005 en in de periode voorjaar 2008 - najaar 2009; aanwezigheid namens Exide in de periode 2006 - voorjaar 2008; zie dossierstuk 89 (7615/299), bijlage 35, p. 5 en 10. In oktober 2012 werd [onderneming X1] lid van BMWT en was [vertrouwelijk] aanwezig namens [onderneming X1]. Zie voor de aanwezigheid van [vertrouwelijk] bij sectie 3A-vergaderingen ook: dossierstuk 89 (7615/299), bijlage 35, bijlage/document 2, 3, 4 en 35; dossierstuk 97 (7615/302), bijlage 3, document 61 en 78.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

één van de leden te verspreiden ter ondersteuning van de MTZ-Afspraak.²⁹ Ook wist hij dat deze lijsten afkomstig waren van DETA en later Exide.³⁰

58. Het voorgaande maakt dat toen[onderneming X1], in de persoon van haar directeur, contact opnam met Exide in december 2012 in verband met de prijsstijging voor antimoon en de MTZ en daarbij aangaf welke voorkeur zij had, [onderneming X] wist of had moeten begrijpen dat dit aansloot bij de bestaande MTZ-Afspraak tussen de sectie 3A-leden. Ook wist [onderneming X], of had zij moeten begrijpen, dat dit contact de te verspreiden MTZ-lijst voor het eerste kwartaal 2013 kon beïnvloeden en daarmee ook de door andere leden van sectie 3A te hanteren MTZ. [Onderneming X] wist voorts, of had moeten begrijpen, in welke context zij de MTZ-lijsten van BMWT toegestuurd kreeg en van wie deze lijsten afkomstig waren. De tekst van het e-mailbericht van 12 december 2012 toont tevens aan dat [onderneming X] bekend was met de functie van MTZ-lijsten.
59. [Onderneming X] is naar het oordeel van de ACM op grond van de hiervoor geschetste omstandigheden vanaf 12 december 2012 bewust betrokken geraakt bij de MTZ-Afspraak. Omdat het rapport uitgaat van 1 januari 2013 – de eerste dag waarop de MTZ-lijst voor het eerste kwartaal werking had – neemt de ACM dit als startdatum voor de betrokkenheid van [onderneming X]. De ACM stelt de einddatum van de betrokkenheid van [onderneming X] op 30 september 2013, omdat de door BMWT onder de leden verspreide MTZ-lijst voor het derde kwartaal van 2013 tot deze datum geldig was.

5.2.2 Zienswijze [onderneming X] en beoordeling ACM

60. [Onderneming X] stelt dat er geen bewijs is voor haar betrokkenheid bij de MTZ-Afspraak. [Onderneming X] erkent dat zij MTZ-lijsten van BMWT heeft ontvangen voor het eerste, tweede en derde kwartaal van 2013, maar stelt dat zij hier geen enkele rol in heeft gehad. Zij kreeg die lijsten als lid van sectie 3A automatisch toegezonden. [Onderneming X] heeft geen vergaderingen van BMWT bijgewoond waar de MTZ-afspraken is besproken en zij stelt dat zij – als rechtspersoon – evenmin op de hoogte was van deze afspraken. Haar directeur [vertrouwelijk] zou zijn kennis uit eerdere dienstbetrekkingen niet binnen [onderneming X] hebben gedeeld en die kennis zou ook niet aan [onderneming X] kunnen worden toegerekend. Ook [onderneming X2] zou niet

²⁹ Dossierstuk 89 (7615/299), bijlage 35, bijlage/document 2, 3 en 35.

³⁰ Dossierstuk 219 (7615/378), document ID_72521382949, dossierstuk 89 (7615/299), bijlage 35, document 2 en dossierstuk 225 (7615/384), document ID_72521223948978. Zie ook dossierstuk 225 (7615/384), document ID_72521223919766, dossierstuk 225 (7615/384), document ID_72521223919765 en dossierstuk 225 (7615/384), document ID_72521223948976.

Besluit Openbaar

bekend zijn geweest met de in BMWT verband gemaakte MTZ-afspraken. Op grond van de informatie die in 2004 door R&W aan [onderneming X2] als leverancier van tractiebatterijen is verstrekt, kan dit volgens [onderneming X] niet worden aangenomen. Volgens [onderneming X] was er voor haar dan ook geen reden om zich van de aan haar toegezonden MTZ-lijsten te distantiëren. [Onderneming X] beschouwde het hoogstens als adviezen van BMWT waar zij, naar zij stelt, niets mee heeft gedaan en die voor haar ook geen toegevoegde waarde hadden. [vertrouwelijk]. [Onderneming X] stelt dat zij in de praktijk ook geen rekening heeft gehouden met de via BMWT aan haar toegezonden MTZ-lijsten.

61. Met betrekking tot de e-mail van de directeur van [onderneming X1] van december 2012 stelt [onderneming X] dat deze buiten de periode valt waarin [onderneming X] volgens het rapport bij de afspraak betrokken was. De e-mail zou betrokkenheid van [onderneming X] bij de MTZ-afspraken evenmin aantonen. Voorts stelt [onderneming X] dat de clementieverzoekers haar niet als bij de MTZ-afspraken betrokken onderneming hebben genoemd.

Bewijs betrokkenheid [onderneming X]

62. Zoals hierboven onder 5.2.1 is beschreven, bestaat het bewijs van betrokkenheid van [onderneming X] uit meer dan alleen het feit dat zij de MTZ-lijsten voor de eerste drie kwartalen van 2013 heeft ontvangen via BMWT. Voorafgaand aan de verspreiding van de MTZ-lijst voor het eerste kwartaal 2013, heeft de directeur van [onderneming X1] contact opgenomen met Exide in verband met de prijsstijging van antimoon en de MTZ. [onderneming X] gaf aan dat zij de voorkeur had om de MTZ te verhogen. In de MTZ-lijst voor het eerste kwartaal van 2013, die [onderneming X] vervolgens twee dagen later via BMWT ontving, kon [onderneming X] zien dat de MTZ inderdaad was verhoogd voor de prijsstijging van antimoon en dat dit aan alle leden van sectie 3A werd gecommuniceerd. Bovendien was de directeur van [onderneming X] ermee bekend dat de Exide MTZ-lijst onder de leden van sectie 3A werd verspreid.
63. Om deze reden volgt de ACM [onderneming X] niet in haar stelling dat zij geen enkele rol of betrokkenheid zou hebben gehad bij de MTZ-lijsten die zij via BMWT ontving. Evenmin kan de ACM [onderneming X] volgen in haar stelling dat de MTZ-lijsten voor haar geen enkele waarde of betekenis zouden hebben gehad. Dat strookt niet met het feit dat de directeur van [onderneming X] zelf contact opnam met Exide over de prijsstijging van antimoon en de MTZ. Bovendien was de directeur van [onderneming X] ermee bekend dat ter ondersteuning van de afspraken MTZ-lijsten werden verspreid via de BMWT. [Onderneming X] had moeten begrijpen dat de door haar verstrekte informatie en geuite voorkeur in dat kader relevant waren. [Onderneming X] kon uit de verspreiding van de

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

MTZ-lijsten ook opmaken dat deze relevant waren voor de leden van sectie 3A en op zijn minst als referentie dienden voor de door hen te hanteren MTZ. Zoals hiervoor onder paragraaf 5.1 is beschreven ging de MTZ-afspraken om het uitgangspunt van doorberekening van fluctuaties in de loodkosten conform het Duitse systeem van MTZ, waarbij beperkte verschillen in de MTZ-lijsten van de leden werden toegestaan.

