

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 5965_1/320

Betreft zaak: 5965 / Producenten isolerend dubbelglas

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet.

INHOUDSOPGAVE

1	INLEIDING	3
1.1	De onderzoeksfase	3
1.2	De sanctiefase	4
1.3	De betrokken ondernemingen	5
1.4	Het rapport	6
1.5	Opbouw van dit besluit	7
2	PROCEDUREEL ASPECT: SCHRIFTELIJKE ZIENSWIJZE PILKINGTON	8
3	BESCHRIJVING VAN DE MARKT	9
3.1	Het product	9
3.2	De producenten	11
3.3	Relatie producent – afnemer en rol prijs daarin	13
3.4	Marktontwikkelingen in de periode 2002 - 2006	15
4	FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN TEN AANZIEN VAN DE GEDRAGINGEN	16
4.1	De clementieverzoeken	16
4.2	Afspraak over een procentuele prijsverhoging	17
	Aanloop / achtergrond bijeenkomsten	17
	Bijeenkomst van 18 mei 2004	17
	Bijeenkomst van 29 september 2004	20
	Bijeenkomst van 18 januari 2005	23
	Bijeenkomst van 16 maart 2005	24
	Verstuurde prijsverhogingsbrieven	25
	Tussenconclusie	27
	Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad	30
	Conclusie met betrekking tot afspraak over een procentuele prijsverhoging	33

4.3	Afspraak over minimumprijzen	34
	Tussenconclusie	38
	Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad	39
	Conclusie met betrekking tot minimumprijzen	40
5	JURIDISCHE BEOORDELING	40
5.1	Beoordeling artikel 6 Mw	40
5.1.1	Onderneming	40
5.1.2	Overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging	40
	Kader	40
	Toepassing op de feiten en omstandigheden van deze zaak	43
	Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad	46
5.1.3	Mededingingsbeperkende strekking	50
	Kader	50
	Toepassing op de feiten en omstandigheden van deze zaak	51
	Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad	54
5.1.4	Merkbaarheid	54
5.1.5	Artikel 6, derde lid, Mw	56
5.1.6	Conclusie artikel 6 Mw	57
5.2	Duur van de overtreding	57
	Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad	58
5.3	Beoordeling artikel 101 VWEU	59
6	TOEREKENING	60
7	SANCTIE	61
7.1	Beoordelingskader	61
7.2	Boetgrondslag	62
7.3	De ernst van de overtreding	64
7.4	Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden	69
7.5	Wettelijk maximum	71
7.6	Clementie AGC en Saint-Gobain	71
7.7	Conclusie	74
	BESLUIT	75

1 INLEIDING

1.1 De onderzoeksfase

1. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) heeft op 15 februari 2007¹ ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) en/of artikel 81, eerste lid, Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (thans artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, hierna: artikel 101 VWEU) door ondernemingen die onder meer actief zijn op het gebied van productie en verkoop van isolerend dubbelglas.
2. Het onderzoek is gestart naar aanleiding van een clementieverzoek van Asahi Glass Company Ltd., gevestigd te Tokyo, en al haar dochterondernemingen, waaronder Glaverbel N.V. Zij hebben naar aanleiding van dit clementieverzoek een voorwaardelijke clementietoezegging gekregen, inhoudende dat aan hen ter zake van de overtreding geen boete wordt opgelegd.² De Raad hanteert hierna voor deze clementieverzoeker ook: AGC.
3. Het onderzoek betrof de ondernemingen AGC Flat Glass Nederland B.V. (voorheen Glaverbel Nederland B.V., hierna ook: AGC), Koninklijke Saint-Gobain Glass Nederland N.V. (hierna ook: Saint-Gobain), Scheuten Glas Nederland B.V. (voorheen Scheuten Glasgroep B.V., hierna ook: Scheuten) en Pilkington Benelux B.V. (hierna ook: Pilkington). Deze ondernemingen worden hierna ook gezamenlijk aangeduid als de "betrokken ondernemingen".
4. Het onderzoek betrof het uitwisselen van informatie betreffende verkopen, marktontwikkelingen en prijzen, alsmede bilaterale gesprekken over individuele klanten en het afstemmen van prijsstijgingen en de implementatie daarvan.
5. Gedurende het onderzoek heeft de NMa op 3 oktober 2007 bij Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington bedrijfsbezoeken uitgevoerd. Daarbij is inzage gevorderd in schriftelijke gegevens en bescheiden en zijn hiervan kopieën gemaakt. Verder zijn op de verschillende locaties forensische images c.q. digitale kopieën gemaakt van digitale omgevingen conform de hiervoor geldende digitale werkwijze.
6. Gedurende het bij haar uitgevoerde bedrijfsbezoek heeft Saint-Gobain een clementieverzoek ingediend. Saint-Gobain heeft naar aanleiding van dit clementieverzoek

¹ Zie dossierstuk 5965_1/2 (volgnummer 15).

² Zie dossierstuk 5965_2/11 (volgnummer 6).

een voorwaardelijke clementietoezegging gekregen, inhoudende dat aan haar een boetevermindering van 30% zal worden toegekend.³

7. Gedurende het onderzoek hebben ambtenaren van de NMa mondelinge verklaringen afgenomen van in totaal elf personen die op enigerlei wijze betrokken waren.
8. Van de bedrijfsbezoeken en van de verklaringen zijn verslagen van ambtshandelingen opgemaakt, die zijn opgenomen in het dossier.
9. Gedurende het onderzoek heeft de NMa inlichtingen gevorderd bij producenten van isolerend dubbelglas in Nederland, Duitsland en België. Tevens heeft de NMa inlichtingen gevorderd bij 23 afnemers van isolerend dubbelglas.
10. Op 27 juli 2009 is het geheel van feiten uit het onderzoek aan de in deze procedure betrokken partijen verzonden.⁴ AGC, Saint-Gobain en Scheuten hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om te reageren op dit feitencomplex.⁵

1.2 De sanctiefase

11. Na afloop van het onderzoek bestond een redelijk vermoeden dat de betrokken ondernemingen artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VWEU hebben overtreden. In opdracht van de Raad heeft de directeur van de Directie Mededinging van de NMa een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (hierna: het rapport) opgemaakt.
12. Het rapport is op 31 augustus 2009 toegezonden aan de in deze zaak betrokken partijen.
13. De behandeling van deze zaak is na het opmaken van het rapport overgedragen aan de Juridische Dienst van de NMa.
14. Op 11 januari 2010 zijn de op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage gelegd ten kantore van de NMa en tevens aan de in deze zaak betrokken partijen toegezonden, welke stukken uiterlijk 14 januari 2010 door hen zijn ontvangen. Bij brieven van 5 februari, 9 februari en 1 maart 2010 heeft de NMa stukken nagezonden. Overeenkomstig artikel 60, eerste lid, Mw heeft de Raad de betrokken ondernemingen opgeroepen schriftelijk of mondeling hun zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen.

³ Zie dossierstukken 5965_3/24 en 5965_3/75 (volgnummers 71 en 271).

⁴ Zie dossierstukken 5965_2/110, 5965_3/73, 5965_4/94 en 5965_5/74 (volgnummer 266).

⁵ Zie dossierstukken 5965_2/113, 5965_3/74 en 5965_4/96 (volgnummers 272, 269 en 270).

15. AGC, Saint-Gobain en Scheuten hebben elk een schriftelijke zienswijze ingediend. Pilkington heeft eveneens een schriftelijke zienswijze ingediend, maar deze nadien ingetrokken, omdat zij niet kon instemmen met toezending van een niet-vertrouwelijke versie aan de andere in deze zaak betrokken partijen.⁶
16. Op 10 maart 2010 hebben AGC, Saint-Gobain en Scheuten ten kantore van de NMa hun zienswijze mondeling naar voren gebracht. Pilkington heeft hiervan afgezien. Van de hoorzitting is ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw een verslag opgemaakt. Dit verslag is 12 mei 2010 aan de betrokken ondernemingen toegezonden, waarbij AGC, Saint-Gobain en Scheuten in de gelegenheid zijn gesteld hierover opmerkingen te maken. AGC en Saint-Gobain hebben hiervan gebruik gemaakt. De opmerkingen zijn aan het dossier toegevoegd.
17. Op 16 maart 2010 heeft de NMa de betrokken ondernemingen in de gelegenheid gesteld om tot en met 6 april 2010 schriftelijk te reageren op de inhoud van de door de NMa bij brieven van 5 februari, 9 februari en 1 maart 2010 nagezonden stukken. Geen van de betrokken ondernemingen heeft hiervan gebruik gemaakt.

1.3 De betrokken ondernemingen

18. AGC Flat Glass Nederland B.V. is sinds 31 augustus 2007 de statutaire naam van de onderneming die in het onderzoek naar voren is gekomen onder de statutaire naam Glaverbel Nederland B.V. AGC Flat Glass Nederland B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, die statutair is gevestigd te Tiel. AGC Flat Glass Nederland B.V. houdt zich blijkens het Handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna: Handelsregister) bezig met de vlakglasindustrie. Sinds 6 december 1995 is de onderneming die tegenwoordig de statutaire naam AGC Nederland Holding B.V. (voorheen: Glaverbel Nederland Holding B.V.) draagt, enig aandeelhouder van de onderneming die thans statutair AGC Flat Glass Nederland B.V. heet. AGC Nederland Holding B.V. is statutair gevestigd te Tiel.
19. Koninklijke Saint-Gobain Glass Nederland N.V. is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, die statutair is gevestigd te Veenendaal. Koninklijke Saint-Gobain Glass Nederland N.V. houdt zich blijkens het Handelsregister onder meer bezig met de productie van en de handel in glas.
20. Scheuten Glas Nederland B.V. is sinds 22 oktober 2007 de statutaire naam van de onderneming die daarvoor de statutaire naam Scheuten Glasgroep B.V. voerde. Scheuten

⁶ Zie hierover hoofdstuk 2 van dit besluit.

Glas Nederland B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, die statutair is gevestigd te Venlo. Scheuten Glas Nederland B.V. houdt zich blijkens het Handelsregister onder meer bezig met het produceren, bewerken, verwerken en plaatsen van glas en glasconstructies.

21. Pilkington Benelux B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, die statutair is gevestigd te Amsterdam. Pilkington Benelux B.V. houdt zich blijkens het Handelsregister bezig met de handel in vlakglas, isolatieglas en alle aanverwante producten. Sinds 27 januari 1981 is Pilkington International Holdings B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, enig aandeelhouder van Pilkington Benelux B.V. Sinds 6 maart 2002 is Pilkington Nederland (No. 3) B.V. enig aandeelhouder van Pilkington International Holdings B.V. Pilkington Nederland (No. 3) B.V. is statutair gevestigd te Amsterdam.⁷

1.4 Het rapport

22. Hierna zal kort worden samengevat welke conclusies het rapport bevat ten aanzien van de feiten en omstandigheden en de juridische beoordeling. In het rapport worden AGC, Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington tezamen aangeduid als de 'Deelnemende ondernemingen'.

Conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden

23. In randnummer 129 van het rapport wordt ten aanzien van de feiten en omstandigheden geconcludeerd dat de Deelnemende ondernemingen in de jaren 2004 en 2005 op verschillende momenten bij elkaar zijn gekomen om afspraken te maken over de verhoging van de prijzen van isolerend dubbelglas met een percentage van 10 à 12%. De Deelnemende ondernemingen hebben afgesproken deze prijsverhoging door te voeren in twee stappen, één in 2004 en één in 2005. Deze verhoging in twee stappen heeft ook daadwerkelijk plaatsgevonden, hetgeen onder meer blijkt uit de door de Deelnemende ondernemingen aan hun klanten verzonden prijsverhogingsbrieven. Verder wordt geconcludeerd dat de Deelnemende ondernemingen ook afspraken hebben gemaakt over de minimaal te hanteren prijzen voor grote individuele klanten waarvan bij voorbaat vaststond dat de volledige doorberekening van 10 à 12% niet zou worden geaccepteerd. Het vaststellen van een minimumprijzlijst had ten doel te voorkomen dat de Deelnemende ondernemingen tegen elkaar zouden worden uitgespeeld door grote klanten waardoor de afgesproken prijsverhogingen niet gerealiseerd zouden kunnen worden, aldus het rapport.

⁷ AGC, Saint-Gobain en Pilkington maken deel uit van grote, wereldwijd opererende concerns. Zie voor een beschrijving van (delen van) deze concerns de beschikkingen van de Europese Commissie van 12 november 2008 (COMP/39.125-Carglass) en 28 november 2007 (COMP/39.165-Flat glass).

De juridische beoordeling in het rapport

24. In randnummer 164 van het rapport wordt geconcludeerd dat alle Deelnemende ondernemingen hebben deelgenomen aan één enkele voortdurende overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging door in de periode van 18 mei 2004 tot 4 oktober 2005 afspraken te maken over het gezamenlijk verhogen van de prijzen voor isolerend dubbelglas en over te hanteren minimumprijzen.
25. Het afstemmen van prijsverhogingen en minimumprijzen c.q. het maken van afspraken ter zake strekt ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw te beperken dan wel te vervalsen en was merkbaar. De onderhavige overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging komt niet in aanmerking voor toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 6, derde lid, Mw, aldus randnummer 163 van het rapport.
26. In randnummer 178 van het rapport wordt verder geconcludeerd dat voor eenzelfde periode eveneens sprake is van een overtreding van artikel 101 VWEU door alle Deelnemende ondernemingen. Daarbij is aangegeven dat de in dit rapport beschreven overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging de tussenstaatse handel ongunstig kon beïnvloeden in de zin van artikel 101, eerste lid, VWEU en dat toetsing aan artikel 101, eerste en derde lid, VWEU op geen enkele wijze afwijkt van de toetsing aan artikel 6, eerste en derde lid, Mw.
27. Blijkens randnummer 180 van het rapport zijn de rechtspersonen waaraan de overtreding wordt toegerekend AGC Flat Glass Nederland B.V., Koninklijke Saint-Gobain Glass Nederland N.V., Scheuten Glas Nederland B.V. en Pilkington Benelux B.V. De overtreding is blijkens randnummer 181 van het rapport mede toegerekend aan AGC Nederland Holding B.V., Scheuten Glass Holding B.V., Pilkington International Holdings B.V. en Pilkington Nederland (No. 3) B.V. op basis van beslissende invloed die voortvloeit uit 100% aandeelhouderschap.

1.5 Opbouw van dit besluit

28. Hierna wordt in hoofdstuk 2 eerst een procedureel aspect van deze zaak besproken. In hoofdstuk 3 wordt vervolgens een beschrijving van de markt gegeven. In hoofdstuk 4 worden de feiten en omstandigheden met betrekking tot de specifieke gedragingen in deze zaak vastgesteld. Hoofdstuk 5 behandelt de juridische beoordeling, mede gelet op de door de betrokken ondernemingen ingebrachte zienswijzen. In hoofdstuk 6 wordt de toerekening behandeld. Vervolgens geeft de Raad in hoofdstuk 7 zijn overwegingen omtrent het opleggen van een boete mede naar aanleiding van de op dat punt in de zienswijze ingebrachte argumenten. Ten slotte volgt het dictum.