64. Gelet op het voorgaande is de ACM van oordeel dat er voor [onderneming X] alle redenen waren om zich van de aan haar toegezonden MTZ-lijsten te distantiëren als zij niet betrokken had willen raken bij de MTZ-afspraken die in BMWV-verband was gemaakt. De directeur van [onderneming X], die namens [onderneming X] de via BMWV verspreide MTZ lijsten ontving, wist in welke context deze werden verspreid. Door contact op te nemen met Exide voorafgaand aan de verspreiding van de MTZ-lijst voor het eerste kwartaal van 2013 en door het zonder commentaar in ontvangst nemen van de toegezonden MTZ-lijsten voor 2013, heeft [onderneming X] zich aangesloten bij de bestaande, in BMWV-verband gemaakte, MTZ-afspraken.
65. Anders dan [onderneming X] lijkt aan te nemen, stelt de ACM de betrokkenheid van [onderneming X] bij de MTZ-afspraken vanaf 1 januari 2013 niet vast enkel op basis van de kennis die haar directeur van die afspraken had uit vorige dienstbetrekkingen. In die zin is ook geen sprake van toerekening aan [onderneming X] van kennis van haar directeur uit vorige dienstbetrekkingen, zoals [onderneming X] meent. De ACM stelt de betrokkenheid van [onderneming X] bij de MTZ-afspraken vanaf 1 januari 2013 vast op basis van gedragingen van [onderneming X] nadat zij in oktober 2012 lid was geworden van sectie 3A van BMWV. De ACM neemt bij de beoordeling van die gedragingen van [onderneming X] in aanmerking dat haar directeur, die de betreffende gedragingen verrichtte, in eerdere dienstbetrekkingen zelf betrokken was bij de in BMWV verband gemaakte MTZ-afspraken en bekend was met de daarbij behorende gewoonten. De ACM neemt tevens in aanmerking dat dit bij BMWV en de andere leden van sectie 3A ook bekend was. De betrokkenheid van de huidige directeur van [onderneming X] bij de MTZ-afspraken uit hoofde van zijn vorige dienstbetrekkingen is voorts, zoals hierboven onder 5.2.1 is beschreven, vastgesteld op basis van dossierstukken die los staan van zijn verklaring ten overstaan van ACM en die de ACM ook voorafgaand aan het verhoor van de directeur van [onderneming X] heeft verkregen.
66. Dat [onderneming X2] niet op de hoogte zou zijn geweest van de MTZ-afspraken en het feit dat [onderneming X1] lid was geworden van BMWV, kan aan het voorgaande niet afdoen. Voor het kunnen vaststellen van de betrokkenheid van [onderneming X1] bij de MTZ-afspraken is dit niet relevant. Het is evenmin relevant om vast te kunnen stellen of [onderneming X2] beslissende invloed uitoefende op [onderneming X1]. [Onderneming

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

X2] betwist dit laatste overigens ook niet.

67. Ten overvloede merkt de ACM op dat het dossier wel aanwijzingen bevat dat [onderneming X2] in 2004 op de hoogte is gebracht van de MTZ-afspraken die in BMWT verband was gemaakt.³¹ Dit bericht was afkomstig van de huidige directeur van [onderneming X1] en was tevens gericht aan [vertrouwelijk], die vanaf de oprichting van [onderneming X1] mede statutair directeur was van deze vennootschap.

68. Ten slotte wijst de ACM er op dat Exide en Hoppecke in hun clementieverklaringen [onderneming X1] hebben genoemd als betrokken bij de uitwisseling van MTZ-lijsten in het kader van de MTZ-afspraken.³²

Door [onderneming X] toegepaste MTZ

69. Voor de vaststelling van de betrokkenheid van [onderneming X] bij de MTZ-afspraken is niet noodzakelijk dat zij zich ook aan de afspraken heeft gehouden of de via BMWT verspreide MTZ-lijst heeft gevolgd.

70. Uit het dossier blijkt echter wel dat [onderneming X] het uitgangspunt van de MTZ-afspraken heeft toegepast. De afspraken had, zoals hiervoor onder paragraaf 5.1 is beschreven, als uitgangspunt dat fluctuaties in de loodkosten werden doorberekend aan de afnemer conform het Duitse systeem van MTZ. Er bestonden beperkte verschillen tussen de MTZ-lijsten van de leden. Uit het dossier en de door [onderneming X] bij haar zienswijze aangeleverde stukken blijkt dat [onderneming X] loodtoeslag hanteerde bij de verkoop van tractiebatterijen en zodoende fluctuaties in de loodkosten doorberekende aan haar afnemers.

71. Ten overvloede gaat ACM hieronder in op de door [onderneming X] aangevoerde argumenten dat de via de BMWT verspreide MTZ-lijsten geen waarde of betekenis voor haar zouden hebben gehad.

72. [Onderneming X] stelt dat zij haar batterijen in beginsel verkoopt tegen [vertrouwelijk], hetgeen afwijkt van het kwartaalsysteem van de BMWT. Slechts voor een bepaalde groep afnemers, [vertrouwelijk], hanteert [onderneming X] [vertrouwelijk].³³ Alleen voor

³¹ Zie dossierstuk 225 (7615/384), document ID_725212239225 en dossierstuk 225 (7615/384), document ID_72521223946083. Zie ook dossierstuk 224 (7615/383), document ID_725215868418, e-mail van 21 april 2004 van [onderneming X2] aan een Nederlandse importeur, lid van sectie 3A van BMWT.

³² Zie dossierstuk 89, bijlage 21, p. 4 en p. 5/6; dossierstuk 94, bijlage 1, p. 1.

³³ [vertrouwelijk].

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

die gevallen zouden de via BMWT verspreide MTZ-lijsten van waarde kunnen zijn geweest, aldus [onderneming X].

73. ACM stelt voorop dat [onderneming X] in beide gevallen de fluctuaties in de loodkosten doorberekent aan de afnemer, conform het uitgangspunt van de MTZ-afspraken. De [vertrouwelijk] die [onderneming X1] toepaste komen wat betreft rekenmethode en uitkomst overeen met de kwartaal MTZ-lijsten voor 2013 die via BMWT werden verspreid. De uiteindelijke MTZ-waarden zijn nagenoeg gelijk; er zijn slechts marginale verschillen die worden verklaard door marginale verschillen in loodgewicht van de tractiebatterijen per fabrikant. Het dossier bevat voorts voorbeelden waarin de afnemer kon kiezen of een [vertrouwelijk] of [vertrouwelijk] aangepaste loodtoeslag zou worden toegepast.³⁴ Dit duidt erop dat hier in de praktijk weinig verschil tussen zat en dat [onderneming X1] de vrijheid had om te bepalen of zij de [vertrouwelijk] of [vertrouwelijk] aangepaste loodtoeslag hanteerde.
74. Dat de via BMWT verspreide kwartaal MTZ-lijst geen waarde of betekenis voor [onderneming X] zouden hebben, [vertrouwelijk], strookt voorts niet met het gegeven dat de directeur van [onderneming X] in december 2012 contact opnam met Exide in verband met de gestegen prijzen van antimoon en de betekenis daarvan voor de MTZ. Hieruit volgt dat het voor [onderneming X] kennelijk relevant was wat de andere leden van sectie 3A daarmee zouden doen in de MTZ. Bovendien heeft [onderneming X] tegelijk met de andere leden van sectie 3A van BMWT per 1 januari 2013 een verhoging van de MTZ toegepast vanwege de stijging van de prijs voor antimoon. [Onderneming X] heeft hierover ook uitleg gegeven aan afnemers.³⁵
75. Ten slotte blijkt uit de stukken, die [onderneming X] heeft verstrekt ter ondersteuning van haar standpunt dat [vertrouwelijk]. Dit zegt niets over de te hanteren loodtoeslag bij de verkoop in Nederland. Dat [vertrouwelijk], sluit niet uit dat [onderneming X1] de ruimte had om de te hanteren loodtoeslag te laten aansluiten bij de in Nederland geldende MTZ-afspraken. Het stond er in ieder geval niet aan in de weg dat [onderneming X1] aan afnemers de keuze bood voor [vertrouwelijk] of [vertrouwelijk] aangepaste loodtoeslag.
76. Dat [onderneming X] pas ruim een jaar na haar oprichting lid is geworden van BMWT kan evenmin aantonen dat de MTZ-lijsten die via BMWT werden verspreid voor haar geen waarde zouden hebben. Bovendien blijkt uit de statuten van BMWT dat een onderneming

³⁴ Zie dossierstuk 153 (7615/291), p. 140, 366 en 841.

³⁵ Zie dossierstuk 153 (7615/291), p. 857.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

minimaal een jaar actief moet zijn om lid te kunnen worden.³⁶

Geen schending rechten van de verdediging

77. De ACM zou het vertrouwensbeginsel alsmede de rechten van de verdediging van [onderneming X] en haar directeur [vertrouwelijk] hebben geschonden. Bij het afleggen van zijn verklaring, zou de ACM hebben nagelaten de cautie te stellen voor de periode voordat [vertrouwelijk] bij [onderneming X] in dienst is getreden. Ondanks een toezegging zou de ACM kennis van [vertrouwelijk] uit zijn verklaring ten aanzien van zijn eerdere dienstbetrekkingen in het rapport tegen [onderneming X] hebben gebruikt.
78. Dit betoog slaagt niet. De ACM heeft overeenkomstig artikel 5:10a van de Algemene wet bestuursrecht en artikel 12i van de Instellingswet ACM aan [vertrouwelijk] als directeur van [onderneming X1] de cautie gegeven.³⁷ Hij was niet verplicht te antwoorden op vragen die hem als natuurlijk persoon en/of de onderneming [onderneming X1] zouden kunnen belasten. Anders dan [onderneming X] betoogt, hoefde aan haar directeur, overeenkomstig genoemde artikelen, geen cautie te worden gegeven aangaande zijn voormalige dienstbetrekkingen.
79. Er staat voorts geen rechtsregel aan in de weg dat de ACM kennis van de directeur van [onderneming X] uit vorige dienstbetrekkingen in aanmerking neemt in het rapport of in dit besluit, voor zover die kennis blijkt uit andere dossierstukken dan de door de directeur van [onderneming X] afgelegde verklaring, en die ook voorafgaand aan die verklaring door de ACM zijn verkregen. Bij de beoordeling van de deelname van [onderneming X] aan de vermeende inbreuk in het rapport en in het onderhavige besluit is geen gebruik gemaakt van de verklaring van de directeur van [onderneming X].³⁸ Van schending van het vertrouwensbeginsel of de rechten van verdediging van [onderneming X] of haar directeur is dan ook geen sprake.

Geen strijd met het gelijkheidsbeginsel en verbod van willekeur

80. [Onderneming X] stelt dat onduidelijk is welke criteria de ACM heeft gehanteerd om te bepalen tegen welke ondernemingen rapport werd opgemaakt in verband met de in het rapport beschreven gedragingen en of de ACM deze criteria voor iedere onderneming op

³⁶ Dossierstuk 220 (7615/379), ID_725211135096, artikel 7, lid 2, sub d van de statuten en de brochure; de statuten spreken over 'actief in één van de lidstaten van de Europese Unie'; de brochure spreekt over 'actief in de Nederlandse markt'.

³⁷ Dossierstuk 142 (7615/260).

³⁸ Dit is conform de eerdere toezegging aan [onderneming X]; zie de schriftelijke zienswijze van [onderneming X1], bijlage 9.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

gelijke wijze heeft toegepast. Het is [onderneming X] met name niet duidelijk waarom zij wel een rapport heeft ontvangen en de ondernemingen GraCon, IBG en [vertrouwelijk] niet. [Onderneming X] acht dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur.

81. Het rapport vermeldt in randnummer 15 dat twee criteria zijn gehanteerd voor het opmaken van een rapport: (1) de aanwezigheid van een entiteit aan wie de gedragingen van de destijds betrokken importeur(s) kunnen worden toegerekend en (2) de mate waarin de ACM over bewijs beschikt dat de importeur betrokken is geweest bij de in het rapport beschreven MTZ-afspraken en daaraan gerelateerde gedragingen. Dat heeft ertoe geleid dat geen rapport is opgemaakt tegen enkele importeurs van tractiebatterijen die in de betreffende periode lid zijn geweest van sectie 3A van BMWT. Op de hoorzitting heeft de Directie Mededinging hier op verzoek van de hoorcommissie een nadere toelichting op gegeven.³⁹
82. GraCon heeft geen rapport ontvangen omdat deze onderneming en haar enige aandeelhouder (holdingmaatschappij Europe Battery Group) in 2008 failliet zijn verklaard.⁴⁰ Hetzelfde geldt voor IBG. Aanvankelijk waren meerdere IBG vennootschappen aangesloten bij sectie 3A van BMWT: IBG Holding B.V. en dochtervennootschappen IBG Industriële Batterijen B.V., RentPower B.V. en TBI-Nederland B.V. (later IBG Industry B.V.).⁴¹ IBG Holding en genoemde dochtervennootschappen zijn eind 2006 gefailleerd.⁴² Begin 2007 heeft een nieuw opgerichte vennootschap, IBG Europe B.V., de activiteiten overgenomen.⁴³ IBG Europe B.V. is in 2014 failliet verklaard.⁴⁴ Gelet op deze omstandigheden is geen rapport opgemaakt voor gedragingen van IBG.⁴⁵
83. Wat betreft [vertrouwelijk] had de ACM geen of onvoldoende aanwijzingen dat zij

³⁹ Zie het verslag van de hoorzitting, 16 november 2016, p. 16 en 17.

⁴⁰ Zie randnummer 99 van het rapport. GraCon-Atsa Batterijen B.V. is op 14 oktober 2008 beëindigd wegens faillissement; insolventieregistratie F.08/500 en F.09/08/500. Zie ook dossierstuk 137, p. 3 en dossierstuk 9, p. 23 (overzicht mutaties leden BMWT Vereniging 2008).

⁴¹ Statutenwijziging eind 2005.

⁴² Zie dossierstuk 213. Uit het Handelsregister blijkt dat in januari 2008 het faillissement van de IBG vennootschappen is afgerond en deze per 15-01-2010 zijn opgeheven. Zie ook dossierstuk 9, bijlage 1, waaruit blijkt dat het BMWT lidmaatschap van de IBG vennootschappen in 2007 is opgezegd vanwege "bedrijfsbeëindiging / faillissement / samenvoeging".

⁴³ Zie dossierstuk 213 en dossierstuk 71, vva onder punt 11.

⁴⁴ Zie dossierstuk 213 en insolventieregistratie F.05/14/391.

⁴⁵ Zie ook het verslag van de hoorzitting, 16 november 2016, p. 17.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

betrokken was bij de MTZ-Afspraak. In het geval van [onderneming X] achtte de ACM het bewijs voor betrokkenheid bij de MTZ-afspraken voldoende sterk voor een rapport. Daarbij speelde onder meer een rol dat [onderneming X] niet alleen MTZ-lijsten via de BMWT had ontvangen, maar op 12 december 2012, voorafgaand aan de verspreiding van de MTZ-lijst voor het eerste kwartaal 2013, ook zelf contact had opgenomen met Exide in verband met de MTZ-lijsten voor het eerste kwartaal 2013.⁴⁶

84. Daarnaast is van belang dat de ACM kon vaststellen dat de directeur van [onderneming X] op de hoogte was van de eerder in BMWT verband gemaakte MTZ-afspraken en daar destijds zelf – uit hoofde van vorige dienstverbanden – bij betrokken is geweest. Dit is, zoals blijkt uit hetgeen hierboven onder 5.2.1 is vermeld, vastgesteld op basis van dossierstukken.
85. [Onderneming X] stelt in haar zienswijze dat de directeur van [vertrouwelijk] eveneens uit vorige dienstbetrekking bekend zou zijn geweest met het hanteren van een loodtoeslag binnen de BMWT.⁴⁷ Naar het oordeel van ACM bevatten de dossierstukken waarnaar [onderneming X] in dit verband verwijst, echter geen aanwijzingen dat deze directeur uit hoofde van zijn vorige dienstbetrekking bekend was met de in BMWT verband gemaakte MTZ-afspraken. Laat staan dat hij zelf betrokken was bij de totstandkoming daarvan.⁴⁸
86. Gelet op deze verschillen, is van strijd met het gelijkheidsbeginsel of het verbod van willekeur geen sprake.

5.2.3 Conclusie

87. De ACM stelt vast dat [Onderneming X1] in de periode van 1 januari 2013 tot en met 30 september 2013 heeft deelgenomen aan de MTZ-Afspraak. De in paragraaf 5.2.2 van dit besluit besproken zienswijzen op de feiten van [onderneming X] leiden de ACM niet tot een andere conclusie.

⁴⁶ Zie het verslag van de hoorzitting, 16 november 2016, p. 17.

⁴⁷ [Onderneming X] verwijst naar dossierstuk 224, bijlage 161 (document 72521586817290) en 162 (document 72521586817296).