2 PROCEDUREEL ASPECT: SCHRIFTELIJKE ZIENSWIJZE PILKINGTON

29. Pilkington heeft op 1 maart 2010 bij de NMa een schriftelijke zienswijze ingediend.⁸ Zij heeft daarbij aangegeven zich niet te kunnen verenigen met toezending daarvan aan de andere drie in het rapport genoemde ondernemingen, nu daarvoor volgens haar geen wettelijke grondslag bestaat. Pilkington heeft daartoe onder meer gesteld dat sprake is van vier afzonderlijke, bilaterale sanctieprocedures tegen de vier in het rapport genoemde ondernemingen. Volgens haar zijn deze vier ondernemingen geen belanghebbenden, als bedoeld in artikel 60, tweede lid, Mw, bij elkaars procedure en kan de zienswijze ook niet worden aangemerkt als een op de zaak betrekking hebbend stuk in de zin van deze bepaling. Voorts verzet ook artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) zich tegen toezending van de in zijn geheel vertrouwelijke zienswijze aan de andere in het rapport genoemde ondernemingen, aldus Pilkington.
30. De NMa heeft Pilkington bij brief van 5 maart 2010 gemotiveerd te kennen gegeven dat haar schriftelijke zienswijze aan het onverdeelde en voor alle partijen toegankelijke dossier dient te worden toegevoegd. Daarbij heeft zij Pilkington in de gelegenheid gesteld om, voordat de NMa tot verzending van de zienswijze overgaat, uiterlijk 12 maart 2010 ten aanzien van specifieke gegevens en passages een gemotiveerde vertrouwelijkheidsclaim in te dienen dan wel, indien Pilkington daaraan de voorkeur geeft, de zienswijze in te trekken. Daarop heeft Pilkington op 12 maart 2010 - onder protest - haar zienswijze ingetrokken.
31. Naar het oordeel van de Raad kan in het midden blijven of artikel 60, tweede lid, Mw een uitdrukkelijke en specifieke grondslag biedt voor de praktijk van de NMa om de bij een sanctieprocedure betrokken partijen kennis te laten nemen van elkaars zienswijze. Van belang is dat geen wettelijke bepaling zich verzet tegen een dergelijke inrichting van de procedure die bovendien in overeenstemming is met algemeen aanvaarde rechtsbeginselen. De Raad merkt daarbij nog op dat Pilkington haar beroep op artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob slechts in algemene bewoordingen heeft gedaan en niet nader heeft onderbouwd.
32. De Raad benadrukt in dit verband dat hij grote waarde hecht aan de bestendige praktijk van de NMa om de bij een sanctieprocedure betrokken ondernemingen ter voorbereiding op de hoorzitting kennis te laten nemen van elkaars schriftelijke zienswijzen, voor zover

⁸ Pilkington heeft dit onder protest gedaan, omdat zij – naar zij stelt – als gevolg van de gebrekkige wijze waarop de NMa toegang tot het dossier heeft verleend en de weigering van de NMa om de termijn voor het indienen van de zienswijze te verlengen, haar rechten van verdediging niet volledig heeft kunnen uitoefenen.

nodig ontdaan van bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Zo kan immers toepassing worden gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor en optimaal inhoud worden gegeven aan de rechten van de verdediging van de andere betrokken ondernemingen. Toezending van de schriftelijke zienswijze aan de andere betrokken ondernemingen is voorts van groot belang voor de NMa zelf, om tot een afgewogen oordeel te kunnen komen, met name op het punt van de waardering van de bewijsmiddelen en de verschillende rollen die de betrokken ondernemingen mogelijkwerwijs hebben gespeeld.

33. De Raad wijst er tot slot op dat, anders dan Pilkington suggereert, ook de Europese Commissie “may, in the interest of fair and effective enforcement, give one or more of the parties a copy of the non-confidential version (or specific excerpts thereof) of the other parties’ written replies to the Statement of Objections and give them the opportunity to submit their comments”⁹. Overigens is de NMa niet gebonden aan de Europese procedures betreffende de artikelen 101 en 102 VWEU.

3 BESCHRIJVING VAN DE MARKT

34. In het navolgende beschrijft de Raad de markt voor isolerend dubbelglas. Daarbij wordt ingegaan op de kenmerken van het product isolerend dubbelglas, de ondernemingen die op deze markt actief zijn, de relatie tussen producenten en afnemers en de wijze waarop de prijs van isolerend dubbelglas tot stand komt alsook de marktontwikkelingen ten tijde van de voor deze zaak relevante periode.

3.1 Het product

35. Deze zaak heeft betrekking op gedragingen van ondernemingen die actief zijn op het gebied van de productie en de verkoop van isolerend dubbelglas in Nederland. Isolierend dubbelglas wordt gemaakt van bladen vlakglas. De meest gebruikte productievorm van vlakglas is het zogenoemde “floatglass”. Floatglass dankt zijn naam aan het in 1959 door het Pilkington-concern ontwikkeld floatprocedé voor de productie van vlakglas, waarbij een glaskwaliteit ontstaat die vergelijkbaar is met spiegelglas, echter zonder de nabewerking van slijpen en polijsten.¹⁰ In het navolgende worden vlakglas en floatglass door elkaar gebruikt.

⁹ Zie randnummer 89 van de “Best practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 en 102 TFEU” van de Europese Commissie, die vanaf 6 januari 2010 wordt toegepast.
http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_best_practices/index.html.

¹⁰ Zie dossierstuk 5965_1/93, Notitie Dubbelglas, Marktgegevens isolierend glas, NMa CT RI IMR, 16 juli 2007, p. 2 e.v., en dossierstuk 5965_1/66, memo Marktafbakening, p. 2 e.v. (volgnummers 261 en 253).

36. Isolerend dubbelglas wordt gemaakt van twee (of meer) bladen vlakglas, die onder geconditioneerde omstandigheden met een kokerprofiel aan elkaar worden gelijmd, zodat tussen de glasbladen een hermetisch afgesloten ruimte met droge lucht wordt gecreëerd die voor een goede thermische isolatie zorgt. Tegenwoordig vervangt men de lucht tussen de glasdelen door de beter isolerende edelgassen argon, krypton of xenon.
37. In de glasbranche worden de termen isolatieglas HR, isolatieglas HR+ en isolatieglas HR++ gebruikt voor de verschillende soorten isolerend dubbelglas met een verbeterde thermische isolatie. HR-glas bestaat net als gewoon isolerend dubbelglas uit twee ruiten (glasbladen) met een ruimte (spouw) ertussen. De spouwzijde van de binnenruit is voorzien van een flinterdunne metaallaag waardoor warmtestraling in de woning wordt teruggedraaid en zonnestraling wordt doorgelaten. Bij HR+-glas en HR++-glas bevat de vergrote spouw bovendien een goed isolerend edelgas.¹¹ De dikte van de glasbladen kan variëren. In de praktijk worden in de naam naast de aanduiding van het type glas ook in cijfers de opbouw en de dikte van de glasbladen aangegeven.¹²
38. Uit het marktonderzoek dat door de NMa onder afnemers en producenten van isolerend dubbelglas is verricht blijkt dat de afnemers van isolerend dubbelglas kunnen worden onderverdeeld in verschillende segmenten, te weten schilders/glaszetters, groothandels in glasproducten, producenten van raamkozijnen en gevels, en aannemers.¹³
39. Uit dit onderzoek komt voorts naar voren dat zowel afnemers als producenten over het algemeen geen alternatief product zien voor isolerend dubbelglas dat dezelfde eigenschappen heeft als isolerend dubbelglas.¹⁴ Zo geeft het merendeel van afnemers en producenten aan dat isolerend dubbelglas niet kan worden vervangen door andere soorten glas.¹⁵ Ten aanzien van de onderlinge uitwisselbaarheid van de verschillende soorten isolerend dubbelglas zijn de meningen van afnemers verdeeld; enige substitutie lijkt wel mogelijk te zijn.

¹¹ Zie dossierstuk 5965_1/93, Notitie Dubbelglas, Marktgegevens isolerend glas, NMa CT RI IMR, 16 juli 2007, p. 4 e.v., en dossierstuk 5965_1/66, memo Marktafbakening, p. 2 e.v. (volnummers 261 en 253).

¹² Zie bijvoorbeeld dossierstuk 5965_5/63, paginanummer 59650050030061, bij Pilkington aangetroffen prijslijst (volgnummer 190).

¹³ Schilders/glaszetters: zie onder meer dossierstukken 5965_1/42, 77 en 121 (volnummers 191, 204 en 252), groothandels: zie onder meer dossierstukken 5965_1/85, 89, 94 en 97 (volnummers 229, 233, 235 en 241), producenten van raamkozijnen en gevels: zie onder meer dossierstukken 5965_1/50, 111, 110, 113, 119, 118 en 123 (volnummers 196, 228, 234, 243, 248, 250 en 256) en aannemers: zie onder meer dossierstukken 5965_1/59 en 65 (volnummers 201 en 213).

¹⁴ Enkele afnemers weten het niet, zie dossierstukken 5965_1/59 en 118 (volnummers 201 en 250). Eén afnemer noemt voorzetsels, zie dossierstuk 5965_1/77 (volgnummer 204).

¹⁵ Zie dossierstukken 5965_1/42, 44, 50, 51, 58, 59, 60, 65, 77, 78, 85, 89, 94, 97, 108, 110, 111, 113, 114, 118, 119, 121 en 123, antwoorden op vragenlijst afnemers NMa, vraag 8a (volnummers 191, 192, 196, 197, 200, 201, 202, 213, 204, 212, 225, 228, 229, 233, 235, 241, 234, 243, 247, 250, 248, 252 en 256), en dossierstukken 5965_1/37, 39, 79, 120, 5965_2/94, 5965_3/56, 5965_4/72 en 5965_5/56, antwoorden op vragenlijst fabrikanten NMa, vraag 12 (volnummers 163, 167, 169, 174, 175, 176, 177, 214 en 251).

40. Gelet op de hoge kosten die zijn gemoeid met het opstarten van een isolerend glasproductielijn en de relatief lange periode die benodigd is om deze investeringskosten terug te verdienen, is het voor producenten van floatglass niet eenvoudig om over te gaan op de productie van isolerend dubbelglas.¹⁶ Daarentegen is het voor producenten van isolerend dubbelglas niet moeilijk om verschillende soorten isolerend dubbelglas te produceren.

3.2 De producenten

41. Op de markt voor productie en verkoop van isolerend dubbelglas in Nederland zijn vier grote producenten actief, te weten de betrokken ondernemingen. Voorts kent de markt een tiental kleinere Nederlandse producenten van isolerend dubbelglas.¹⁷ De verschillende producenten van isolerend dubbelglas bevinden zich verspreid over Nederland. Uit het dossier blijkt dat de vier betrokken ondernemingen in de jaren 2004 en 2005 gezamenlijk ten minste 56% van de markt voor isolerend dubbelglas in Nederland vertegenwoordigden.¹⁸ De kleine producenten van isolerend dubbelglas in Nederland hadden gezamenlijk een marktaandeel van ongeveer 10%.¹⁹ Binnen de drie verschillende internationale concerns waartoe AGC, Saint-Gobain en Pilkington behoren, wordt ook floatglass geproduceerd, het belangrijkste bestanddeel voor isolerend dubbelglas. [vertrouwelijk].²⁰
42. In de periode 2004 - 2005 was daarnaast ook sprake van concurrentie uit Duitsland. Op de markt van isolerend dubbelglas in Nederland hadden de Duitse producenten van isolerend dubbelglas een gezamenlijk marktaandeel van 25 tot 32%.²¹ Het prijsniveau van de Duitse producenten was in de periode 2003 - 2006 ongeveer 5-10% lager dan het prijsniveau van Nederlandse producenten van isolerend dubbelglas.²² Als gevolg van de prijsstelling van

¹⁶ Zie dossierstukken 5965_1/37, 39, 79, 120, 5965_2/94, 5965_3/56, 5965_4/72 en 5965_5/56, antwoorden op vragenlijst fabrikanten NMa, vraag 30 (volnummers 163, 167, 169, 174, 175, 176, 177, 214 en 251).

¹⁷ Waaronder Stolker Glas Ede B.V., zie dossierstukken 5965_1/35 en 120, Glas Ockels B.V., zie dossierstuk 5965_1/37, Ben Evers Glasindustrie B.V., zie dossierstuk 5965_1/39, en De Wolk Glas B.V., zie dossierstuk 5965_1/79 (volnummers 163, 251, 169, 175 en 214). Zie ook dossierstuk 5965_3/13, antwoorden Saint-Gobain op vragenlijst fabrikanten NMa, bijlage 6, paginanummer 59650030130201, en dossierstuk [vertrouwelijk] (volnummers 76 en [vertrouwelijk]).

¹⁸ Zie dossierstuk 5965_3/13, antwoorden Saint-Gobain op vragenlijst fabrikanten NMa, bijlage 5, en dossierstuk 5965_3/56, vraag 8 en bijlage 1 (volnummers 76 en 176). Zie ook het van Pilkington afkomstige dossierstuk 5965_5/1, paginanummer 59650050010049, waarin sprake is van een gezamenlijk marktaandeel van 69% omstreeks 2003, en het [vertrouwelijk] dossierstuk [vertrouwelijk], paginanummer [vertrouwelijk], waarin melding wordt gemaakt van een gezamenlijk marktaandeel in 2006 van 73% (volnummers 47 en [vertrouwelijk]).

¹⁹ Zie dossierstuk 5965_3/56, antwoorden Saint-Gobain op vragenlijst fabrikanten NMa, vraag 8 en bijlage 1, (volnummer 176).

²⁰ Zie dossierstuk 5965_2/38, p. 2 e.v. (volnummer 25).

²¹ Zie het van Pilkington afkomstige dossierstuk 5965_5/1, paginanummer 59650050010049 (volnummer 47), waarin melding wordt gemaakt van een marktaandeel van de Duitse producenten omstreeks 2003 van 25%. Zie ook dossierstuk 5965_1/92, "Analyse Duitse glasleveranciers en -handels op de Nederlandse markt", onderzoek d.d. 3 februari 2006 door Buildsight in opdracht van Saint-Gobain, paginanummer 59650010920452, dat een marktaandeel van de Duitse producenten van 32% vermeldt (volnummer 236). Zie voorts dossierstuk [vertrouwelijk], waarin deze het marktaandeel van de Duitse producenten op 25% schat (volnummer [vertrouwelijk]).

²² Daarbij moet worden opgemerkt dat ongeveer de helft van de bevroegde afnemers heeft aangegeven niet op de hoogte te zijn van de prijsverschillen tussen Nederland en Duitsland. Zie dossierstukken 5965_1/42, 44, 50, 51, 58, 59, 60, 65, 77, 78,

isolerend dubbelglas in Duitsland, was geen sprake van noemenswaardige export van Nederland naar Duitsland.²³

43. Uit een in opdracht van Saint-Gobain door Buildsight²⁴ verricht onderzoek blijkt dat dertien van de veertien Duitse producenten van isolerend dubbelglas die in Nederland actief zijn, gevestigd zijn binnen een straal van [vertrouwelijk] kilometer van de Nederlandse grens. Dit beeld wordt bevestigd door het door de NMa uitgevoerde marktonderzoek, waarin vier van de acht bevroegde Nederlandse producenten van isolerend dubbelglas aangeven 99 tot 100% van hun afzet te realiseren binnen een straal van [vertrouwelijk] kilometer.²⁵
44. Het in het buitenland geproduceerde isolerend dubbelglas was makkelijk in Nederland te introduceren, zo blijkt uit het door de NMa uitgevoerde marktonderzoek. Zo konden de Duitse producenten in plaats van het in Duitsland gangbare isolerend dubbelglas bestaande uit twee vlakglasplaten van 4 mm eenvoudig het in Nederland gewenste isolerend dubbelglas bestaande uit één vlakglasplaat van 4 mm en één van 5 mm vervaardigen. Twee Duitse producenten geven aan geen wezenlijke verschillen te zien tussen de isolerend dubbelglas in Nederland of Duitsland.²⁶
45. Wel is uit verklaringen van vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen en uit het in opdracht van Saint-Gobain door Buildsight uitgevoerde onderzoek naar voren gekomen dat de Nederlandse normering op glas een relevante factor kan zijn in de keuze voor een bepaalde producent van glas.²⁷ Deze normering is echter niet van dusdanige invloed dat zij een beperkende factor is geweest voor het introduceren van isolerend dubbelglas in Nederland.