⁴⁸ De directeur van [vertrouwelijk] komt niet voor in de notulen van vergaderingen van sectie 3A voorafgaand aan zijn dienstbetrekking bij [vertrouwelijk]. Zie ook dossierstuk 71, onder punt 11 en bijlage 15, waaruit blijkt dat hij in zijn vorige dienstbetrekking niet over de prijzen van tractiebatterijen ging.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

5.3 Betrokkenheid van Faam

5.3.1 Relevante feiten en omstandigheden ten aanzien van Faam

88. Ten aanzien van Faam acht de ACM de volgende feiten en omstandigheden van belang.
89. De ACM stelt vast dat Faam in de periode 15 januari 2004 tot en met 30 september 2013 actief was in de verkoop en het onderhoud van tractiebatterijen en tot en met 30 april 2013 lid was van sectie 3A van BMWT.
90. Hoewel Faam niet in persoon vertegenwoordigd was bij de bijeenkomst van 15 januari 2004 van sectie 3A van BMWT, was zij wel bij de destijds gemaakte MTZ-Afspraak betrokken. Zo blijkt uit het dossier dat zij bij de daaropvolgende reguliere BMWT-bijeenkomst van sectie 3A van BMWT wel aanwezig was.⁴⁹ Tijdens deze bijeenkomst zijn nadere afspraken over de wijze van verspreiding van de MTZ-lijsten gemaakt en is het in randnummer 39 van dit besluit genoemde persbericht besproken. Zoals beschreven in paragraaf 5.1 van dit besluit, werd elk kwartaal ter ondersteuning van de afspraak MTZ te hanteren, een 'MTZ'-lijst van één van de leden verspreid onder de overige leden van sectie 3A. De verspreiding onder de leden van deze lijst werd eerst gedaan door de voorzitter van sectie 3A van BMWT, later door het secretariaat van BMWT. Faam ontving als lid van sectie 3A van BMWT de MTZ-lijsten (elk kwartaal) en stukken van bijeenkomsten waarin gesproken is over de MTZ-Afspraak.⁵⁰
91. Daarnaast was Faam betrokken bij verschillende contacten met andere betrokken ondernemingen, genoemd in paragraaf 5.1 van dit besluit. Deze contacten gingen over wijziging dan wel toepassing van de MTZ-Afspraak.⁵¹
92. Ten slotte heeft Faam in de periode april 2004 tot en met 30 april 2013 daadwerkelijk MTZ ten aanzien van afnemers van tractiebatterijen gehanteerd.⁵² Dit heeft zij in januari 2006 ook gecommuniceerd aan andere leden van sectie 3A van BMWT: *“Wat betreft de loodtoeslag: Wij hanteren de MTZ-lijst, zoals die aan ons is doorgegeven.”*⁵³

5.3.2 Conclusie

93. De ACM concludeert op basis van het voorgaande dat Faam in de periode van 15 januari 2004 tot en met 30 april 2013 heeft deelgenomen aan de MTZ-Afspraak.

⁴⁹ Zie dossierstuk 89 (7615/299), bijlage 35, bijlage/document 3. Zie ook dossierstuk 80 (7615_202), p. 69.

⁵⁰ Zie bijvoorbeeld dossierstuk 89 (7615/299), bijlage 1, (647-1), p. 7.

⁵¹ Dossierstuk 97 (7615/302), Bijlagen bij bijlage 3, document 61. Dossierstuk 97 (7615_302), bijlage 3, document 20.

⁵² Zie bijvoorbeeld dossierstuk 219 (7615/378), ID_725213823270 en dossierstuk 219 (7615/378), ID_725213822483.

⁵³ Dossierstuk 97 (7615_302), bijlage 3, document 20.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

6 Beoordeling artikel 6, eerste lid Mw en artikel 101, eerste lid VwEU

94. In dit hoofdstuk geeft de ACM eerst een beoordeling van de gedragingen zoals deze zich in de periode van januari 2004 tot en met september 2013 tussen importeurs van tractiebatterijen in Nederland hebben voorgedaan (paragraaf 6.1). Deze beoordeling is tevens opgenomen in het afzonderlijke besluit voor de erkennende partijen en sluit inhoudelijk aan bij de verklaringen die zij hebben ingediend ten behoeve van vereenvoudigde afdoening van hun procedure. Daarna beoordeelt de ACM de gedragingen van [onderneming X] en Faam (paragraaf 6.2 en 6.3).

6.1 Beoordeling gedragingen januari 2004 tot en met september 2013

6.1.1 Overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging

95. Artikel 6, eerste lid, Mw alsmede artikel 101, eerste lid, VwEU verbieden overeenkomsten tussen en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet sluit het kartelverbod van artikel 6 Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 101 VwEU.⁵⁴
96. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.⁵⁵ Een onderling afgestemde feitelijke gedraging betreft een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de mededinging welbewust vervangt door feitelijke samenwerking.⁵⁶ In geval van een onderling afgestemde feitelijke gedraging wordt vermoed dat ondernemingen, wanneer zij na de coördinatie op de betrokken markt actief blijven, bij de vaststelling van hun marktgedrag met de coördinatie rekening hebben gehouden.⁵⁷

Toepassing

97. De afstemming tussen partijen begin 2004 zag op het doorberekenen van fluctuaties in de prijs van een belangrijke kostencomponent – lood – aan de afnemers op een zodanig

⁵⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

⁵⁵ Zie *Gerecht EU* 20 april 1999, gev. zaken T-305/94 e.a., ECLI:EU:T:1999:80 (*Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a. (PVC II)*), r.o. 715; *Gerecht EU* 21 mei 2014, T-519/09, ECLI:EU:T:2014:263 (*Toshiba*), r.o. 34 en de hierin aangehaalde jurisprudentie.

⁵⁶ Zie *HvJ EU* 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 26 en de hierin aangehaalde jurisprudentie.

⁵⁷ Zie *HvJ EU* 8 juli 1999, C-199/92P, ECLI:EU:C:1999:358 (*P Hüls*), r.o. 162 en *HvJ EU* 8 juli 1999, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356 (*Anic Participazioni SpA*), r.o. 121.

Besluit Openbaar

manier dat deze door de afnemers geaccepteerd zouden worden. Dit was van belang in de concurrentieverhoudingen van dat moment, gelet op de onder druk staande marges. De afstemming was gericht op het behoud van marges en het risico hierop te moeten inleveren te beperken. Het valt niet uit te sluiten dat de importeurs van tractiebatterijen de prijsstijging van lood op enig moment tot uitdrukking zouden hebben gebracht in de verkoopprijzen van tractiebatterijen. Hoe, op welk moment en in welke mate zij dit zouden hebben gedaan zou zonder de afstemming voor de importeurs van tractiebatterijen echter onvoorspelbaar en onzeker zijn geweest. Met de afstemming hebben partijen juist deze onzekerheid en onvoorspelbaarheid over elkaars marktgedrag, eigen aan het normale concurrentieproces, weggenomen dan wel verkleind.

98. Met hun gedragingen hebben partijen de gemeenschappelijke wil te kennen gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen om daarmee bewust de normale en gebruikelijke risico's van onderlinge concurrentie te beperken met betrekking tot de doorberekening van een relevant onderdeel van de kostprijs – de loodprijs – in de verkoopprijs. Voor zover met betrekking tot (een deel van) de gedragingen geen sprake zou zijn van een overeenkomst is in ieder geval sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.
99. Gedurende de periode van de overtreding hebben partijen regelmatig concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld. Daarnaast hebben zij regelmatig met elkaar contact opgenomen over het doorberekenen van loodtoeslagen, het al dan niet wijzigen van de frequentie waarmee deze werden aangepast alsook de wijze van verspreiding van de voorbeeld MTZ-lijst van een van de leden via BMWT onder de overige leden. Zij hebben de risico's van onderlinge concurrentie bewust vervangen door een vorm van samenwerking die gericht was op het consequent doorberekenen van fluctuaties in de prijs van lood aan de afnemer in de vorm van loodtoeslagen, zodat deze fluctuaties niet ten koste gingen van hun marges.
100. De ACM stelt gelet op het voorgaande vast dat de gedragingen zoals beschreven in paragraaf 5.1 van dit besluit kwalificeren als een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VwEU.