3.3 Relatie producent – afnemer en rol prijs daarin

46. Uit het door de NMa verrichte marktonderzoek blijkt dat de prijs een belangrijke concurrentieparameter is op de markt voor isolerend dubbelglas. Daarnaast zijn de

85, 89, 94, 97, 108, 110, 111, 113, 114, 118, 119, 121 en 123, antwoorden op vragenlijst afnemers NMa, vraag 29 en bijlage 5 (volgnummers 191, 192, 196, 197, 200, 201, 202, 213, 204, 212, 225, 228, 229, 233, 235, 241, 234, 243, 247, 250, 248, 252 en 256), en dossierstukken 5965_1/37, 39, 79, 120, 5965_2/90, 5965_3/56, 5965_4/72, 5965_5/56, antwoorden op vragenlijst fabrikanten NMa, vraag 31 en bijlage 6 (volgnummers 163, 167, 169, 174, 175, 176, 177, 214 en 251).

²³ Zie dossierstuk [vertrouwelijk] merkt op dat voor de export naar Duitsland een Starcertificaat nodig is en dat de bijdrage die aan de certificeringsorganisatie betaald wordt een rem vormt.

²⁴ Zie dossierstuk 5965_1/92: "Analyse Duitse glasleveranciers en –handels op de Nederlandse markt", onderzoek d.d. 3 februari 2006 door Buildsight in opdracht van Saint-Gobain, paginanummers 59650010920449 tot en met 59650010920467 (volgnummer 236).

²⁵ Zie dossierstukken 5965_1/37, 39, 79, 120, 5965-2/94, 5965_3/56, 5965_4/72 en 5965_5/56, antwoorden op vragenlijst fabrikanten NMa, vraag 22 en bijlage 4, (volgnummers 167, 169, 174, 175, 176, 177, 214 en 251). Enkele andere producenten geven aan de desbetreffende vraag niet te kunnen beantwoorden.

²⁶ Zie dossierstuk 5965_1/80, antwoorden Teuto-Glasveredelung GmbH & Co KG en Fränkische Thermo Glas op vragenlijst aan Duitse fabrikanten NMa, vraag 15 (volgnummer 205).

²⁷ Zie dossierstuk 5965_1/92, paginanummer 59650010920454, "Analyse Duitse glasleveranciers en –handels op de Nederlandse markt", onderzoek d.d. 3 februari 2006 door Buildsight in opdracht van Saint-Gobain (volgnummer 236).

kwaliteit van het isolerend dubbelglas, de service en het nakomen van leveringsafspraken belangrijk voor afnemers bij de keuze voor een bepaalde fabrikant.²⁸ Dit laatste verklaart mede waarom een groot deel van de Nederlandse afnemers van isolerend dubbelglas, ondanks de lagere prijs in Duitsland, een groot deel van zijn inkoop heeft gedaan bij Nederlandse bedrijven. Afnemers noemen in dit verband verschillende redenen waarom zij vooral bij Nederlandse bedrijven afnemen.²⁹ Omdat de Nederlandse producenten alle goed scoorden op kwaliteitsaspecten en service, vindt de concurrentie tussen hen vooral op prijs plaats.

47. Daarbij is gebleken dat producenten van isolerend dubbelglas over het algemeen geen gebruik maken van exclusieve afnamecontracten om afnemers aan zich te binden, maar dat niettemin een deel van de bevroegde afnemers er voor kiest om een lange termijn relatie aan te gaan met een fabrikant, met name vanwege goede ervaringen met betrouwbaarheid, kwaliteit, service en prijs.³⁰
48. Dat de prijs van isolerend dubbelglas een belangrijke factor is bij de keuze voor een bepaalde fabrikant is bij de producenten een bekend gegeven. Uit hun antwoorden op de vragenlijsten van de NMa blijkt dat zij weten dat hun afnemers overstappen als zij als enige de prijs verhogen.³¹ Ook geven zij aan dat afnemers hen tegen elkaar proberen uit te spelen.³²
49. De kostprijs van isolerend dubbelglas wordt voor een wezenlijk deel bepaald door de prijs van floatglass, als gezegd het belangrijkste bestanddeel van isolerend dubbelglas. De belangrijkste factor in de kostprijs van floatglass zijn de energiekosten. In 2004 zijn deze energiekosten gestegen. Volgens de betrokken ondernemingen hebben de producenten

²⁸ Zie bijvoorbeeld dossierstukken 5965_1/42, 44, 50, 51, 58, 59, 60, 65, 77, 78, 85, 89, 94 en 97, antwoorden op vragenlijst afnemers NMa, vraag 14 en bijlage 3 (volnummers 191, 192, 196, 197, 200, 201, 202, 204, 212, 213, 229, 233, 235 en 241) en bijvoorbeeld dossierstuk 5965_1/39, antwoorden op vragenlijst fabrikanten NMa, vraag 13 en bijlage 3 (volnummer 175).

²⁹ Zie dossierstuk 5965_1/105 ("onvoldoende technische ondersteuning op locatie"), dossierstuk 5965_1/106 ("service, leveringsfrequentie, kwaliteit"), dossierstuk 5965_1/107 ("opslagmogelijkheden") en dossierstuk 109 ("kwaliteit Duits glas in het verleden") (volnummers 222, 223, 224 en 226).

³⁰ Zie bijvoorbeeld dossierstukken 5965_1/59, 65, 77, 85 en 119 (volnummers 201, 204, 213, 229 en 248).

³¹ In dat verband wordt door Scheuten aangegeven dat grote afnemers al bij een prijsverschil van 2% kunnen overstappen. Pilkington noemt in dit kader een prijsverschil van 5%, AGC van 5% of minder en Saint-Gobain een (zeer) geringe prijsstijging die voor sommige afnemers voldoende kan zijn om over te stappen. Andere producenten geven ook aan dat bij een prijsstijging klanten over kunnen stappen, zij het dat daar soms hogere percentages genoemd worden van bijvoorbeeld 10%. Zie dossierstukken 5965_1/37, 39, 79, 120, 5965_2/94, 5965_356, 5965_472 en 5965_5/56, antwoorden op vragenlijst fabrikanten NMa, vraag 11 (volnummers 163, 167, 169, 174, 175, 176, 177, 214 en 251).

³² Zie bijvoorbeeld dossierstuk 5965_1/35 (volnummer 163), waarin een fabrikant opmerkt over de periode 2003 tot 2006: "De markt liet zich typeren als een instabiele marktsituatie door verschillende factoren; negatieve trend van de Nederlandse en Europese conjunctuur, afname van het bouwvolume (utiliteitsbouw) en de daarmee gepaard gaande concurrentie binnen de branche (daling van de marges)." "Door de afname van de vraag en het stabiel gebleven aanbod nam de macht van de afnemer verder toe." Dit wordt onderschreven door AGC, zie dossierstuk 5965_2/94, vraag 25 (volnummer 167). Pilkington merkt op dat afnemers meerdere offertes plachten te vragen, zie dossierstuk 5965_5/56, vraag 25 (volnummer 174). Saint-Gobain merkt op dat producenten voortdurend door afnemers werden uitgespeeld, zie dossierstuk 5965_3/56, vraag 25 (volnummer 176). Scheuten geeft aan dat afnemers van dubbelglas "rondshopten", zie dossierstuk 5965_4/72, vraag 25 (volnummer 177).

van floatglass hierin aanleiding gezien om een procentuele verhoging van de prijs van floatglass (per m²) door te voeren dan wel bovenop de prijs van floatglass een energietoeslag per kilogram glas te rekenen. Deze toeslag werd dan periodiek aangepast aan de olieprijs.³³

50. Meer in het algemeen hebben producenten van isolerend dubbelglas verklaard dat de aanleiding voor een prijsverhoging van isolerend dubbelglas vrijwel steeds is gelegen in een daaraan voorafgaande stijging van de prijs van floatglass, al dan niet in de vorm van een energietoeslag.³⁴
51. Blijkens de verklaringen van de betrokken ondernemingen en de stukken in het dossier kondigden deze ondernemingen gewoonlijk per brief aan hun afnemers aan dat de prijzen van isolerend dubbelglas zouden gaan stijgen. Uit deze verklaringen komt voorts naar voren dat na een dergelijke aankondiging de betrokken ondernemingen met – in ieder geval een deel van – hun afnemers in onderhandeling traden over nieuwe (eind)prijzen voor isolerend dubbelglas, door sommigen ook wel nettoprijzen genoemd. Dit was met name het geval bij afnemers die (al dan niet voor grote projecten) grote hoeveelheden glas afnamen. Bij die onderhandelingen vormden de voordien aangekondigde, verhoogde prijzen, door sommige ondernemingen aangemerkt als brutoprijzen, het vertrekpunt.³⁵ Uit de antwoorden van de afnemers op de vragenlijsten van de NMa blijkt verder dat daarentegen een deel van de afnemers zich niet of nauwelijks met succes tegen een aangekondigde prijsverhoging kon verzetten. Voor deze groep was een prijsverhoging derhalve een gegeven en was geen sprake van onderhandelingen over de prijs.³⁶
52. Uit de door de producenten gegeven antwoorden op de vragen van de NMa komt verder naar voren dat er door hen slechts in beperkte mate kwantumkortingen en bonussen werden verstrekt. Naar schatting was maximaal [vertrouwelijk] van de omzet van de betrokken ondernemingen voorzien van een bonus [vertrouwelijk]. Er werd daarnaast slechts gedeeltelijk met 'vaste' prijzen gewerkt. Dit gebeurde met name bij projecten en

³³ Zie onder meer dossierstuk [vertrouwelijk]. Zie ook dossierstuk [vertrouwelijk].

³⁴ Zie onder meer Saint-Gobain, dossierstuk 5965_3/56, bijlage 5 (volnummer 176): "Aanleiding voor een prijsverhoging voor dubbelglas was gewoonlijk de stijging van de floatprijs. Eventuele kostenstijgingen van andere grondstoffen/productiefactoren werden (pas) doorberekend in de prijs voor dubbelglas op het moment dat de floatstijging werd doorgevoerd. De energietoeslag werd echter 3-maandelijkse herberekend." Scheuten beaamt dat prijsverhogingen gekoppeld waren aan wijzigingen in grondstofkosten zoals floatglass, dossierstuk 5965_4/72, vraag 26 (volnummer 177). In dezelfde zin Pilkington, dossierstuk 5965_5/56, vraag 26 (volnummer 176).

³⁵ Zie bijvoorbeeld dossierstuk 5965_4/24, antwoorden Scheuten op vragen NMa, p. 2, randnummer 3.4 (volnummer 81), dossierstuk [vertrouwelijk] en verslag van de hoorzitting op 10 maart 2010, dossierstuk 5965_1/265, p. 10, 11, 14 en 15.

³⁶ Zie dossierstukken 5965_1/85, 110, 111, 118 en 119, antwoorden op vragenlijst afnemers NMa, vraag 26 (volnummers 228, 229, 234, 248 en 250).

dan veelal voor de duur van dat project.³⁷

53. Blijkens de verklaringen van de betrokken ondernemingen kwam het van tijd tot tijd voor dat zij onderling producten van elkaar afnamen, niet alleen floatglass, maar ook isolerend dubbelglas.

3.4 Marktontwikkelingen in de periode 2002 - 2006

54. Uit de verklaringen van verschillende producenten en afnemers blijkt dat in de jaren 2002 - 2003 de markt voor isolerend dubbelglas onder druk stond als gevolg van een negatieve trend in de conjunctuur. Bovendien was sprake van enige overcapaciteit op deze markt. Deze werd met name veroorzaakt door de sterk groeiende afzet van Duitse producenten in Nederland in die periode. Als gevolg hiervan stonden in de jaren 2002 - 2003 de prijzen van isolerend dubbelglas onder druk.
55. Uit de verklaringen van verschillende producenten komt verder naar voren dat de markt voor isolerend dubbelglas in Nederland zich in de loop van 2005 begon te herstellen en dat deze trend zich in 2006 heeft voortgezet.³⁸

4 FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN TEN AANZIEN VAN DE GEDRAGINGEN

56. In het onderhavige hoofdstuk beschrijft de Raad dat AGC, Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington tijdens bijeenkomsten op 18 mei 2004, 29 september 2004 en 16 maart 2005 hun prijszetting voor isolerend dubbelglas hebben besproken. AGC, Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington hebben tijdens genoemde bijeenkomsten afgesproken de prijzen voor isolerend dubbelglas in twee etappes in totaal met 10 tot 12% te verhogen. Daarnaast zijn zij tijdens de tweede bijeenkomst tot minimumprijzen voor verschillende isolerend-dubbelglasproducten gekomen. Alvorens hierop in te gaan beschrijft de Raad de clementieverzoeken, zoals ingediend door AGC en Saint-Gobain.

³⁷ Zie dossierstukken 5965_1/42, 44, 50, 51, 58, 59, 60, 65, 77, 78, 85, 89, 94, 97, 107, 108, 110, 111, 113, 114, 118, 119, 121 en 123, antwoorden op vragenlijst afnemers NMa, vraag 19 en 20 (volgnummers 191, 192, 196, 197, 200, 201, 202, 204, 212, 213, 225, 228, 229, 233, 234, 235, 241, 243, 247, 248, 250, 252 en 256).

³⁸ Zie antwoorden op vragenlijst fabrikanten NMa, dossierstukken 5965_1/37, 39, 79, 120, 5965_2/94, 5965_3/56, 5965_4/72, 5965_5/56, vraag 23 tot en met 27 (volgnummers 163, 167, 169, 174, 175, 176, 177, 214 en 251). Zie voorts dossierstuk 5965_4/2, verklaring de heer [vertrouwelijk] 3 oktober 2007, p. 7 en 16 (volgnummer 103).

4.1 De clementieverzoeken

57. [Vertrouwelijk].^{39 40}
58. [Vertrouwelijk].⁴¹
59. [Vertrouwelijk].
60. [Vertrouwelijk].⁴²
61. [Vertrouwelijk].
62. Hieronder worden [vertrouwelijk] vermeld de feiten en omstandigheden met betrekking tot de gedragingen in de periode 2004 – 2005 betreffende isolerend dubbelglas die de Raad op basis van het rapport, het dossier en de zienswijzen van de betrokken ondernemingen vaststelt en die de basis vormen voor de juridische beoordeling van dit besluit. De Raad zal eerst ingaan op de procentuele verhoging van de prijzen van isolerend dubbelglas en vervolgens op de minimumprijzen.

4.2 Afspraak over een procentuele prijsverhoging

63. Hieronder zal de Raad de feiten en omstandigheden vaststellen die verband houden met de door de betrokken ondernemingen afgesproken procentuele prijsverhoging. Hieruit blijkt op welke wijze de prijsverhogingsafspraken tot stand kwam, alsmede de (nadere) afspraken die hierover in de loop van de tijd werden gemaakt en de overleggen die hierover werden gevoerd.

Aanloop / achtergrond bijeenkomsten

64. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat de vier betrokken ondernemingen in de rand van een vergadering van de NGF op 3 maart 2004 hebben afgesproken om te zoeken naar mogelijkheden voor het verhogen van het prijsniveau van isolerend dubbelglas. Volgens hem is het bij die gelegenheid echter niet tot concrete prijsafspraken gekomen.⁴³ De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat het meer dan mogelijk is dat bij de bijeenkomst van 3 maart 2004 over minimumprijzen voor isolerend dubbelglas is gesproken, omdat de

³⁹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk], en dossierstuk [vertrouwelijk].

⁴⁰ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁴¹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk] en dossierstuk [vertrouwelijk].