Besluit Openbaar

6.1.2 Eén enkele en voortdurende inbreuk

101. Een inbreuk van het kartelverbod kan niet alleen bestaan uit een op zichzelf staande handeling, maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging.⁵⁸ Dit is het geval indien de verschillende handelingen, wegens hun identieke doel de mededinging te verstoren, deel uitmaken van een "totaalplan".⁵⁹ Om tot één enkele en voortdurende inbreuk te kunnen concluderen volstaat het dat de ACM aantoonbaar dat de gedragingen van partijen gericht zijn op één en hetzelfde doel.⁶⁰

Toepassing

102. De feiten en omstandigheden, beschreven in paragraaf 5.1 van dit besluit, laten zien dat gedurende de periode van overtreding steeds de importeurs van tractiebatterijen betrokken waren die lid waren van sectie 3A van BMWT en dat de gedragingen betrekking hadden op hetzelfde product. Ook BMWT zelf was op regelmatige basis betrokken bij de gedragingen: de afspraak is tijdens een buitengewone BMWT-vergadering op 15 januari 2004 gemaakt ten kantore van BMWT en in latere vergaderingen verschillende keren ter sprake gekomen. Gelet op deze feiten en omstandigheden kwalificeren de verschillende gedragingen van partijen als één enkele en voortdurende inbreuk.
103. Bovendien hadden de gedragingen van partijen steeds hetzelfde gezamenlijk doel, zoals omschreven in randnummer 97 van dit besluit.
104. Op grond van het voorgaande concludeert de ACM dat de gedragingen van partijen tezamen zijn aan te merken als één enkele en voortdurende inbreuk.

6.1.3 Mededingingsbeperking

105. Van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw is sprake indien de afstemming tussen de partijen ertoe strekt of als effect heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
106. Van een mededingingsbeperkende strekking is reeds sprake wanneer de afspraak concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.⁶¹ De vraag of en

⁵⁸ HvJ EU 8 juli 1999, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356 (*Anic Participazioni SpA*), r.o. 81.

⁵⁹ *Idem*, r.o. 82.

⁶⁰ HvJ EU 19 december 2013, C-239/11P, C-489/11P en C-498/11P ECLI:EU:2013:C:866 (*Siemens*), r.o. 247-248; CBb 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:188 (*Meel*), r.o. 5.3.24.

⁶¹ HvJ EU 4 juni 2009, C-8/08 ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile Netherlands / NMa*), r.o. 31.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

in welke mate een dergelijk gevolg daadwerkelijk intreedt, kan slechts relevant zijn voor de vaststelling van de hoogte van de boete.⁶²

107. Een mededingingsbeperkende strekking kan niet uitsluitend worden aangetoond door onderzoek te doen naar de potentiële gevolgen van de gedragingen. Voor een strekkingsbeding is vereist dat de gedragingen “kunnen worden geacht naar hun aard schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.”⁶³ Om te bepalen of het gedrag naar zijn aard de goede werking van de normale mededinging aantast moet rekening worden gehouden met alle relevante elementen van de economische en juridische context van deze coördinatie, met name de aard van de betrokken diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de markten.⁶⁴

Toepassing

108. Prijs is een belangrijke concurrentieparameter in het proces dat vooraf gaat aan het tot stand komen van afspraken tussen importeurs van tractiebatterijen en afnemers. Uit het dossier blijkt dat de loodtoeslagen (MTZ) een relevant gedeelte van de verkoopprijs van een tractiebatterij betreffen, 10% tot 30% gedurende de periode van de overtreding, en dat de marges van importeurs van tractiebatterijen onder druk stonden.⁶⁵
109. Gelet op deze omstandigheden vormt de afstemming tussen partijen over het doorberekenen van loodtoeslagen (MTZ) aan hun afnemers een prijsafpraak. De ACM acht de gedragingen in dit verband concreet geschikt om de mededinging te beperken. De ACM verwijst hiervoor tevens naar randnummer 97 van dit besluit. Prijsafspraken zoals de onderhavige zijn, volgens vaste Europese rechtspraak, strekkingsbeperkingen.⁶⁶

⁶² Idem.

⁶³ HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*), r.o. 82.

⁶⁴ HvJ EU 11 september 2014, C-67/13 P ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*), r.o. 78.

⁶⁵ Deels door gestegen inkooprijzen vanwege de gestegen prijs voor lood, deels door de hevige concurrentie tussen importeurs van tractiebatterijen in Nederland met daarmee gepaard gaande hoge kortingen op de (bruto) verkoopprijs van tractiebatterijen, soms wel oplopend tot 80%.

⁶⁶ Zie Gerecht EU 13 december 2001, T-45/98 en T-47/98 ECLI:EU:T:2001:288 (*Krupp Thyssens Stainless GmbH et Acciai speciali Terni SpA*), r.o. 151 – 157, Gerecht EU 29 februari 2016, T-264/12 ECLI:EU:T:2016:112 (*UTi Worldwide - Freight Forwarding*), r.o. 111 -119, en 180 e.v., *T-Mobile Netherlands / NMa* (voetnoot 61), r.o. 37 – 41.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

6.1.4 Merkbaarheid

110. Uit het arrest *Expedia* van het Hof van Justitie volgt dat een strekkingsbeperking⁶⁷ die onder de werkingssfeer van art. 101, eerste lid VwEU valt, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, de mededinging merkbaar beperkt.⁶⁸ De ACM sluit zich voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw en specifiek het merkbaarheidsvereiste bij deze jurisprudentie aan.⁶⁹
111. De ACM van oordeel dat bij strekkingsbeperkingen – zoals in het onderhavige geval – de merkbaarheid van de gedragingen zonder meer gegeven is.⁷⁰
112. Bovendien waren de leden van sectie 3A van BMWT de belangrijkste importeurs van tractiebatterijen in Nederland, waardoor de positie van de betrokken ondernemingen niet dusdanig gering is dat zij geen invloed op de mededinging zouden kunnen uitoefenen. De gedragingen van betrokken ondernemingen zagen voorts op het hele grondgebied in Nederland. De afstemming zag in beginsel op de volledige import, distributie en verkoop van losse tractiebatterijen aan afnemers in Nederland.
113. Gelet op het bovenstaande strekten de gedragingen ertoe om de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw *merkbaar* te beperken, verhinderen dan wel te vervalsen.
114. Nu sprake is van een strekkingsbeperking in de zin van artikel 6 Mw hoeven de gevolgen van de gedragingen voor de mededinging niet te worden onderzocht. De ACM heeft dat dan ook niet gedaan.

6.1.5 Artikel 6, derde lid, Mw

115. In artikel 6, derde lid, Mw is een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw opgenomen.
116. Partijen hebben zich niet beroepen op het derde lid van artikel 6 Mw, althans niet onderbouwd dat zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.

⁶⁷ Dat wil zeggen een afspraak of onderling afgestemde feitelijke gedraging die, gelet op de inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt concreet kan verhinderen, beperken of vervalsen. Zie *T-Mobile Netherlands / NMa* (voetnoot 61), r.o. 42.

⁶⁸ HvJ EU 13 december 2012, C-226/11 ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*), r.o. 37.

⁶⁹ Memorie van Toelichting Mededingingswet (voetnoot 54), p. 14.

⁷⁰ CBB 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*WMO*), r.o. 6.2.8; CBB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:184 (*Mee*), r.o. 5.3.7.

Besluit Openbaar

6.1.6 Artikel 101 VwEU

117. De leden van sectie 3A van BMWT waren de belangrijkste importeurs van tractiebatterijen in Nederland. De gedragingen zagen voorts op het hele grondgebied in Nederland. Hieruit concludeert de ACM dat de gedragingen de interstatelijke handel ongunstig konden beïnvloeden in de zin van artikel 101, eerste lid, VwEU. Artikel 101 VwEU is derhalve van toepassing.

6.2 Juridische beoordeling deelname [onderneming X]

118. In dit onderdeel van het besluit beoordeelt de ACM of [onderneming X] met haar gedragingen beschreven in paragraaf 5.2 van dit besluit, heeft deelgenomen aan de enkele en voortdurende inbreuk zoals vastgesteld in paragraaf 6.1 van dit besluit.
119. De ACM toetst aan vier criteria om een onderneming te kunnen aanspreken wegens deelname aan één enkele en voortdurende inbreuk. Deze criteria volgen uit zowel de Europese als nationale rechtspraak.⁷¹ De ACM moet bewijzen dat:
- 1) de onderneming betrokken is geweest bij één of meer gedragingen (die niet op zichzelf beschouwd een overtreding hoeven te vormen);
 - 2) de gedragingen van de ondernemingen gericht zijn op één en hetzelfde doel;
 - 3) de onderneming met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers;
 - 4) de onderneming de gedragingen van de andere ondernemingen kende, of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden.