⁴² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁴³ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

prijzen van basisglas omhoog gingen.⁴⁴

65. De heer [vertrouwelijk] heeft voorts - in het algemeen - verklaard dat de aanleiding voor de betrokken ondernemingen om bij elkaar te komen gelegen was in een verhoging van de floatglassprijzen: [vertrouwelijk].⁴⁵
66. De heer [vertrouwelijk] heeft over de wijze waarop – in het algemeen – de voorgenomen prijsverhogingen tot stand kwamen ook verklaard: [vertrouwelijk].⁴⁶

Bijeenkomst van 18 mei 2004

67. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat vervolgens op 18 mei 2004 een bijeenkomst heeft plaatsgevonden in restaurant De Fuik in Aalst, waarbij (uitsluitend) vertegenwoordigers van AGC, Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington aanwezig waren. Saint-Gobain werd vertegenwoordigd door [vertrouwelijk], Scheuten door [vertrouwelijk], Pilkington door [vertrouwelijk] en AGC door [vertrouwelijk].⁴⁷ De heer [vertrouwelijk] was vanaf 1988 commercieel directeur bij Scheuten Glasgroep. De heer [vertrouwelijk] was tot 31 december 2005 managing director South West Europe Pilkington en daarbij algemeen directeur van Pilkington Benelux B.V.
68. Uit de agenda's van de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] blijkt dat zij op 18 mei 2004 om 18:00 uur inderdaad een afspraak hadden in restaurant De Fuik in Aalst.⁴⁸ De heer [vertrouwelijk] heeft voorts de aanwezigheid van de heer [vertrouwelijk] in restaurant De Fuik bevestigd.⁴⁹
69. Ook de heer [vertrouwelijk] kan zich herinneren dat de (vertegenwoordigers van de) vier betrokken ondernemingen op deze datum in dit restaurant hebben vergaderd:
- [vertrouwelijk]⁵⁰
70. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat het doel van deze bijeenkomst was om een eerste aanzet te doen om tot een prijsniveau te komen dat voor iedereen acceptabel was.⁵¹

⁴⁴ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁴⁵ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁴⁶ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁴⁷ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁴⁸ Zie dossierstukken [vertrouwelijk]en 5965_4/43, paginanummer 59650040430228 (volnummers 2, 42A en 101).

⁴⁹ Zie dossierstuk 5965_4/76, verklaring de heer [vertrouwelijk] 26 maart 2009, p. 5 (volnummer 207).

⁵⁰ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁵¹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

71. [vertrouwelijk] heeft [vertrouwelijk] over deze bijeenkomst onder meer het volgende verklaard:
- [vertrouwelijk]⁵²
72. In lijn hiermee heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard dat de betrokken ondernemingen bij deze bijeenkomst hebben afgesproken om de prijzen met 10 tot 12% te verhogen. Dit percentage leek voldoende hoog om de rentabiliteit van de betrokkenen te herstellen.⁵³ De prijsverhoging zou niet in één keer worden doorgevoerd, maar in twee etappes, namelijk één verhoging in 2004 en één verhoging in 2005 [vertrouwelijk].⁵⁴ Hij heeft aangegeven dat bij deze bijeenkomst uitsluitend het kader is vastgelegd en dat de exacte prijzen en data later nog moesten worden bepaald.⁵⁵ Volgens de heer [vertrouwelijk] hebben de betrokken ondernemingen afgesproken om op een latere datum over een concreet voorstel te spreken.⁵⁶
73. De heer [vertrouwelijk] heeft over deze bijeenkomst voorts verklaard: [vertrouwelijk]⁵⁷
74. [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk], heeft verklaard dat tijdens de bijeenkomst van 18 mei 2004 in restaurant De Fuik over voorgenomen prijsstijgingen voor isolerend-dubbelglasproducten in Nederland is gesproken: [vertrouwelijk]⁵⁸
75. De heer [vertrouwelijk] heeft bevestigd dat in 2004 door de vier betrokken ondernemingen is afgesproken om een procentuele prijsverhoging in twee stappen door te voeren. Het was volgens de heer [vertrouwelijk] de bedoeling dat iedere onderneming bij de twee afzonderlijke stappen met een ander percentage haar prijs zou verhogen, maar wel zo dat allen na de twee stappen op hetzelfde totaalpercentage zouden uitkomen. [vertrouwelijk].⁵⁹
76. Ten aanzien van de datum waarop de afspraak is gemaakt heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard: [vertrouwelijk] ⁶⁰
77. De heer [vertrouwelijk] van Scheuten heeft in eerste instantie over de bijeenkomst van 18 mei 2004 verklaard: "*Het zal wel dat ik daar ben geweest. Ik weet het niet. Ik zal niet ontkennen dat ik er geweest ben. Ik kan alleen niet zo zeggen dat ik er wel of niet geweest ben.*

⁵² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁵³ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁵⁴ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁵⁵ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁵⁶ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁵⁷ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁵⁸ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁵⁹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁶⁰ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

(...) Ik heb niet meegedaan aan gesprekken die gingen over minimumprijzen of prijsverhogingen.”⁶¹ Voorts heeft de heer [vertrouwelijk] bij die gelegenheid verklaard dat hij niet wist wat het doel van de bijeenkomst in restaurant De Fuik in Aalst was.⁶²

78. Nadien heeft de heer [vertrouwelijk] over deze bijeenkomst verklaard: *“ We hebben onder meer vergaderd in <...> restaurant De Fuik. In De Fuik heb ik niet gegeten. Ik kan mij niet voorstellen dat ik meegegeten heb.”* en voorts: *“Ik neem aan dat toen iemand van Glaverbel aanwezig was, iemand van Pilkington, die nieuwe, [vertrouwelijk], verder [vertrouwelijk] en ik. In het restaurant, daar was zo iets open. Voor zover ik weet hebben we op dezelfde plek gezeten. We hebben daar een vergadering gehad over de kwestie [vertrouwelijk]. En op een gegeven moment kregen we de discussie na de vergadering. Er werden volgens [vertrouwelijk] te lage prijzen afgegeven. Hij keek naar Glaverbel naar [vertrouwelijk]. Op een gegeven moment zei ik, we hebben de vergadering gehad, ik ga naar huis. De vergadering was bijna afgelopen. De aanleiding was volgens mij om die [vertrouwelijk] die nieuwe te introduceren en bij te praten. Wij wilden [vertrouwelijk]. Er zijn volgens mij geen andere onderwerpen besproken. Wij spraken elkaar wel aan over “waarom heb je die rot prijzen gehanteerd”. ”⁶³*
79. Volgens de heer [vertrouwelijk] is er toen fel gesproken door de heer [vertrouwelijk] en was er een zekere mate van vijandigheid. Hij vond het gesprek dan ook niet prettig en is om die reden weggegaan, aldus de heer [vertrouwelijk].⁶⁴
80. De heer [vertrouwelijk] heeft met betrekking tot vragen over de bijeenkomsten met de betrokken ondernemingen een beroep gedaan op het zwijgrecht.⁶⁵

Bijeenkomst van 29 september 2004

81. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat vervolgens op 29 september 2004 bij [vertrouwelijk] een bijeenkomst met (uitsluitend) vertegenwoordigers van de vier betrokken ondernemingen heeft plaatsgevonden. De bijeenkomst was gearrangeerd buiten een branchevereniging om en had als doel het concreet invullen van de op 18 mei 2004 in restaurant De Fuik gemaakte afspraak [vertrouwelijk]. Aanwezigen bij de bijeenkomst van 29 september 2004 waren volgens de heer [vertrouwelijk] de heer [vertrouwelijk] van Saint-Gobain, de heer [vertrouwelijk] van Scheuten, de heer [vertrouwelijk] van Pilkington en [vertrouwelijk].⁶⁶

⁶¹ Zie dossierstuk 5965_4/47, verklaring de heer [vertrouwelijk] 3 oktober 2007, p. 4 (volgnummer 103).

⁶² Zie dossierstuk 5965_4/47, verklaring de heer [vertrouwelijk] 3 oktober 2007, p. 9 (volgnummer 103).

⁶³ Zie dossierstuk 5965_4/76, verklaring de heer [vertrouwelijk] 26 maart 2009, p. 4 e.v. (volgnummer 207).

⁶⁴ Zie dossierstuk 5965_4/76, verklaring de heer [vertrouwelijk] 26 maart 2009, p. 5 (volgnummer 207).

⁶⁵ Zie dossierstuk 5965_5/40, verklaring de heer [vertrouwelijk] 10 maart 2009, p. 3 (volgnummer 184).

⁶⁶ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

82. Uit de agenda's van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] blijkt dat zij op 29 september 2004 beiden om 15:00 uur een afspraak hadden [vertrouwelijk].⁶⁷ Zo staat in de agenda van de heer [vertrouwelijk] bij 29 september 2004 vermeld: "15:00 uur Vergadering [vertrouwelijk]". [vertrouwelijk] het woord "vergadering" wijst op het feit dat er die dag een bijeenkomst met concurrenten plaatsvond.⁶⁸
83. In de agenda van de heer [vertrouwelijk] staat bij de datum 29 september 2004 en het tijdstip 15:00 uur slechts het woord "AFSPRAAK" genoteerd.⁶⁹ Niet is vermeld waar deze afspraak zal plaatsvinden en wie hierbij aanwezig zullen zijn, dit in tegenstelling tot alle andere in zijn agenda genoteerde afspraken. De heer [vertrouwelijk] kon geen verklaring geven voor het feit dat zijn agenda geen details bevat van de afspraak op 29 september 2004 om 15:00 uur. Wel heeft hij aangegeven dat de aantekening in zijn agenda geen privéafpraak kon betreffen.⁷⁰
84. De heer [vertrouwelijk] heeft bevestigd dat op 29 september 2004 [vertrouwelijk] een bijeenkomst heeft plaatsgevonden waarbij uitsluitend de heer [vertrouwelijk] van AGC, de heer [vertrouwelijk] van Scheuten, de heer [vertrouwelijk] van Pilkington en [vertrouwelijk] aanwezig waren en dat daarbij is gesproken over – onder meer – prijsverhogingen voor dubbelglas:
- [vertrouwelijk]⁷¹
85. De heer [vertrouwelijk] heeft ook aangegeven dat deze bijeenkomst plaats vond in het kader van "de getrapte prijsverhoging".⁷²
86. Gevraagd naar de bijeenkomst van 29 september 2004 [vertrouwelijk] (met als aanwezigen de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]) heeft de heer [vertrouwelijk] in eerste instantie verklaard: "*Daar zijn wij inderdaad een keer geweest. [vertrouwelijk] was volgens mij jarig geweest of zo. Hij heeft ons toen persoonlijk uitgenodigd.*"⁷³
87. Naar aanleiding van de opmerking van de NMa dat volgens bepaalde verklaringen deze bijeenkomst een slotbijeenkomst was waarbij afspraken zijn gemaakt over procentuele prijsverhogingen en minimumprijzen, heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard: "*Ja, dat zullen ze dan wel gedaan hebben, dat weet ik niet.*" Op de daarop volgende vraag van de NMa of

⁶⁷ Zie [vertrouwelijk].

⁶⁸ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁶⁹ Zie dossierstuk 5965_4/43, paginanummer 59650040430247 (volgnummer 101).

⁷⁰ Zie dossierstuk 5965_4/76, verklaring de heer [vertrouwelijk] van 26 maart 2009, p. 7 (volgnummer 207).

⁷¹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁷² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁷³ Zie dossierstuk 5965_4/47, verklaring de heer [vertrouwelijk] 3 oktober 2007, p. 5 e.v. (volgnummer 103).

hij bij de bijeenkomst van 29 september 2004 aanwezig is geweest heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard: *" Nee, nee, dat zeg ik niet. Dit verhaal ken ik niet. Ik ben wel aanwezig geweest, maar die prijzen, dat heb ik niet zo meegekregen, dat weet ik niet. Dan hebben ze mij gewoon gebruikt in die tijd. Zij hebben dingen gedaan en mij als onafhankelijke er niet echt bij betrokken. Ik sta er echt van te kijken van dit verhaal. Ik ben, denk ik, heel gezond van boven, maar die prijs dat is niet zo besproken met mij. "*⁷⁴

88. Bij een volgende gelegenheid heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard dat hij twee keer [vertrouwelijk] is geweest, beide keren voor een vergadering van de NGF of de Glas Branche Organisatie (hierna: GBO). Eén keer toen de heer [vertrouwelijk] een nieuw huis had gekocht en één keer bij gelegenheid van diens verjaardag, aldus de heer [vertrouwelijk].⁷⁵
89. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat de heer [vertrouwelijk] het initiatief had genomen om de bijeenkomst [vertrouwelijk] te laten plaatsvinden. [vertrouwelijk]⁷⁶
90. Van de zijde van [vertrouwelijk] is over de bijeenkomst van 29 september 2004 verklaard: [vertrouwelijk]⁷⁷
91. Op de vraag van de NMa of tijdens de bijeenkomst van 29 september 2004 ook is besproken welke onderneming, wanneer en met welk percentage met de prijsverhoging naar buiten zou treden heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard: [vertrouwelijk]⁷⁸
92. Voorts heeft de heer [vertrouwelijk] het volgende verklaard: [vertrouwelijk]⁷⁹
93. De heer [vertrouwelijk] heeft over de eerste stap van de procentuele prijsverhoging verklaard: [vertrouwelijk]⁸⁰
94. Over het eindresultaat van de bijeenkomst van 29 september 2004 heeft de heer [vertrouwelijk] het volgende verklaard: [vertrouwelijk]⁸¹
95. De heer [vertrouwelijk] heeft bevestigd dat het resultaat van de bijeenkomsten was dat simultaan een prijsverhoging voor dubbelglas werd doorgevoerd:

⁷⁴ Zie dossierstuk 5965_4/47, verklaring de heer [vertrouwelijk] 3 oktober 2007, p. 5 (volgnummer 103).

⁷⁵ Zie dossierstuk 5965_4/76, verklaring de heer [vertrouwelijk] 26 maart 2009, p. 7 (volgnummer 207).

⁷⁶ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁷⁷ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁷⁸ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁷⁹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁸⁰ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁸¹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

[vertrouwelijk]⁸²

96. De heer [vertrouwelijk] heeft over de verhoging van de prijzen in twee stappen verklaard: [vertrouwelijk]⁸³
97. De heer [vertrouwelijk] heeft voorts, in antwoord op de vraag van de NMa of ook is afgesproken welke onderneming het eerst met de prijsverhoging naar buiten zou treden, verklaard: [vertrouwelijk]⁸⁴
98. Voorts heeft de heer [vertrouwelijk] over de duur en timing van de prijsverhogingsafspraken het volgende verklaard: [vertrouwelijk]⁸⁵
99. Pilkington had voorafgaand aan de bijeenkomst [vertrouwelijk] op 29 september 2004 reeds bij brief van 24 september 2004 aan haar klanten aangekondigd per 1 november 2004 een energietoeslag per kilogram glas door te voeren.⁸⁶
100. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat hierover discussie tussen de vier betrokken ondernemingen is ontstaan tijdens de bijeenkomst van 29 september 2004: [vertrouwelijk]⁸⁷
101. De heer [vertrouwelijk] heeft over de voorgenomen invoering van de energietoeslag door Pilkington verklaard: [vertrouwelijk]⁸⁸
102. Pilkington heeft na de bijeenkomst van 29 september 2004, bij brief van 21 oktober 2004, aan haar klanten meegedeeld dat in plaats van de eerder aangekondigde energietoeslag per 1 november 2004 een generieke prijsverhoging van 6% zou worden doorgevoerd.⁸⁹

Bijeenkomst van 18 januari 2005

103. De heer [vertrouwelijk] heeft per 1 februari 2005 de functie van de heer [vertrouwelijk] overgenomen.⁹⁰ Hij heeft verklaard dat op 18 januari 2005 een bijeenkomst heeft plaatsgevonden bij Glaverbel te Tiel, waarbij behalve [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk] van Saint-Gobain en de heer [vertrouwelijk] van AGC aanwezig waren. Aanleiding voor deze bijeenkomst was het vertrek van de heer [vertrouwelijk] en het overnemen van zijn

⁸² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁸³ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁸⁴ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁸⁵ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁸⁶ Zie dossierstuk 5965_5/1, paginanummer 59650050010155 (volnummer 47).

⁸⁷ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁸⁸ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁸⁹ Zie dossierstuk 5965_5/1, paginanummer 59650050010158 (volnummer 47).

⁹⁰ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

functie door de heer [vertrouwelijk]: de heer [vertrouwelijk] heeft hem bij deze gelegenheid aan de heer [vertrouwelijk] voorgesteld, aldus de heer [vertrouwelijk]. In de agenda van de heer [vertrouwelijk] staat vermeld dat hij op 18 januari 2005 om 09:00 uur een afspraak had met "[vertrouwelijk]" te "Tiel".⁹¹

104. De heer [vertrouwelijk] heeft bevestigd dat deze bijeenkomst heeft plaatsgevonden en dat hij de heer [vertrouwelijk] daarbij aan de heer [vertrouwelijk] heeft voorgesteld. Ook de heer [vertrouwelijk] meende zich te herinneren dat de heer [vertrouwelijk] de heer [vertrouwelijk] in Tiel is komen voorstellen.⁹²
105. De heer [vertrouwelijk] heeft op de vraag van de NMa bij welke bijeenkomsten door hem met zijn concurrenten is gesproken over afspraken met betrekking tot het doorvoeren van prijsverhogingen voor dubbelglasproducten in Nederland geantwoord: [vertrouwelijk]⁹³
106. De heer [vertrouwelijk] heeft van de bijeenkomst op 18 januari 2005 ook aantekeningen gemaakt.⁹⁴ Hierin valt te lezen: "*Vooraf met iedereen afkaarten: [vertrouwelijk]*". [vertrouwelijk]. Onder deze zinsnede staat: "*Duitsers per februari omhoog: 4-6%*" en "*Wij, April, [vertrouwelijk] – 4%, [vertrouwelijk] – 6%, [vertrouwelijk] – 5%, [vertrouwelijk] – 5%} alle producten.*"
107. De heer [vertrouwelijk] heeft over deze passage verklaard: [vertrouwelijk]⁹⁵
108. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat bij deze kennismakingsbijeenkomst is gesproken over de opvolging van de heer [vertrouwelijk] door de heer [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]⁹⁶ Op de vraag van de NMa of tijdens de bijeenkomst van 18 januari 2005 is gesproken over de afspraken van 29 september 2004, heeft de heer [vertrouwelijk] geantwoord: [vertrouwelijk].

Bijeenkomst van 16 maart 2005

109. Uit de notulen van de GBO blijkt dat op 16 maart 2005 een vergadering van de GBO heeft plaatsgevonden.⁹⁷ Daarbij werd AGC vertegenwoordigd door – onder meer – de heer [vertrouwelijk], Saint-Gobain door de heer [vertrouwelijk], Scheuten door de heer [vertrouwelijk] en Pilkington door de heer [vertrouwelijk].

⁹¹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁹² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁹³ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁹⁴ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁹⁵ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁹⁶ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁹⁷ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

110. Op 22 en 23 februari 2005 zijn bepaalde onderdelen van de concerns waartoe AGC, Saint-Gobain en Pilkington behoren bezocht door ambtenaren van de Europese Commissie in verband met een onderzoek naar mogelijke overtreding van artikel 101 VWEU. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat de betrokken ondernemingen in verband hiermee hadden besloten om het diner dat aanvankelijk gepland stond voor na de vergadering van 16 maart 2005 geen doorgang te laten vinden. Dit omdat men geen argwaan wilde wekken over het feit dat er afspraken werden gemaakt, [vertrouwelijk].⁹⁸
111. Hij heeft over de GBO-vergadering verder verklaard: [vertrouwelijk].⁹⁹ En voorts, met betrekking tot de prijsverhogingen: [vertrouwelijk].¹⁰⁰
112. Op de vraag van de NMa of de deelnemers elkaar tijdens de bijeenkomst van 16 maart 2005 aan de op 29 september 2004 gemaakte afspraken over prijsverhogingen hebben herinnerd heeft de heer [vertrouwelijk] geantwoord: [vertrouwelijk].¹⁰¹
113. De heer [vertrouwelijk] heeft over de op 16 maart 2005 gehouden GBO-vergadering het volgende verklaard: [vertrouwelijk].¹⁰²

Verstuurde prijsverhogingsbrieven

Prijsverhogingen najaar 2004 (eerste stap)

114. Saint-Gobain heeft bij brief van 5 oktober 2004 aangekondigd met ingang van 5 november 2004 de brutoprijzen van alle glasproducten met 5% te zullen verhogen.¹⁰³
115. AGC heeft op 11 oktober 2004 aan haar relaties een brief verzonden, waarin zij bekend maakt dat zij per 15 november 2004 een prijsverhoging van 6% voorziet op alle architecturale producten, waarvan isolerend dubbelglas onderdeel uitmaakt.¹⁰⁴
116. Scheuten heeft bij brief van 19 oktober 2004 aangekondigd per medio november 2004 een prijsverhoging van 5% te zullen doorvoeren.¹⁰⁵
117. Pilkington heeft in eerste instantie bij brief van 24 september 2004 aangekondigd om per 1 november 2004 een energietoeslag per kilogram glas door te voeren.¹⁰⁶ Zoals hiervoor

⁹⁸ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

⁹⁹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹⁰⁰ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹⁰¹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹⁰² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹⁰³ Zie dossierstuk 5965_5/3, paginanummer 59650050030010 (volgnummer 46).

¹⁰⁴ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹⁰⁵ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹⁰⁶ Zie dossierstuk 5965_5/1, paginanummer 59650050010155 (volgnummer 47).

uiteengezet, heeft Pilkington nadien, bij brief van 21 oktober 2004, meegedeeld dat deze energietoeslag zal worden omgezet in een generieke prijsverhoging van 6%. Volgens deze brief was dit op verzoek van de meerderheid van Pilkington's klanten.¹⁰⁷ Zoals uit de [vertrouwelijk] verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] blijkt, hadden de betrokken ondernemingen bij de bijeenkomst van 29 september 2004 [vertrouwelijk] hun ongenoegen geuit over de aankondiging van Pilkington dat zij een energietoeslag zou invoeren voor isolerend dubbelglas.¹⁰⁸

Prijsverhogingen voorjaar 2005 (tweede stap)

118. AGC heeft bij brief van 28 april 2005 aangekondigd om per 16 mei 2005 een prijsverhoging van 6% op alle architecturale producten, waar isolerend dubbelglas – als gezegd – onderdeel van uitmaakt, door te voeren.¹⁰⁹
119. Pilkington heeft bij brief van 1 mei 2005 haar klanten meegedeeld dat zij de prijzen voor al haar glasproducten per 13 juni 2005 met 5% zal verhogen.¹¹⁰
120. Saint-Gobain heeft bij brief van 12 mei 2005 aangekondigd dat zij met ingang van 1 juni 2005 de brutoprijzen van alle glasproducten met 6% zal verhogen.¹¹¹
121. Scheuten ten slotte heeft bij brief van 29 april 2005 aan haar klanten aangekondigd dat zij met ingang van 17 mei 2005 een energietoeslag van EUR 0,06 per kilogram glas op onder meer isolerend dubbelglas in rekening brengt.¹¹²
122. Gedurende het onderzoek heeft de NMa Scheuten verzocht om aan te geven met welk percentage de prijzen per vierkante meter van – onder meer – isolerend-dubbelglas zijn verhoogd, als gevolg van de invoering van deze energietoeslag.¹¹³ Scheuten heeft in eerste instantie aangegeven dat het niet mogelijk is deze toeslag in procenten uit te drukken, gelet op de grote differentiatie in producten en prijzen voor een grote verscheidenheid aan klanten.¹¹⁴ Nadien heeft Scheuten ten aanzien van een selecte groep klanten en een selecte groep producten de energietoeslag uitgedrukt in procenten.¹¹⁵ Zij heeft daarover destijds aangegeven dat deze klanten – ook in 2005 – een goede afspiegeling vormden van haar totale klantenbestand verspreid over haar business units, zowel wat betreft omvang en

¹⁰⁷ Zie dossierstuk 5965_5/1, paginanummer 59650050010158 (volgnummer 47).

¹⁰⁸ [vertrouwelijk].

¹⁰⁹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹¹⁰ Zie dossierstuk 5965_5/1, paginanummer 59650050010087 (volgnummer 47).

¹¹¹ Zie dossierstuk 5965_5/3, paginanummer 59650050030002 (volgnummer 46).

¹¹² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹¹³ Zie dossierstuk 5965_4/69, brief van NMa van 9 februari 2009 (volgnummer 161).

¹¹⁴ Zie dossierstuk 5965_4/73, brief van Scheuten van 2 maart 2009 (volgnummer 179).

¹¹⁵ Zie dossierstukken 5965_4/78 en 5965_4/74, e-mails van Scheuten van 25 maart en 3 april 2009 (volgnummers 193 en 203).

afnamevolume als klantensegmenten. Voorts heeft Scheuten toen aangegeven dat de glassoorten in kwestie in 2005 veel gevraagde en goedverkopende soorten betroffen. Uit de door Scheuten verstrekte informatie is een procentuele prijsverhoging naar voren gekomen van [vertrouwelijk] voor isolerend dubbelglas met de samenstelling 4/4 en [vertrouwelijk] voor isolerend dubbelglas met de samenstelling 4/3. Uitgaande van een verhouding van 50 - 50%, komt dit neer op een verhoging van de prijzen door Scheuten met een percentage van – afgerond – 5,4%.

Tabel overzicht verstuurde prijsverhogingsbrieven

Ondern.	Datum brief 1 ^e prijsverhoging (1 ^e stap)	Aanvang 1 ^e prijsverhoging (1 ^e stap)	Datum brief 2 ^e prijsverhoging (2 ^e stap)	Aanvang 2 ^e prijsverhoging (2 ^e stap)	% 1 ^e stap	% 2 ^e stap	% totaal
AGC	11-10-2004	15-11-2004	28-04-2005	16-05-2005	6	6	12
Saint-Gobain	05-10-2004	05-11-2004	12-05-2005	01-06-2005	5	6	11
Scheuten	19-10-2004	Medio 11-2004	29-04-2005	17-05-2005	5	5,4 ¹¹⁶	10,3
Pilkington	21-10-2004	01-11-2004	11-05-2005	13-06-2005	6	5	11

123. Desgevraagd heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard dat [vertrouwelijk] met de verzending van de brieven [vertrouwelijk] uitvoering heeft gegeven aan de in 2004 gemaakte afspraak over een procentuele prijsverhoging.¹¹⁷

Tussenconclusie

124. De Raad concludeert op grond van al het vorenstaande dat de vier betrokken ondernemingen in 2004 en 2005 verscheidene keren bijeen zijn gekomen om te spreken over de prijzen van isolerend dubbelglas. Zij hebben daarbij afgesproken om de prijzen van isolerend dubbelglas in twee stappen met 10 tot 12% te verhogen. De Raad overweegt daartoe als volgt.
125. Blijkens de verklaringen van de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] alsook hun agenda's zijn vertegenwoordigers van de vier betrokken ondernemingen op 18 mei 2004 bijeen gekomen in restaurant De Fuik te Aalst. Gelet op de verklaringen van

¹¹⁶ Prijsverhoging door middel van een energietoeslag.

¹¹⁷ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk], stelt de Raad vast dat deze vertegenwoordigers bij die gelegenheid hebben afgesproken om de (bruto)prijzen van isolerend dubbelglas in twee stappen te verhogen met 10 tot 12% en dat het hier een kaderafspraken betrof die op een latere datum nader zou worden ingevuld. De Raad neemt daarbij onder meer in aanmerking dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat deze prijsverhogingsafpraak tijdens de bijeenkomst op 18 mei 2004 tussen de vier betrokken ondernemingen is gemaakt. Deze verklaring wordt ondersteund door de verklaring van de heer [vertrouwelijk], inhoudende dat bij deze bijeenkomst over voorgenomen prijsverhogingen is gesproken, alsmede dat de hiervoor bedoelde prijsverhogingsafpraak in 2004 inderdaad is gemaakt.

126. De Raad stelt verder op grond van de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] en de verschillende agenda's vast dat de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] vervolgens op 29 september 2004 [vertrouwelijk] opnieuw bijeen zijn gekomen. Bij zijn oordeel ten aanzien van de aanwezigheid van de heer [vertrouwelijk] neemt de Raad mede in aanmerking dat deze blijkens zijn agenda die dag om 15:00 uur een afspraak had en geen verklaring heeft kunnen geven voor het feit dat in zijn agenda slechts het woord "AFSPRAAK" stond genoteerd, zonder verdere details.
127. Gezien de verklaring van de heer [vertrouwelijk], acht de Raad aangetoond dat de bijeenkomst van 29 september 2004 was georganiseerd om de op 18 mei 2004 gemaakte prijsverhogingsafpraak nader uit te werken. Blijkens deze verklaring hebben de betrokken ondernemingen op de bijeenkomst van 29 september 2004 afgesproken om de totale prijsverhoging van 10 tot 12% in oktober/november 2004 en in het voorjaar van 2005 door te voeren. Deze verklaring wordt ondersteund door die van de heer [vertrouwelijk], inhoudende dat op 29 september 2004 bij [vertrouwelijk] met de vertegenwoordigers van de vier betrokken ondernemingen inderdaad over "de getrapte prijsverhoging", in twee stappen dus, is gesproken. Ook volgens de heer [vertrouwelijk] hebben deze vertegenwoordigers afgesproken om de prijsverhogingsstappen eind 2004 en begin 2005 plaats te laten vinden, waarna de prijs van isolerend dubbelglas met ten minste 10% zou zijn verhoogd.
128. De Raad merkt bij het vorenstaande op dat blijkens de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] tijdens de bijeenkomst van 29 september 2004 onenigheid is ontstaan over de door Pilkington op 24 september 2004 aangekondigde invoering van een energietoeslag. Deze was hiermee volgens de heer [vertrouwelijk] "vooruitgelopen op de gezamenlijk overeengekomen prijsverhoging". Deze onenigheid bevestigt naar het oordeel van de Raad de conclusie dat op 18 mei 2004 de hiervoor bedoelde kaderafspraken is gemaakt. Het feit dat Pilkington de eerder aangekondigde

energietoeslag na de bijeenkomst van 29 september 2004 alsnog heeft omgezet in een procentuele verhoging van 6% bevestigt voorts naar het oordeel van de Raad dat zij ook daadwerkelijk betrokken is geweest bij de invulling van de kaderafspraken op 29 september 2004.

129. Naar het oordeel van de Raad vormen de [vertrouwelijk] verklaringen over de bijeenkomst van 18 januari 2005 en de bij die gelegenheid door de heer [vertrouwelijk] gemaakte aantekeningen eveneens een bevestiging van hetgeen hiervoor is uiteengezet over de afspraak om tot een procentuele prijsverhoging te komen. Uit deze verklaringen en aantekeningen blijkt immers dat in januari 2005 al bekend was met welke percentages de betrokken ondernemingen hun prijzen een aantal maanden later gingen verhogen en dat dit door de betrokken ondernemingen vooraf was afgesproken.
130. Gelet op de [vertrouwelijk] verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk], acht de Raad voorts aannemelijk dat de vertegenwoordigers van de vier betrokken ondernemingen elkaar op 16 maart 2005 in de rand van een GBO-vergadering hebben herinnerd aan de hiervoor vastgestelde afspraak betreffende de procentuele prijsverhoging.
131. Op basis van de hiervoor weergegeven, door de vier betrokken ondernemingen aangekondigde, prijsverhogingen stelt de Raad vast dat de vier betrokken ondernemingen in het najaar van 2004 binnen een tijdsbestek van ongeveer twee weken allen hebben aangekondigd hun prijzen voor isolerend dubbelglas met 5 onderscheidenlijk 6% te verhogen. AGC, Saint-Gobain en Pilkington hebben vervolgens in het voorjaar van 2005 wederom binnen een tijdsbestek van ongeveer twee weken aangekondigd hun prijzen met 5 onderscheidenlijk 6% te verhogen.
132. Scheuten heeft in die laatste periode een energietoeslag voor isolerend dubbelglas ingevoerd. Hoewel het niet mogelijk is om het 'opwaartse' effect van deze toeslag op de prijzen van de verschillende soorten isolerend dubbelglas exact in één percentage uit te drukken, is het hiervoor in randnummer 122 van dit besluit berekende percentage van 5,4 daarvoor niettemin naar het oordeel van de Raad een goede benadering. De Raad wijst er hierbij op dat, zelfs als de door Scheuten in het voorjaar van 2005 aangekondigde prijsverhoging niet 5,4% maar ergens tussen de 5 en 7% geweest zou zijn, deze nog binnen de door de vier betrokken ondernemingen afgesproken marge met betrekking tot een prijsverhoging in twee stappen gebleven zou zijn (in aanmerking nemend de door Scheuten in het najaar van 2004 aangekondigde prijsverhoging van 5%).
133. Uit het voorgaande concludeert de Raad dat de vier betrokken ondernemingen de door hen gemaakte afspraak over een procentuele prijsverhoging in de praktijk hebben

uitgevoerd. Meer specifiek staat vast dat de vier betrokken ondernemingen overeenkomstig de hiervoor beschreven afspraak een prijsverhoging voor isolerend dubbelglas aan hun klanten hebben aangekondigd bestaande uit een verhoging in twee stappen met tussenpozen van ongeveer zes maanden met in totaal tussen 10 en 12%.

Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad

134. Scheuten betwist dat zij tijdens één van de hiervoor genoemde bijeenkomsten heeft deelgenomen aan gesprekken met de andere betrokken ondernemingen over prijsverhogingen dan wel hierover afspraken heeft gemaakt. Volgens haar beschikt de NMA ook niet over overtuigend bewijs dat zij hierbij betrokken is geweest. Scheuten stelt in dit verband dat de heer [vertrouwelijk], voorzitter van de raad van bestuur van Scheuten S.à.r.l. (thans enig aandeelhouder van Scheuten Glass Holding B.V.) en de heer [vertrouwelijk] bij het officiële deel van de NGF-bijeenkomst van 3 maart 2004 aanwezig zijn geweest, maar die dag niet met de andere betrokken ondernemingen over prijsverhogingen hebben gesproken.
135. Scheuten weerspreekt daarnaast niet dat de heer [vertrouwelijk] bij de bijeenkomst van 18 mei 2004 aanwezig is geweest, maar stelt dat deze later in restaurant De Fuik is aangekomen en eerder is vertrokken dan de andere vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen, dit laatste volgens Scheuten omdat er sprake was van een zekere vijandigheid. Scheuten is van mening dat het rapport wat betreft de aankomst- en vertrektijden van de beweerdelijk bij de bijeenkomst van 18 mei 2004 aanwezige personen onnauwkeurig is. Zij betoogt voorts dat het doel van deze bijeenkomst de introductie van de heer [vertrouwelijk] van Pilkington als opvolger van de heer [vertrouwelijk] was alsook het bespreken van [vertrouwelijk].
136. Scheuten betwist verder dat, zoals in randnummer 63 van het rapport is overwogen, de heer [vertrouwelijk] in zijn mondeling afgelegde verklaring heeft erkend op 29 september 2004 [vertrouwelijk] aanwezig te zijn geweest. De heer [vertrouwelijk] heeft volgens Scheuten slechts verklaard *wel eens* [vertrouwelijk] te zijn geweest, namelijk ter gelegenheid van diens verjaardag en bij een barbecue met ongeveer vijftien andere personen. De in het rapport gegeven beschrijving van de bijeenkomst op 29 september 2004 [vertrouwelijk] komt hiermee niet overeen, zodat geconcludeerd moet worden dat de heer [vertrouwelijk] niet bij die bijeenkomst aanwezig is geweest, aldus Scheuten.
137. Daarnaast betoogt Scheuten dat de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] slechts bij het officiële deel van de GBO-bijeenkomst op 16 maart 2005 aanwezig zijn geweest en dat er niet gezamenlijk is gedineerd. Ook bij deze bijeenkomst heeft Scheuten – naar zij

stelt – niet over prijsverhogingen gesproken.

138. Tot slot stelt Scheuten dat de door haar in het voorjaar van 2005 ingevoerde energietoeslag per kilogram glas niet kan worden beschouwd als uitvoering van de afspraak over de procentuele prijsverhoging. Volgens haar is het ook niet mogelijk om deze energietoeslag in het algemeen om te zetten naar een procentuele prijsverhoging per vierkante meter glas.
139. De Raad overweegt naar aanleiding van de zienswijze van Scheuten in de eerste plaats dat, nu niet is gebleken dat de betrokken ondernemingen bij de bijeenkomst van 3 maart 2004 in concreto over prijzen hebben gesproken en hij aan de verklaringen over deze bijeenkomst geen conclusies verbindt, geen aanleiding bestaat om in te gaan op de stelling van Scheuten over deze bijeenkomst.
140. De Raad overweegt naar aanleiding van het betoog van Scheuten over de aankomst- en vertrektijden van de vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen bij de bijeenkomst van 18 mei 2004, dat de heer [vertrouwelijk] in zijn in randnummer 78 aangehaalde verklaring zelf heeft aangegeven dat deze vertegenwoordigers bij die gelegenheid met elkaar hebben vergaderd en dat daarbij ook discussie over de prijzen is ontstaan. Gelet hierop, is niet aannemelijk dat er die avond, zoals Scheuten suggereert, in verband met de aankomst- en vertrektijden van de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] geen gelegenheid is geweest om gezamenlijk afspraken over prijsverhogingen te maken. In de op 10 maart 2010 gehouden hoorzitting is desgevraagd ook van de zijde van Scheuten aangegeven dat zij niet heeft willen stellen dat de vier vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen op 18 mei 2004 niet tegelijkertijd in restaurant De Fuik aanwezig zijn geweest, maar alleen dat de heer [vertrouwelijk] niet aan het diner heeft deelgenomen.
141. De Raad merkt daarbij over de door Scheuten gegeven alternatieve verklaring voor het samenzijn van de vier betrokken ondernemingen in restaurant De Fuik op dat de introductie van de heer [vertrouwelijk] en de noodzaak om hem "bij te praten", evenals een bespreking over [vertrouwelijk], niet uitsluit dat bij diezelfde gelegenheid ook de hiervoor weergegeven prijsafspraken zijn gemaakt. Scheuten heeft haar stelling over een bespreking over [vertrouwelijk] ook niet nader onderbouwd, terwijl deze stelling voorts geen bevestiging vindt in de verklaringen van de andere betrokken ondernemingen.
142. De Raad stelt naar aanleiding van het betoog van Scheuten over de bijeenkomst van 29 september 2004 [vertrouwelijk] vast, dat de heer [vertrouwelijk] in zijn mondeling afgelegde verklaringen geen eenduidig antwoord heeft gegeven op de vragen van de NMa over zijn aanwezigheid bij die bijeenkomst. Naar het oordeel van de Raad kan echter in het

midden blijven of de heer [vertrouwelijk] destijds heeft erkend daarbij aanwezig te zijn geweest, gelet op de duidelijke verklaringen van zowel de heer [vertrouwelijk] als de heer [vertrouwelijk] dat dit het geval was. Het feit dat de heer [vertrouwelijk] zich in tweede instantie de exacte datum van de bijeenkomst [vertrouwelijk] niet meer kon herinneren doet hier niet aan af, reeds gezien de aantekening in de agenda van de heer [vertrouwelijk] bij de datum van 29 september 2004, het feit dat hij toen wel kon bevestigen dat in 2004 [vertrouwelijk] een bijeenkomst met uitsluitend de vier vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen heeft plaatsgevonden en het feit dat er dat jaar kennelijk geen andere bijeenkomsten [vertrouwelijk] hebben plaatsgevonden. Zoals hiervoor aangegeven, acht de Raad in dit verband voorts van belang dat in de agenda van de heer [vertrouwelijk] bij de datum van 29 september 2004 en het tijdstip 15:00 uur slechts het woord "AFSPRAAK" stond genoteerd, zonder verdere details, en dat de heer [vertrouwelijk] hiervoor geen verklaring heeft kunnen geven.

143. Naar aanleiding van het betoog van Scheuten over de bijeenkomst van 16 maart 2005 merkt de Raad op dat blijkens de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] de betrokken ondernemingen elkaar *in de rand* van de GBO-vergadering aan de eerder gemaakte prijsafspraken hebben herinnerd en er die dag geen gezamenlijk diner is geweest. Het feit dat de heer [vertrouwelijk] die dag niet met de anderen heeft gedineerd is derhalve niet relevant.
144. De inhoud van het door Scheuten in haar zienswijze aangehaalde clementieverzoek van [vertrouwelijk] leidt de Raad evenmin tot een ander oordeel over de betrokkenheid van Scheuten. De Raad merkt daarbij op dat in het clementieverzoek van [vertrouwelijk] met zoveel woorden is aangegeven dat de heer [vertrouwelijk] zich herinnerde dat [vertrouwelijk] één keer prijzen zijn besproken rondom een vergadering van de GBO, en wel op 18 maart 2005 ten kantore van Glaverbel te Tiel. Gelet op de [vertrouwelijk] verklaring van de heer [vertrouwelijk], gaat de Raad ervan uit dat hier sprake is van een vergissing en dat bedoeld werd op de GBO-vergadering van 16 maart 2005. De Raad merkt verder op dat de door Scheuten bedoelde passage in het clementieverzoek [vertrouwelijk] uitsluitend ziet op *bilaterale* contacten.
145. De Raad overweegt tot slot naar aanleiding van het betoog van Scheuten over de uitvoering van de afspraak over de procentuele prijsverhoging dat Scheuten in het voorjaar van 2005 als enige van de betrokken ondernemingen een energietoeslag voor isolerend dubbelglas heeft ingevoerd. Het lijdt geen twijfel dat dit niet geheel in lijn is met datgene wat volgens [vertrouwelijk] tussen de betrokken ondernemingen was afgesproken. Duidelijk is echter wel dat de invoering van een energietoeslag, net als een procentuele prijsverhoging, een opwaarts effect heeft op de prijzen van isolerend dubbelglas. Hoewel het niet mogelijk is om dit effect op de prijzen van de verschillende soorten isolerend

dubbelglas exact in één percentage uit te drukken, is het hiervoor in randnummer 122 berekende percentage van 5,4 daarvoor niettemin naar het oordeel van de Raad een goede benadering. Scheuten heeft immers indertijd zelf aangegeven dat de door haar met het oog op deze berekening geselecteerde groep klanten een goede afspiegeling vormde van haar totale klantenbestand en dat de geselecteerde glassoorten destijds veel gevraagde en goed verkopende soorten betroffen.

146. Het feit dat Pilkington in het najaar van 2004 de eerder door haar aangekondigde energietoeslag alsnog heeft omgezet in een procentuele prijsverhoging bevestigt nog eens dat het mogelijk is om – wellicht bij benadering – een berekening van het effect van de energietoeslag op de prijzen voor isolerend dubbelglas te maken. Blijkens de brief van Pilkington van 21 oktober 2004 en de tabel bij haar brief van 24 september 2004, in onderlinge samenhang bezien, komt volgens Pilkington een energietoeslag van EUR 0,065 per kilogram glas neer op een gemiddelde prijsverhoging van zes tot zeven procent. De door Scheuten in het voorjaar van 2005 ingevoerde energietoeslag bedroeg EUR 0,06 per kilogram glas en was daarmee een fractie lager dan van die van Pilkington. Gelet hierop, concludeert de Raad dat de door Scheuten in het voorjaar van 2005 ingevoerde energietoeslag leidt tot een verhoging van de prijzen voor isolerend dubbelglas in dezelfde orde van grootte als die aangekondigd door de drie andere betrokken ondernemingen, namelijk rond de 5 tot 6%.

Conclusie met betrekking tot afspraak over een procentuele prijsverhoging

147. Gelet op het vorenstaande, ziet de Raad in de zienswijze van Scheuten geen grond voor een andere conclusie ten aanzien van de feiten en omstandigheden met betrekking tot de afspraak over een procentuele prijsverhoging dan die weergegeven in de randnummers 124 t/m 133 van dit besluit.

4.3 Afspraak over minimumprijzen

148. Hieronder zal de Raad de feiten en omstandigheden vaststellen die verband houden met de door de betrokken ondernemingen gevoerde overleggen over minimumprijzen en de over deze prijzen gemaakte afspraken.
149. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat tijdens de bijeenkomst op 18 mei 2004 in restaurant De Fuik over minimumprijzen is gesproken [vertrouwelijk]¹¹⁸
150. De heer [vertrouwelijk] heeft bevestigd dat de betrokken ondernemingen bij de bijeenkomst op 18 mei 2004 in restaurant De Fuik over minimumprijzen hebben

¹¹⁸ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

gesproken. Op de vraag van de NMa of bij deze bijeenkomst ook over minimumprijzen is gesproken heeft hij geantwoord: [vertrouwelijk]¹¹⁹

151. Volgens de heer [vertrouwelijk] waren de algemene prijsverhogingen en de minimumprijzen geen gescheiden gespreksonderwerpen. Hij heeft over het verband tussen de procentuele prijsverhogingen en de minimumprijzen verklaard: [vertrouwelijk]¹²⁰
152. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat de betrokken ondernemingen vervolgens bij de bijeenkomst op 29 september 2004 [vertrouwelijk] daadwerkelijk een minimumprijslijst hebben opgesteld.
153. De heer [vertrouwelijk] heeft hierover verklaard: [vertrouwelijk].
154. Over de totstandkoming van de prijzen op de minimumprijslijst heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard: [vertrouwelijk]¹²¹
155. [vertrouwelijk] een prijslijst met het opschrift "*Nieuwe bodemprijzen per 15 november 2004*" [vertrouwelijk]. Hierop staan achttien typen dubbelglas vermeld met daarachter steeds een prijs in euro's.¹²²
156. De heer [vertrouwelijk] heeft aangegeven dat dit document een minimumprijslijst is. Hij heeft over dit 'blaadje' verklaard: [vertrouwelijk].¹²³ En voorts: [vertrouwelijk].¹²⁴
157. Nadat de NMa de heer [vertrouwelijk] heeft verzocht om de in randnummer 154 van dit besluit bedoelde vijf producten aan te vinken, blijkt dat het om zes producten gaat en dat de prijzen van de overige twaalf producten op het lijstje hiervan zijn afgeleid. De heer [vertrouwelijk]¹²⁵
158. De heer [vertrouwelijk] heeft voorts over de totstandkoming van de prijzen verklaard: [vertrouwelijk]¹²⁶
159. De heer [vertrouwelijk] heeft bevestigd dat tijdens de bijeenkomst op 29 september 2004 een minimumprijslijst voor dubbelglas tot stand is gekomen [vertrouwelijk]. Volgens de heer [vertrouwelijk] is het mogelijk dat hij een lijstje heeft gemaakt met isolerend-

¹¹⁹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹²⁰ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹²¹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹²² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹²³ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹²⁴ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹²⁵ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹²⁶ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

dubbelglasproducten met de dan geldende marktprijzen om op 29 september 2004 uit te delen aan de deelnemers van dat overleg. Hij heeft hierover verklaard: [vertrouwelijk].¹²⁷

160. En voorts: [vertrouwelijk].¹²⁸
161. Over de totstandkoming van de minimumprijslijst heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard: [vertrouwelijk].¹²⁹
162. De heer [vertrouwelijk] heeft over de doelstelling van de minimumprijzen verklaard dat door minimumprijzen te hanteren, werd vermeden dat de klanten zouden overlopen naar de concurrent.¹³⁰
163. En voorts over die doelstelling: [vertrouwelijk].¹³¹
164. De heer [vertrouwelijk] heeft over de afspraken met betrekking tot minimumprijzen verklaard: [vertrouwelijk].
165. En voorts: [vertrouwelijk].
166. Volgens de heer [vertrouwelijk] werd met het overeenkomen en toepassen van minimumprijzen ook beoogd te voorkomen dat bij grote projecten de verkoopprijzen van dubbelglas onder de kostprijs van dubbelglas zouden uitkomen. De minimumprijs van dubbelglas zat heel dicht bij de kostprijs van dat glas, [vertrouwelijk].¹³²
167. De heer [vertrouwelijk] heeft aangegeven dat hij na de bijeenkomst van 29 september 2004 zijn handgeschreven aantekeningen heeft uitgetypt op zijn computer. [vertrouwelijk], aldus de heer [vertrouwelijk].¹³³
168. De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat het afgesproken minimumprijsniveau mondeling aan de verkoopafdeling werd doorgegeven.¹³⁴
169. De heer [vertrouwelijk] van Scheuten, die, zoals hiervoor reeds vastgesteld, aanwezig was bij de bijeenkomsten van 18 mei en 29 september 2004, heeft ontkend betrokken te zijn geweest bij het vaststellen van minimumprijzen. Hij heeft hierover verklaard: " *Ik heb nooit*