Toepassing

120. Zoals vastgesteld in paragraaf 5.2 van dit besluit, heeft [onderneming X1] nadat zij lid was geworden van sectie 3A van BMWT in december 2012 contact gezocht met Exide om te polsen hoe deze onderneming met de prijsstijging voor antimoon zou omgaan in de MTZ-lijst van het eerste kwartaal van 2013 en jegens Exide haar voorkeur uitgesproken de nieuwe lijst van Enersys te gaan gebruiken. Voorts heeft de ACM vastgesteld dat [onderneming X1] in de periode erna drie keer een MTZ-lijst heeft ontvangen van BMWT, zoals deze ieder kwartaal door BMWT aan de sectie 3A leden werd verzonden ter ondersteuning van de MTZ-Afspraak.
121. Deze gedragingen waar [onderneming X1] bij betrokken was, dienen hetzelfde doel als de overige gedragingen, zoals in paragraaf 6.1.2 beschreven.

⁷¹ CbB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:185 (*Mee*), r.o. 8.3.1. HvJ EU 6 december 2012, zaak C-441/11P (*Verhuizingen Coppens*), ECLI:EU:C:2012:778.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

122. De afstemming tussen de leden van sectie 3A begin 2004 (en de jaren erna) zag op het doorberekenen van fluctuaties in de prijs van een belangrijke kostencomponent – lood – aan de afnemers op een zodanig manier dat deze door de afnemers geaccepteerd zouden worden. Deze afstemming was gericht op het behoud van marges en het risico hierop te moeten inleveren te beperken. Ook het contact van [onderneming X] met Exide in december 2012 diende dit doel. De vraag was destijds hoe met de prijsstijging van antimoon zou worden omgegaan in de verkoopprijzen van tractiebatterijen. De afstemming leidde ertoe dat onzekerheid hierover werd weggenomen. Nadat Exide de informatie van [onderneming X1] had verkregen, paste zij de MTZ-lijst voor het eerste kwartaal aan. Vervolgens werd deze lijst via BMWT onder de overige sectie 3A-leden, waaronder [onderneming X1], verspreid. Hierdoor wisten alle leden hoe met de prijsstijging van antimoon werd omgegaan. Ook de ontvangst van de MTZ-lijsten voor het tweede en derde kwartaal droegen bij aan dit doel. [onderneming X1] was hierdoor, net als de andere leden van sectie 3A van BMWT, op de hoogte van de wijze waarop kosten van lood (en antimoon) aan afnemers van tractiebatterijen in Nederland doorberekend zouden worden.
123. Naar het oordeel van de ACM was [onderneming X1] zich ervan bewust dat zij bijdroeg aan hetzelfde doel als de overige betrokken ondernemingen en heeft zij hieraan willen bijdragen. Zoals vastgesteld in paragraaf 5.2 van dit besluit was [onderneming X1] op de hoogte van de MTZ-Afspraak zoals deze sinds begin 2004 tussen importeurs van tractiebatterijen van toepassing was en de functie van MTZ-lijsten. Daarmee wist [onderneming X1] dat haar contact met Exide in december 2012 niet op zichzelf stond, maar aansloot bij de bestaande MTZ-Afspraak tussen sectie 3A-leden. Ook wist zij dat haar contact met Exide de MTZ-lijst voor het eerste kwartaal 2013 van Exide kon beïnvloeden en daarmee ook de door anderen te hanteren MTZ. [onderneming X1] wist voorts in welke context zij de daaropvolgende MTZ-lijsten van BMWT toegestuurd kreeg en van wie deze lijsten afkomstig waren.
124. Gelet op deze omstandigheden heeft [onderneming X1] naar het oordeel van de ACM in feite stilzwijgend ingestemd met de MTZ-Afspraak zoals deze eerder tussen importeurs van tractiebatterijen aangesloten bij sectie 3A van BMWT was gemaakt.⁷² De ACM neemt in dit verband in aanmerking dat [onderneming X1] op geen enkel moment heeft laten blijken niet betrokken te willen raken bij de haar bekende MTZ-afspraken die in BMWT-verband was gemaakt. In plaats van afstand te nemen, heeft [onderneming X1] zelf contact gelegd met Exide in december 2012 en in de periode 1 januari 2013 tot en

⁷² HvJ EU 21 januari 2016, zaak C-74/14 (*Euras*), ECLI:EU:C:2016:42.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

met 30 september 2013 de MTZ-lijsten verspreid door BMWT zonder commentaar in ontvangst genomen. Ook heeft zij vanaf begin 2013 daadwerkelijk een verhoging van de prijs van [vertrouwelijk] euro per ton bij afnemers in rekening heeft gebracht, in lijn met de hiervoor beschreven afstemming met Exide.

125. Ook aan het laatste criterium is voldaan. [Onderneming X1] kende de gedragingen van de andere betrokken ondernemingen.
126. De ACM concludeert gelet op het voorgaande dat [onderneming X1] heeft deelgenomen aan de een enkele en voortdurende inbreuk zoals vastgesteld in paragraaf 6.1 van dit besluit.
127. [Onderneming X1] en [onderneming X2] hebben in hun zienswijze ontkent dat [onderneming X1] vanaf 1 januari 2013 heeft deelgenomen aan de MTZ-Afspraak zoals deze sinds begin 2004 tussen importeurs van tractiebatterijen van toepassing was. De ACM heeft deze zienswijzen behandeld in paragraaf 5.2.2 van dit besluit. Zoals daar geconcludeerd, doen deze zienswijzen geen afbreuk aan de conclusie van de ACM dat [onderneming X1] heeft deelgenomen aan de MTZ-Afspraak. De ACM ziet dan ook geen aanleiding om in dit hoofdstuk een andere conclusie te trekken.

6.3 Juridische beoordeling deelname Faam

128. In dit onderdeel van het besluit beoordeelt de ACM of Faam met haar gedragingen beschreven in paragraaf 5.3 van dit besluit, heeft deelgenomen aan de enkele en voortdurende inbreuk zoals vastgesteld in paragraaf 6.1 van dit besluit. De ACM hanteert hiervoor dezelfde criteria zoals vermeld ten aanzien van [onderneming X1].
129. Zoals weergegeven in randnummer 119 van dit besluit, moet de ACM bewijzen dat:
 - 1) de onderneming betrokken is geweest bij één of meer gedragingen (die niet op zichzelf beschouwd een overtreding hoeven te vormen);
 - 2) de gedragingen van de ondernemingen gericht zijn op één en hetzelfde doel;
 - 3) de onderneming met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers;
 - 4) de onderneming de gedragingen van de andere ondernemingen kende, of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden.

Toepassing

130. De ACM is van oordeel dat in geval van Faam aan alle criteria is voldaan. Zoals vastgesteld in paragraaf 5.3 van dit besluit is zij vanaf begin 2004 tot en met 30 april

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

2013 bij de MTZ-Afspraak betrokken geweest. Zij is bij verschillende bijeenkomsten met andere sectie 3A leden aangaande de MTZ aanwezig geweest. Zij ontving als sectie 3A-lid in deze periode de MTZ-lijsten en de stukken van de vergaderingen van sectie 3A van BMWt. Faam heeft voorts daadwerkelijk MTZ ten aanzien van afnemers van tractiebatterijen gehanteerd. Zij heeft dat ook aan de overige sectie 3A-leden van BMWt gecommuniceerd.

131. Zoals reeds vastgesteld in paragraaf 6.1 van dit besluit dienden al deze gedragingen hetzelfde doel. De betrokkenheid van Faam bij deze gedragingen laat zien dat zij ook heeft willen bijdragen aan dit gemeenschappelijke doel en dat zij kennis had van de gedragingen van de andere ondernemingen.
132. De ACM concludeert gelet op het voorgaande dat Faam heeft deelgenomen aan de een enkele en voortdurende inbreuk zoals vastgesteld in paragraaf 6.1 van dit besluit.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

7 Overtreders

133. Op grond van artikel 56, eerste lid, Mw kan de ACM, ingeval van overtreding van artikel 6 Mw de overtreder beboeten. Onder overtreder wordt op grond van artikel 5:1, eerste lid, Awb onder meer verstaan degene die de overtreding pleegt. Daarbij is van belang tot wie het wettelijk voorschrift zich richt.⁷³ Artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU richten zich tot ondernemingen.⁷⁴
134. Zoals in hoofdstuk 2 van dit besluit vastgesteld, waren de betrokken ondernemingen, gedurende de periode van de inbreuk, alle actief op de import, distributie en verkoop van tractiebatterijen. Zij verrichtte economische activiteiten en zijn derhalve ondernemingen in de zin van artikel 1, aanhef en onder f, Mw.
135. Het begrip ‘onderneming’ is niet per se hetzelfde als het begrip ‘rechtspersoon’ dat in het civiele recht wordt gehanteerd. Een onderneming kan ook uit een samenstel van verschillende rechtspersonen bestaan.
136. In geval van moeder-dochterverhoudingen, kan volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie het gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden toegerekend, met name wanneer de dochtermaatschappij, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die hen verenigen.⁷⁵ Zij vormen in die situatie één economische eenheid (één onderneming).
137. Artikel 6 Mw en 101 VWEU richten zich tot ondernemingen, maar alleen juridische entiteiten kunnen aansprakelijk worden gesteld voor een inbreuk. De ACM moet daarom vaststellen welke juridische entiteit(en) de onderneming in de zin van de Mw die de overtreding heeft begaan, heeft (hebben) gedreven.

7.1 [Onderneming X]

138. [Onderneming X] is in de periode vanaf 1 januari 2013 tot en met 30 september 2013 betrokken geweest bij de afspraak. De rechtstreeks bij de gedragingen betrokken rechtspersoon is gedurende deze periode [onderneming X1] geweest.

⁷³ MvT bij de vierde tranche Awb, *Kamerstukken II* 2003/04 29 702, nr. 3, p. 77 e.v.

⁷⁴ ACM volgt hierbij de communautaire mededingingsregels, zie artikel 1, onder f, Mw.

⁷⁵ HvJ EU 10 september 2009, C-97/08 ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo N.V.*), r.o. 58.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

139. [Onderneming X2] was in genoemde periode 100%-aandeelhouder van [onderneming X1]. De ACM neemt daarom conform de Europese rechtspraak aan dat [onderneming X2] beslissende invloed heeft uitgeoefend op het commerciële beleid van [onderneming X1]. [Onderneming X2] betwist dit niet.
140. De ACM rekent de overtreding van [onderneming X] toe aan [onderneming X1] en [onderneming X2]. Beide rechtspersonen zijn overtreder in de zin van artikel 5:1, eerste lid, Awb.

7.2 Faam - ERA

141. Faam Benelux B.V. was in de periode van 15 januari 2004 tot en met 30 april 2013 rechtstreeks bij de gedragingen betrokken. Met ingang van 19 november 2013 heeft Faam Benelux B.V. haar activiteiten gestaakt. Op 3 november 2016 is Faam Benelux B.V. door de Kamer van Koophandel ontbonden wegens gebrek aan baten. Zoals opgemerkt in hoofdstuk 3 van dit besluit, richt de ACM daarom geen besluit tot deze entiteit.
142. Era S.R.L. is een 'Società di responsabilità limitata' naar Italiaans recht (hierna ook: ERA). ERA hield middellijk 100% van de aandelen in Faam vanaf 6 oktober 2010 tot en met het 30 april 2013. De ACM neemt daarom conform de Europese rechtspraak aan dat Era S.R.L. in genoemde periode beslissende invloed heeft uitgeoefend op het commerciële beleid van Faam Benelux B.V.
143. De ACM rekent de overtreding toe aan Era S.R.L. Era S.R.L. is overtreder in de zin van artikel 5:1, eerste lid, Awb.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

8 Sanctie

8.1 Juridisch kader

144. Ingevolge artikel 56 Mw en artikelen 88 en 89 Mw heeft de ACM bij de vaststelling van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw respectievelijk een overtreding van artikel 101, eerste lid, VwEU, de bevoegdheid een boete op te leggen. De boete bedraagt op grond van artikel 57, eerste lid, Mw ten hoogste 450.000 euro of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking (hierna: het wettelijk boetemaximum). Conform artikel 5:46 Awb stemt de ACM de boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten.
145. De ACM past de meest recente boetebeleidsregels toe die golden ten tijde van de overtreding. In deze zaak zijn dit de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 19 april 2013 (hierna de Boetebeleidsregels).⁷⁶
146. Op grond van de Boetebeleidsregels stelt de ACM de boete vast op basis van de hierna volgende stappen. Dit besluit behandelt de vaststelling van de boetes van de twee partijen aan wie dit besluit is gericht. De wijze waarop de ACM de boetes vaststelt in dit besluit en de wijze waarop de ACM de boetes vaststelt in het aparte besluit geadresseerd aan de partijen die meewerken aan vereenvoudigde afdoening is hetzelfde. Alleen de partijen die meewerken aan vereenvoudigde afdoening komen in aanmerking voor een boeteverlaging wegens verdergaande medewerking.

8.2 Boetegrondslag

8.2.1 Betrokken omzet

147. Het startpunt bij de boetetoemeting is de vaststelling van de boetegrondslag. Ingevolge artikel 2.4, eerste lid, van de Boetebeleidsregels baseert de ACM de boetegrondslag bij een overtreding als de onderhavige op de betrokken omzet van de overtreder.
148. De betrokken omzet wordt in artikel 2.2, onder b, van de Boetebeleidsregels gedefinieerd als de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met levering van goederen en diensten waarop die overtreding betrekking heeft,

⁷⁶ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 19 april 2013, nr. WJZ / 12366159, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving, waarvan de Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving, Staatscourant 2013 nr. 11214, 24 april 2013.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen. In deze zaak is dit de omzet behaald met de verkoop van tractiebatterijen bestemd voor mobiel intern transport in Nederland in de periode van de overtreding.

149. De hoogte van de betrokken omzet bepaalt de ACM op basis van omzetgegevens die door de partijen verstrekt zijn. Artikel 2.5 van de Boetebeleidsregels bepaalt dat ACM een boetegrondslag hanteert van 10% van de betrokken omzet van de overtreder.

8.2.2 Zienswijze [onderneming X] en beoordeling ACM

150. [onderneming X] stelt dat de ACM een boete aan [onderneming X] hoogstens kan baseren op de omzet die [onderneming X1] heeft gerealiseerd met het hanteren van een aparte [vertrouwelijk] bij de verkoop van tractiebatterijen. [Onderneming X1] stelt dat zij vrijwel altijd werkt met [vertrouwelijk]. Een uitzondering hierop vormt een beperkte groep van afnemers die een apart gespecificeerde loodcorrectie wensen. Daarnaast stelt [onderneming X] dat alleen het gedeelte loodtoeslag als betrokken omzet kan worden gehanteerd.
151. De ACM volgt [onderneming X] niet in haar stellingen. Deze stellingen vinden geen steun in het boetebeleid van de ACM, noch in Nederlandse of Europese rechtspraak. De Boetebeleidsregels bepalen dat de betrokken omzet bestaat uit de opbrengt die is behaald met levering van goederen en diensten waarop de overtreding betrekking heeft. In deze zaak is dit de levering van tractiebatterijen.
152. Als de overtreding, zoals in dit geval, ziet op een bepaald onderdeel van de prijs van een product of dienst, dan maakt dat het product of de dienst waarop de overtreding betrekking heeft niet anders. De loodtoeslag is op zichzelf geen goed of dienst die door [onderneming X] wordt geleverd en wordt ook niet los van de tractiebatterij geleverd of in rekening gebracht. Ook niet als het als apart onderdeel van de prijs op de factuur wordt vermeld. Het is een inherent onderdeel van de prijs van een tractiebatterij. De omzet met de levering van tractiebatterijen behoort dan ook in zijn geheel tot de betrokken omzet.⁷⁷
153. Ook de stelling van [onderneming X] dat alleen de verkopen aan afnemers die een [vertrouwelijk] wensten tot de betrokken omzet zou moeten worden gerekend, vindt geen steun in het boetebeleid van ACM, noch rechtspraak daarover. De betrokken omzet is niet beperkt tot omzet uit verkopen die rechtstreeks of aantoonbaar door de overtreding zijn beïnvloed. Het betreft een parameter bij de boetevaststelling die beoogt de

⁷⁷ Zie ook bijvoorbeeld Gerecht EU 29 februari 2016, T-264/12 ECLI:EU:T:2016:112 (*UTi Worldwide - Freight Forwarding*), r.o. 253-268.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

boetehoogte te laten aansluiten bij de economische relevantie van de overtreding en het aandeel van de betreffende onderneming daarin.⁷⁸ Mede gelet op hetgeen hierboven onder randnummer 69-76 is vermeld, kan bovendien worden aangenomen dat de MTZ-afspraken en de via BMW T verspreide kwartaal MTZ-lijsten op zijn minst indirect van betekenis waren voor de leveringen waarbij [onderneming X] een [vertrouwelijk] hanteerde.