¹²⁷ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹²⁸ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹²⁹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹³⁰ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹³¹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹³² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹³³ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹³⁴ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

*over prijsstijgingen of minimumprijzen gesproken*¹³⁵ en *"Maar er zijn nooit, waar ik bij ben geweest, prijsafspraken gemaakt en ook geen minimumprijzen genoemd."*

170. Wel kwam het voor dat men elkaar aansprak op het feit dat de ander te lage prijzen rekende, aldus de heer [vertrouwelijk]. Zo heeft hij verklaard: *"Het enige wat gebeurde was dat men zei: "Je hebt veel te lage prijzen. Wij zitten allemaal hoger." Dan zei ik: "En wat zit je daar dan en wat zit je daar dan?" Dat heb ik wel gezegd. Ze wilden mij denk ik onder druk zetten om zo de prijs omhoog te brengen. Dat zullen ze wel geprobeerd hebben. Maar dan zouden zij de lachende derde zijn en ik mijn omzet missen."*¹³⁶
171. En voorts: *"Het kan best zijn dat ik heb gezegd: "Hé [vertrouwelijk], je moet even opletten. Je zit daar bij Rapid Pane bij Randstad te rommelen en dat als je oorlog wilt dan moet je het nou zeggen, want dan kun je dat krijgen". Ja, dat soort dreigementen, dat deed ik wel. Ja, dat kan ik met 100% zekerheid zeggen."*¹³⁷
172. De heer [vertrouwelijk] van Scheuten heeft verklaard dat er in zijn bijzijn nooit is gesproken over minimumprijzen en prijsverhogingen.¹³⁸
173. De heer [vertrouwelijk] van Pilkington (voorganger van [vertrouwelijk]) heeft in eerste instantie verklaard dat er gesprekken zijn geweest over het in stand houden van de prijzen, maar zich niet te kunnen herinneren wanneer dit is geweest.¹³⁹ Hij heeft voorts aangegeven dat als er met elkaar over prijzen werd gesproken, een ieder klaagde over het prijspeil in de markt: *"Er werd dan wel eens aangegeven om een minimummaat aan te houden."* Volgens de heer [vertrouwelijk] kan hij best wel eens iets gezegd hebben in de trant van: *"dat we minimaal zoiets moeten hebben anders dan ga ik in het rood en draai ik verlies."* De anderen waren hier dan soms mee akkoord en soms ook niet, aldus de heer [vertrouwelijk].¹⁴⁰ Op de vraag van de NMa of er concrete prijzen zijn genoemd, heeft de heer [vertrouwelijk] aangegeven dat dit wel voorkwam. Volgens hem werd er dan zoiets gezegd als: *"Dat bedrag moet je toch zeker hebben."*¹⁴¹
174. Bij een later verhoor heeft de heer [vertrouwelijk] zich met betrekking tot vragen van de NMa over verklaringen van anderen aangaande minimumprijzen en voorgenomen prijsstijgingen beroepen op het zwijgrecht.¹⁴²

¹³⁵ Zie dossierstuk 5965_4/47, verklaring de heer [vertrouwelijk] van 3 oktober 2007, p. 2 (volgnummer 103).

¹³⁶ Zie dossierstuk 5965_4/47, verklaring de heer [vertrouwelijk] van 3 oktober 2007, p. 10 (volgnummer 103).

¹³⁷ Zie dossierstuk 5965_4/47, verklaring de heer [vertrouwelijk] 3 oktober 2007, p. 5 (volgnummer 103).

¹³⁸ Zie dossierstuk 5965_4/76, verklaring de heer [vertrouwelijk] 26 maart 2009, p. 7 (volgnummer 207).

¹³⁹ Zie dossierstuk 5965_5/21, verklaring de heer [vertrouwelijk] 3 oktober 2007, p. 9 (volgnummer 90).

¹⁴⁰ Zie dossierstuk 5965_5/21, verklaring de heer [vertrouwelijk] 3 oktober 2007, p. 10 (volgnummer 90).

¹⁴¹ Zie dossierstuk 5965_5/21, verklaring de heer [vertrouwelijk] 3 oktober 2007, p. 11 (volgnummer 90).

¹⁴² Zie dossierstuk 5965_5/39, verklaring de heer [vertrouwelijk] 11 maart 2009, p. 3 (volgnummer 146).

175. Ook de heer [vertrouwelijk] van Pilkington heeft zich met betrekking tot vragen over minimumprijzen voor isolerend dubbelglas op het zwijgrecht beroepen.¹⁴³
176. De NMa heeft tijdens het bedrijfsbezoek bij Pilkington een prijslijst aangetroffen die wat betreft samenstelling en prijzen duidelijke overeenkomsten vertoont met het hiervoor vermelde [vertrouwelijk] document.¹⁴⁴ De lijst van Pilkington vermeldt vijftien producten die ook allemaal staan vermeld op de lijst [vertrouwelijk]. Op de lijst [vertrouwelijk] zijn daarnaast nog drie andere producten opgenomen. Op beide lijsten zijn de producten ingedeeld in drie categorieën, te weten: HR ++, Blank en Zonwerend. Voor vier producten geldt dat daarachter op beide lijsten exact dezelfde prijs is vermeld. Voor nog eens zes andere producten geldt dat het verschil tussen de daarachter vermelde prijzen maximaal EUR 0,50 bedraagt. Onderaan de lijst van Pilkington is met de hand geschreven – onder meer – “*1 okt. the above prices are minimum*”.
177. De NMa heeft de bij Pilkington aangetroffen prijslijst getoond aan de heer [vertrouwelijk], die in de periode 2004 - 2005 Business Unit Manager was van de vestigingen van Pilkington in Venlo en Maastricht en verantwoordelijk voor het prijsbeleid. Bij de vraag van de NMa of hij deze lijst kende en of hij de handgeschreven tekst hierop kon duiden, heeft de heer [vertrouwelijk] een beroep gedaan op het zwijgrecht. De onderste regel van de handgeschreven tekst leek echter wel op zijn handschrift, aldus de heer [vertrouwelijk].¹⁴⁵

Tussenconclusie

178. De Raad stelt op grond van de verklaringen van [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] vast dat de betrokken ondernemingen tijdens de bijeenkomsten van 18 mei 2004 en 29 september 2004 (behalve over prijsverhogingen) ook hebben gesproken over minimumprijzen voor verschillende isolerend-dubbelglasproducten. De Raad heeft in randnummers 125 en 126 van dit besluit reeds aangegeven op grond waarvan hij tot het oordeel is gekomen dat vertegenwoordigers van de vier betrokken ondernemingen daadwerkelijk bij deze bijeenkomsten aanwezig zijn geweest.
179. Tijdens de bijeenkomst van 18 mei 2004 hebben de betrokken ondernemingen, behalve over een procentuele prijsverhoging, ook gesproken over minimumprijzen. [vertrouwelijk]. Blijkens de verklaringen [vertrouwelijk] hebben de vertegenwoordigers van de vier betrokken ondernemingen vervolgens bij de bijeenkomst [vertrouwelijk] op 29 september 2004 gediscussieerd en informatie uitgewisseld over de door hen gewenste minimumprijzen voor verschillende isolerend dubbelglas-producten en zijn bij die

¹⁴³ Zie dossierstuk 5965_5/40, verklaring de heer [vertrouwelijk] 10 maart 2009, p. 3 (volgnummer 184).

¹⁴⁴ Zie dossierstuk 5965_5/39, achter verklaring de heer [vertrouwelijk] 11 maart 2009 (volgnummer 146).

¹⁴⁵ Zie dossierstuk 5965_5/63, verklaring de heer [vertrouwelijk] 20 maart 2009, p. 5 (volgnummer 190).

gelegenheid ook daadwerkelijk minimumprijzen vastgesteld. Deze verklaringen worden bevestigd door de bij [vertrouwelijk] en Pilkington aangetroffen minimumprijzlijsten, die qua samenstelling en prijzen duidelijke overeenkomsten vertonen. De verklaring van de heer [vertrouwelijk], zoals weergegeven in randnummer 173, waarin hij – in het algemeen – heeft erkend dat de betrokken ondernemingen onderling spraken over het in stand houden van de prijzen door een “minimummaat”, maakt het vorenstaande des te aannemelijker.

180. Gebleken is voorts dat de heer [vertrouwelijk] ten behoeve van de bijeenkomst op 29 september 2004 een lijst heeft gemaakt met verscheidene isolerend dubbelglas-producten en dat deze lijst de basis vormde voor het vaststellen van de minimumprijzen. De [vertrouwelijk] minimumprijzlijst is door de heer [vertrouwelijk] zelf opnieuw opgesteld, aan de hand van zijn tijdens deze bijeenkomst gemaakte aantekeningen, zo kan uit de verklaring van de heer [vertrouwelijk] worden afgeleid. Gezien ook de bij Pilkington aangetroffen minimumprijzlijst, is aannemelijk dat de andere vertegenwoordigers bij de bijeenkomst van 29 september 2004 hetzelfde hebben gedaan. Dat de minimumprijzlijsten van [vertrouwelijk] en Pilkington niet volledig identiek zijn, is naar het oordeel van de Raad derhalve naar alle waarschijnlijkheid te verklaren door het feit dat deze documenten (deels) interne vertalingen zijn van de gemaakte afspraken.
181. Blijkens de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] golden de minimumprijzen voor de grote klanten, dat wil zeggen klanten die een grotere hoeveelheid isolerend dubbelglas afnamen. Het kon daarbij gaan om projecten, maar ook om klanten die op regelmatige basis grotere partijen afnamen. Deze grote klanten zouden de algemene prijsverhogingen, die voor alle klanten golden, niet één op één accepteren, zodat met hen in onderhandeling moest worden getreden. Door minimumprijzen af te spreken werd voorkomen dat de grote klanten dan zouden overlopen naar de concurrent en dat bij grote projecten de verkoopprijzen onder de kostprijs zouden uitkomen, zo volgt uit de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk]. De Raad stelt vast dat de afspraak over het hanteren van minimumprijzen een aanvulling vormde op de afspraak om de prijzen van isolerend dubbelglas met 10 tot 12% te verhogen.

Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad

182. Scheuten betwist dat zij tijdens de bijeenkomsten van 18 mei 2004 en 29 september 2004 heeft deelgenomen aan gesprekken met andere betrokken ondernemingen over minimumprijzen dan wel hierover afspraken heeft gemaakt. Volgens haar beschikt de NMa ook niet over voldoende bewijs dat zij hierbij betrokken is geweest. Scheuten wijst er in dit verband op dat de NMa bij haar geen minimumprijzlijst of instructies met betrekking tot minimumprijzen heeft aangetroffen. Zij betoogt voorts dat uit het feit dat de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] vele malen hebben verklaard dat zij Scheuten

hebben aangesproken op het hanteren van in hun ogen te lage prijzen, kan worden afgeleid dat de "floaters" er zelf niet van uitgingen dat Scheuten meedeed aan het kartel, althans dat zij hierover sterke twijfels hadden.

183. De Raad overweegt dat het enkele feit dat de NMa bij Scheuten geen minimumprijslijst of instructies met betrekking tot minimumprijzen heeft aangetroffen, onvoldoende grond is voor de conclusie dat Scheuten, ondanks de hiervoor reeds vastgestelde aanwezigheid van de heer [vertrouwelijk] bij de bijeenkomst op 29 september 2004 en de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk], niet betrokken is geweest bij het vaststellen van minimumprijzen. De Raad merkt voorts op dat, zoals duidelijk uit de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] van Scheuten spreekt, Scheuten en de drie andere betrokken ondernemingen *elkaar* aanspraken op het feit dat de anderen te lage prijzen rekenden. Dit gedrag toont aan dat de betrokken ondernemingen een bepaald prijsniveau in de markt wilden handhaven en is derhalve veeleer een aanwijzing dat zij wel gezamenlijk minimumprijzen hebben besproken.

Conclusie met betrekking tot minimumprijzen

184. De Raad ziet in de zienswijze van Scheuten geen aanleiding om zijn (tussen-)conclusie ten aanzien van de minimumprijzen, zoals weergegeven in randnummers 178 t/m 181 van dit besluit, te herzien.

5 JURIDISCHE BEOORDELING

5.1 Beoordeling artikel 6 Mw

185. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan 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, eerste lid, VWEU. Dit betekent dat de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie)¹⁴⁶ voor de uitleg van artikel 6 Mw richtinggevend zijn.

¹⁴⁶ Vanaf 1 december 2009 maken het Hof van Justitie (het voormalige Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen) en het Gerecht (het voormalige Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen) deel uit van één rechterlijk stelsel onder de naam Hof van Justitie van de Europese Unie.

5.1.1 Onderneming

186. AGC, Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington waren ten tijde van de gedragingen waarop het rapport betrekking heeft alle actief op het gebied van de productie en verkoop van isolerend dubbelglas. Zij verrichtten daarmee economische activiteiten. De betrokken ondernemingen zijn ondernemingen in de zin van artikel 1, aanhef en onder sub f, Mw.

5.1.2 Overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging

Kader

187. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder e, Mw wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder overeenkomst verstaan een overeenkomst in de zin van artikel 101, eerste lid, VWEU. Blijkens de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet is de vorm waarin afspraken zijn neergelegd niet bepalend voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 101, eerste lid, VWEU. Het Hof van Justitie en de Commissie hanteren ook een ruimere omschrijving van het begrip overeenkomst dan het Burgerlijk Wetboek. Zo hoeft geen sprake te zijn van de mogelijkheid afspraken rechtens af te dwingen.¹⁴⁷ Een mondelinge afspraak kan volstaan.¹⁴⁸ Wel moet er sprake zijn van wilsovereenstemming tussen economisch onafhankelijke ondernemingen om rekening te houden met elkaars belangen en zich te onderwerpen aan economische, sociale of morele druk.¹⁴⁹ Van belang is met name dat de deelnemende ondernemingen hun gezamenlijke wil te kennen hebben gegeven om zich op de markt op een bepaalde manier te gedragen.¹⁵⁰
188. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder h, Mw wordt onder onderling afgestemde feitelijke gedraging verstaan een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101, eerste lid, VWEU. Volgens vaste rechtspraak wordt een onderling afgestemde feitelijke gedraging gekenmerkt door een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie bewust vervangt door een feitelijke samenwerking.¹⁵¹

¹⁴⁷ HvJ EG 16 december 1975, gev. zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, *Suiker Unie e.a. vs Commissie*, Jur. 1995, p. 1663, r.o. 173.

¹⁴⁸ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3 (MvT), p. 57, waarin het arrest van het HvJ EG 20 juni 1978, zaak 28/77, *Tepea vs Commissie*, Jur 1978, 141 wordt aangehaald.

¹⁴⁹ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, (MvT), p. 11.

¹⁵⁰ HvJ EG 15 juli 1970, zaak 41/69, *ACF chemiefarma*, Jur. 1970, p. 661, r.o. 112; HvJ EG 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78 en 218/78, *Heintz van Landewyck*, Jur. 1980, p. 3125, r.o. 86; beschikking van de Commissie van 7 juni 2000, *Aminozuren*, PbEG van 7 juni 2001, nr. L152, p. 24, punt 185.

¹⁵¹ HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 26 en HvJ EG, 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, blz. 619, r.o. 64.