8.2.3 Boetegrondslag

154. Gelet op het bovenstaande bedraagt de boetegrondslag voor [onderneming X] 259.227 euro.
155. De ACM beschikt niet over omzetgegevens van de voormalig dochteronderneming van Era, Faam Benelux B.V.⁷⁹ Het dossier bevat wel informatie op basis waarvan een schatting kan worden gemaakt van de omvang van de betrokken omzet van Faam Benelux B.V. in de periode dat zij (indirect) een 100% dochter was van Era.⁸⁰ Op basis van deze informatie schat de ACM dat de betrokken omzet van FAAM in deze periode rond de 4.000.000 euro ligt. Dit resulteert in een boetegrondslag van 400.000 euro.

8.3 Basisboete

156. De ACM bepaalt de basisboete door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een ernstfactor. De ernstfactor weerspiegelt de ernst van de overtreding. Ingevolge artikel 2.6 van de Boetebeleidsregels stelt de ACM de ernstfactor vast op ten hoogste vijf.
157. De ACM neemt in deze zaak het volgende in aanmerking bij het vaststellen van de hoogte van de ernstfactor.
158. De onderhavige gedragingen kwalificeren als een prijsafspraken. De gedragingen van partijen zagen op een relevant onderdeel van de prijs van tractiebatterijen. De afspraak beoogde het doorberekenen van fluctuaties in de prijs van een belangrijke kostencomponent – lood – aan de afnemers op een zodanig manier dat deze door de afnemers geaccepteerd zouden worden. Dit was van belang voor de importeurs van

⁷⁸ Zie onder meer de toelichting bij artikel 2.3 van de Boetebeleidsregel 2013 en CBb 6 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:272 (Plantuien), r.o. 7.3.12. Zie ook bijvoorbeeld HvJ EU 11 juli 2013, C-444/11 P, Team Relocations NV/Commissie, r.o. 73 – 83.

⁷⁹ Era heeft niet gereageerd op de uitnodiging voor het indienen van een schriftelijke zienswijze op het rapport en het bijwonen van de hoorzitting. Faam Benelux B.V. heeft met ingang van 19 november 2013 haar activiteiten gestaakt en is op 3 november 2016 ontbonden.

⁸⁰ Dossierstuk 219 (7615/378), document ID_725213827069; prognoses van Faam voor het jaar 2012.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

tractiebatterijen gelet op de onder druk staande marges. De manier waarop importeurs omgaan met kostenstijgingen maakt onderdeel uit van de wijze waarop zij met elkaar concurreren. Bij de afspraak waren de voornaamste importeurs van tractiebatterijen in Nederland betrokken.

159. De ACM neemt voorts in aanmerking dat de loodtoeslag herleidbaar was tot een objectieve en transparante variabele, de koers van lood op de LME. Dit had tevens tot gevolg dat de loodtoeslag niet enkel omhoog ging wanneer de loodprijs steeg maar ook omlaag ging wanneer de loodprijs daalde. Gedurende de periode van de overtreding fluctueerde de prijs van lood, met een sterke stijging tijdens het begin van de overtreding. Daarnaast bleef sprake van concurrentie op het overige gedeelte van de prijs. In de praktijk kwamen beperkte verschillen voor in de MTZ-lijsten die de betrokken ondernemingen jegens hun afnemers hanteerden. Zo hadden sommige importeurs een eigen MTZ-lijst of hanteerden zij voor sommige klanten een specifieke MTZ-lijst. Deze weken niet wezenlijk af van de via de BMWT onder de leden van sectie 3A verspreide referentielijst. Het kwam ook voor dat importeurs toch korting gaven op de MTZ.
160. Al het voorgaande in overweging nemend acht de ACM een ernstfactor van 2,25 voor deze overtreding passend.
161. Dit resulteert voor [onderneming X] in een basisboete van 583.261 euro.
162. Voor Era resulteert dit in een basisboete van 900.000 euro.

8.4 Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

8.4.1 Zienswijze [onderneming X] en beoordeling ACM

163. [onderneming X] stelt dat het feit dat een onderneming niet heeft deelgenomen aan bepaalde aspecten van een inbreuk in ieder geval moet worden meegenomen als verzachtende omstandigheid bij de boetevaststelling. Ook moet de intensiteit en de mate van participatie en de implementatie van de mededingingsbeperkende gedragingen naar het oordeel van [onderneming X] als verzachtende omstandigheid worden meegenomen.
164. [Onderneming X] voert aan dat [onderneming X1] aan het begin van de overtreding nog niet bestond, pas in [vertrouwelijk] is opgericht en pas in 2012 lid is geworden van BMWT. Daarnaast stel zij dat [onderneming X] slechts 3 lijsten van de BMWT heeft ontvangen, niet in de positie was om deze BMWT-lijst te volgen en slechts op een enkele BMWT bijeenkomst aanwezig was, waar de loodtoeslag nooit ter sprake is gekomen. Dit rechtvaardigt volgens [onderneming X] een aanzienlijke reductie van een boete.

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

165. De ACM volgt [onderneming X] niet in haar stelling dat bovenstaande omstandigheden voor [onderneming X] tot een boeteverlaging zouden moeten leiden. De beperktere betrokkenheid van [onderneming X], gelegen in de feiten dat zij in [vertrouwelijk] is opgericht, in 2012 lid is geworden van BMWT en slechts drie MTZ-lijsten heeft ontvangen, is weerspiegeld in de duur van de betrokkenheid bij de overtreding die [onderneming X] wordt verweten. Deze beperkte duur heeft tot gevolg dat de ACM alleen de betrokken omzet in aanmerking neemt uit de eerste negen maanden van 2013 waarin [onderneming X] betrokken was bij de overtreding
166. De door [onderneming X] aangevoerde feiten en omstandigheden zijn dus al verdisconteerd in de boete via de duur van de overtreding. De ACM ziet geen aanleiding om ten aanzien van [onderneming X] boeteverlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.

8.4.2 Conclusie

167. De ACM ziet in onderhavige zaak geen aanleiding om boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.

8.5 Toetsing aan het wettelijk boetemaximum

168. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de boete voor overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw ten hoogste 450.000 euro of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Gelet op de door de [onderneming X] overgelegde omzetgegevens, stelt de ACM vast dat ten aanzien van [onderneming X] dit maximum niet wordt overschreden.
169. Op basis van in Italië gedeponeerde gegevens stelt de ACM vast dat het wettelijk boetemaximum voor Era 450.000 euro bedraagt.
170. Aangezien de basisboete voor Era het boetemaximum van 450.000 euro overstijgt, stelt de ACM de boete voor Era vast op 450.000 euro.

8.6 Conclusie

171. ACM stelt op basis van alle hiervoor genoemde stappen de volgende boetes vast. De boetes zijn, conform art. 1.4 van de Boetebeleidsregel naar beneden afgerond op een veelvoud van 500 euro.

Partij	Boete
[Onderneming X]	583.000 euro
Era	450.000 euro

Bij uitspraak van 20 juni 2019 heeft de Rechtbank Rotterdam de aan onderneming X1 en onderneming X2 (samen ook onderneming X) opgelegde boete vernietigd. De ACM heeft zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank.

Besluit Openbaar

9 Besluit

I. De Autoriteit Consument en Markt:

- legt aan [onderneming X1], gevestigd te [vertrouwelijk] en [onderneming X2], gevestigd te [vertrouwelijk] een boete op van 583.000,-- euro, waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- legt aan Era S.R.L., gevestigd te Giulianova (TE), Italië, een boete op van 450.000,-- euro;

II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde (rechts-)personen afzonderlijk.

Den Haag, 30 juni 2017

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. C.A. Fonteijn
Bestuursvoorzitter

**Pagina
42/42**

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij de Autoriteit Consument en Markt. Het postadres is: Autoriteit Consument en Markt, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

ACM wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift ACM te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien ACM uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien ACM uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door ACM worden behandeld.