189. De begrippen coördinatie en samenwerking dienen te worden verstaan in het licht van de in de EG-verdragsbepalingen inzake de mededinging besloten veronderstelling dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze zelfstandigheidseis ontnemt de ondernemer niet het recht zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten aan te passen. Daarentegen staat deze eis wel onverbiddelijk in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen.¹⁵²
190. Uit de bewoordingen van artikel 101, eerste lid, VWEU en artikel 6, eerste lid, Mw blijkt voorts dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging naast afstemming tussen de ondernemingen ook een daarop volgend marktgedrag vereist, alsmede een oorzakelijk verband tussen afstemming en marktgedrag. De ondernemingen die aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging deelnemen en op de markt actief blijven, worden echter, behoudens door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs, vermoed bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening te blijven houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld.¹⁵³ Wanneer kan worden aangetoond dat deze ondernemingen hun gedragingen op elkaar hebben afgestemd en op de markt actief zijn gebleven, mag worden geëist dat zij het bewijs leveren dat die afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad.¹⁵⁴
191. Een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen kan de uitdrukking zijn van één enkele overtreding die ten dele onder het begrip overeenkomst en ten dele onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging valt.¹⁵⁵ Het is in een dergelijk geval niet noodzakelijk de inbreuk uitsluitend als één van beide vormen te kwalificeren. Derhalve kan een dergelijke overtreding als een overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gekwalificeerd, zonder dat gelijktijdig en cumulatief behoeft te worden

¹⁵² HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111 en 113-114/73, *Suiker Unie*, r.o. 173-174; HvJ EG 14 juli 1981, zaak 172/80, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*, r.o. 13-14; HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-89/85, *Ahlström Osaakeyhtiö e.a. vs Commissie*, r.o. 63; HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-7/95 P, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, r.o. 86-87; HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p1-4125, r.o. 116-117.

¹⁵³ HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-199/92 P, *Hüls/Commissie*, Jur. 1999, blz. I-4287, r.o. 162.

¹⁵⁴ HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 61.

¹⁵⁵ HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA/Commissie*, Jur. 1999, blz. I-4125, r.o. 112-114 en en GvEA EG, 20 maart 2002, zaak T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a./Commissie*, Jur. 2002, p. II-1487, r.o. 188.,

bewezen dat elk van de feitelijke bestanddelen zowel de karakteristieken van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoont.¹⁵⁶

192. Een inbreuk op de mededinging kan niet alleen voortvloeien uit een op zichzelf staande gedraging, maar eveneens uit een reeks van handelingen of een voortgezette of voortdurende gedraging.¹⁵⁷ Wanneer de verschillende handelingen, wegens hun identieke doel, te weten de mededinging binnen de markt verstoren, deel uitmaken van een “totaalplan”, mag de Raad de verantwoordelijkheid voor die handelingen bepalen aan de hand van de deelneming aan de betrokken inbreuk in haar geheel.¹⁵⁸
193. Om de deelname aan een mededingingsbeperkende afspraak genoegzaam te bewijzen, volstaat het voorts, volgens vaste rechtspraak, dat de Raad aantoont dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsverstorende overeenkomsten zijn gesloten. Wanneer de deelname aan dergelijke bijeenkomsten is aangetoond, dient die onderneming aanwijzingen te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelname aan die bijeenkomsten geen mededingingsrechtelijke bedoeling had, en wel door aan te tonen dat zij haar concurrenten duidelijk had gemaakt, dat zij vanuit een andere optiek dan zij aan die bijeenkomsten deelnam.¹⁵⁹ Aan dit uitgangspunt ligt de redenering ten grondslag dat een onderneming die aan die bijeenkomsten heeft deelgenomen zonder zich publiekelijk daarvan te distantiëren, bij de andere deelnemers de indruk heeft gewekt dat zij het eens was met het resultaat ervan en dat zij zich daaraan zou houden.¹⁶⁰
194. Een onderneming die deelneemt – in welke vorm dan ook – aan een met artikel 6, eerste lid, Mw strijdige inbreuk door handelingen die bijdragen tot de verwezenlijking van een gemeenschappelijke doelstelling, is aansprakelijk voor de gedragingen van de andere ondernemingen in het kader van dezelfde inbreuk. Dit is in het bijzonder het geval wanneer vaststaat dat de betrokken onderneming de onwettige gedragingen van de andere

¹⁵⁶ GvEA EG, 24 oktober 1991, zaak T-1/89, *Rhône-Poulenc SA/Commissie*, Jur. 1991, blz. II-867, r.o. 127.

¹⁵⁷ HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA t. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 81 en GvEA EG, 16 december 2003, gevoegde zaken T-5/00 en T-6/00, *Nederlandse Federatie Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie B.V. t. Commissie*, r.o. 372, hierna bevestigd in HvJ EG, 21 september 2006, zaak C-113/04 P, *Groothandel op Elektrotechnisch Gebied en Technische Unie B.V. t. Commissie*. Zie voorts GvEA EG, 8 juli 2008, zaak T-53/03, BPB, r.o. 257.

¹⁵⁸ Vergelijk Hv EG 7 januari 2004, zaak C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Aalborg Portland e.a. vs Commissie*, Jur., p. I-123, r.o. 258.

¹⁵⁹ Arresten van HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-199/92 P, *Hüls vs Commissie*, Jur., p. I-4287, r.o. 155 en HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 96. Zie o.a. zaak T-141/89, *Trefileurope*, Jur. 1995 II-791, r.o. 85; zaak T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft*, Pb 2002 C 156 d.d. 29 juni 2002, r.o. 223-227; GvEA 5 december 2006, zaak T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland vs Commissie*, r.o. 76, 124, 138-139.

¹⁶⁰ HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Aalborg Portland e.a. vs Commissie*, Jur. blz. I-123, r.o. 82. Zie ook Gerecht, 28 april 2010, zaak T-452/05, *BST*, r.o. 37.

deelnemers kende of deze redelijkerwijs had kunnen voorzien of kennen, en bereid was het risico ervan te aanvaarden.¹⁶¹

Toepassing op de feiten en omstandigheden van deze zaak

195. De Raad stelt op grond van de in hoofdstuk 4 vastgestelde feiten en omstandigheden vast dat de betrokken ondernemingen vanaf 18 mei 2004 ervoor hebben gekozen samen te werken in plaats van te concurreren. Vanaf die datum zijn de prijzen (het prijsniveau) van isolerend dubbelglas verschillende keren onderwerp van gesprek tussen de betrokken ondernemingen geweest; op 18 mei 2004, 29 september 2004 en 16 maart 2005 hebben de betrokken ondernemingen elkaar hierover gesproken. Er is tijdens deze bijeenkomsten sprake geweest van wederkerige contacten.
196. Op 18 mei 2004 hebben de betrokken ondernemingen wilsovereenstemming bereikt over het verhogen van de prijzen voor isolerend dubbelglas met uiteindelijk 10 tot 12%. Zij hebben op dat moment immers de gemeenschappelijke wil te kennen gegeven om deze prijsverhoging door te voeren. Ook was er wilsovereenstemming over dat deze prijsverhoging in twee etappes zou plaatsvinden. Over andere details – de perioden waarin de twee stappen gezet zouden worden (oktober/november 2004 en in het voorjaar van 2005) – bereikte men tijdens de bijeenkomst van 29 september 2004 overeenstemming. Tijdens de bijeenkomst van 16 maart 2005 troffen de betrokken ondernemingen elkaar nogmaals en heeft men de gemaakte afspraken (her-)bevestigd.
197. De betrokken ondernemingen hebben tijdens de bijeenkomsten van 18 mei en 29 september 2004 ook gesproken over minimumprijzen. Zij zijn vervolgens op 29 september 2004 concrete minimumprijzen overeengekomen. In dat kader hebben de betrokken ondernemingen tijdens deze bijeenkomst onderling gediscussieerd en informatie uitgewisseld over de door hen gewenste minimumprijzen voor verschillende isolerend-dubbelglasproducten.
198. De Raad stelt vast dat beide onderwerpen – de procentuele prijsverhoging in twee stappen en de minimumprijzen – (uiterst) concurrentiegevoelig zijn en behoren tot de strategie die een onderneming normaliter zelfstandig bepaalt en behoort te bepalen. Naar het oordeel van de Raad hebben de betrokken ondernemingen dan ook de risico's van onderlinge concurrentie bewust vervangen door feitelijke samenwerking.

¹⁶¹ HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA/Commissie*, Jur. 1999, blz. I-4125, r.o. 83, en HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Aalborg Portland e.a. vs Commissie*, Jur. blz. I-123, r.o. 83. Zie ook Gerecht, 28 april 2010, zaak T-452/05, *BST*, r.o. 37.

199. Wat betreft de hiervoor genoemde procentuele prijsverhoging in twee stappen staat naar het oordeel van de Raad vast dat de betrokken ondernemingen uitvoering hebben gegeven aan de gemaakte afspraken. Zoals in paragraaf 4.2 overwogen, hebben AGC, Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington allen prijsverhogingen voor isolerend dubbelglas in het najaar van 2004 en in het voorjaar van 2005, met uiteindelijk in totaal 10 tot 12 %, aan hun klanten aangekondigd.
200. De Raad acht voorts aangetoond dat de betrokken ondernemingen de afgesproken minimumprijzen een rol hebben laten spelen bij hun onderhandelingen met afnemers. De Raad leidt dit in de eerste plaats af uit de verklaringen van de zijde van [vertrouwelijk], waaruit naar voren komt dat de betrokken ondernemingen de minimumprijzen nu juist vooral met dat oogmerk – te weten inzet als hulpmiddel bij onderhandelingen – hebben vastgesteld. De Raad wijst daarbij ook op [vertrouwelijk] verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk], waaruit blijkt dat zij de afgesproken minimumprijzen daadwerkelijk hebben doorgegeven aan (bepaalde) verkoopmedewerkers binnen hun onderneming. De heer [vertrouwelijk] ging er daarbij van uit dat [vertrouwelijk]. De Raad hecht voorts waarde aan het feit dat op de bij [vertrouwelijk] en Pilkington aangetroffen minimumprijzlijsten een concrete datum is vermeld. Dit was kennelijk de datum met ingang waarvan de minimumprijzen zouden gelden en vormt eveneens een bevestiging van het feit dat de betrokken ondernemingen deze prijzen een rol hebben laten spelen bij hun onderhandelingen met afnemers. Hoe dan ook constateert de Raad dat AGC, Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington na de bijeenkomsten van 18 mei en 29 september 2004 actief zijn gebleven op het gebied van de productie en de verkoop van isolerend dubbelglas. Gelet hierop, moet ervan worden uitgegaan dat zij bij het bepalen van hun marktgedrag rekening hebben gehouden met hetgeen zij hadden afgestemd en aan informatie hadden uitgewisseld en de risico's van onderlinge mededinging welbewust hebben uitgeschakeld.
201. Naar het oordeel van de Raad hadden de hiervoor beschreven gedragingen van de betrokken ondernemingen tijdens en na de bijeenkomsten van 18 mei 2004, 29 september 2004 en 16 maart 2005 steeds één enkel gemeenschappelijk doel, namelijk het verhogen van het prijsniveau voor isolerend dubbelglas en het beschermen van de prijs tegen onderlinge (prijs)concurrentie en daarmee het creëren van 'rust op de markt'. Zoals reeds aangegeven in paragraaf 4.3 van dit besluit, vormt de afspraak over het hanteren van minimumprijzen een aanvulling op de afspraak over de procentuele prijsverhoging in twee stappen: de gecoördineerde minimumprijzen waren bedoeld om het hoofd te bieden aan (met name grote) klanten die de procentuele prijsverhoging niet zouden accepteren en moesten – net als de gecoördineerde procentuele prijsverhoging – voorkomen dat de betrokken ondernemingen door deze klanten tegen elkaar zouden worden uitgespeeld, waardoor een procentuele prijsverhoging bij deze klanten niet of niet voldoende

gerealiseerd zou kunnen worden. De gecoördineerde minimumprijzen zorgden daarmee voor extra comfort voor de betrokken ondernemingen en vormden een extra middel om het hiervoor genoemde doel te bereiken.

202. De verklaringen van de heer [vertrouwelijk] vormen een bevestiging van het oordeel van de Raad over het doel van de gemaakte prijsafspraken: [vertrouwelijk]¹⁶²
203. De verklaringen van de heer [vertrouwelijk] schetsen eenzelfde beeld; volgens hem was het doel van de prijsafspraken om prijserosie te voorkomen¹⁶³ en om rust in de markt te brengen: [vertrouwelijk].¹⁶⁴
204. Gelet op het vorenstaande en op voormeld gemeenschappelijk doel, kwalificeert de Raad de hiervoor beschreven gedragingen tezamen als één overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101 VWEU. Een nadere kwalificatie waarbij de Raad een keuze maakt tussen een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ligt in het onderhavige geval van een enkele inbreuk niet voor de hand. Een element van de inbreuk kan immers tegelijkertijd de kenmerken vertonen van beide vormen van onrechtmatig gedrag, terwijl andere elementen duidelijk kunnen worden teruggevoerd op één van beide.¹⁶⁵ In het navolgende hanteert de Raad voor het samenstel van de verschillende gedragingen waar nodig de term 'afspraken' of 'afspraken over de procentuele prijsverhoging' dan wel 'afspraken over minimumprijzen'.

Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad

205. Scheuten betoogt dat zij steeds onafhankelijk (zelfstandig) haar prijsbeleid heeft bepaald (en wel op klant- en daarmee vestigingsniveau) en dat zij niet betrokken is geweest bij de uitvoering van prijsafspraken. Volgens Scheuten is dan ook geen sprake van een oorzakelijk verband tussen de aangekondigde prijsverhogingen en de in het rapport beschreven afspraken. Scheuten wijst in dit verband onder meer op de omstandigheid dat de eind oktober 2004 door haar verstuurd aankondiging van een prijsverhoging van 5% het gevolg was van de verhoging van de prijs voor floatglass, de belangrijkste grondstof voor isolerend dubbelglas. Ook wijst Scheuten op het feit dat Pilkington, Saint-Gobain en Glaverbel hun klanten reeds hadden meegedeeld hun prijzen te zullen verhogen en dat Scheuten dus "slechts" gebruik maakte van de ruimte die door de prijsverhogingen van haar concurrenten ontstond.

¹⁶² Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹⁶³ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹⁶⁴ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

¹⁶⁵ GvEA EG, 20 april 1999, zaak T-305/94, *PvC II*, r.o. 696.

206. Scheuten betoogt voorts dat de aangekondigde prijsverhogingen in ieder geval niet feitelijk zijn doorgevoerd, omdat volgens Scheuten deze aankondigingen in essentie niet meer waren dan een uitnodiging aan haar klanten om over de eerder overeengekomen prijzen te heronderhandelen.
207. Scheuten wijst ter onderbouwing van haar betoog dat zij de gestelde afspraken niet heeft uitgevoerd op een door het accountantskantoor Ernst & Young opgesteld rapport. Uit dit rapport zou blijken dat Scheuten de procentuele prijsverhoging in de praktijk niet heeft toegepast; de prijzen in het najaar van 2004 daalden eerder dan dat zij een stijging vertoonden. Ook blijkt uit dit rapport dat Scheuten lagere prijzen dan de gestelde minimumprijzen heeft gefactureerd, aangeboden en op prijslijsten heeft opgenomen. De gestelde minimumprijslijst is door haar derhalve nooit nageleefd, net zomin als dat zij in haar handelspraktijk met minimumprijzen heeft gewerkt, aldus Scheuten.
208. Scheuten betoogt ten slotte dat, mocht de NMa kunnen aantonen dat Scheuten niettemin aanwezig is geweest bij besprekingen waar mededingingsinbreuken aan de orde zijn geweest, Scheuten hiervan uitdrukkelijk afstand heeft gedaan.
209. Zoals de Raad in hoofdstuk 4 heeft vastgesteld, is bij de verschillende, aldaar beschreven bijeenkomsten tijdens welke wilsovereenstemming is bereikt over procentuele prijsverhogingen en minimumprijzen en gediscussieerd is over het prijsniveau voor isolerend dubbelglas, steeds een vertegenwoordiger van Scheuten aanwezig geweest. Zoals opgemerkt in randnummers 193 van dit besluit, volstaat dit voor de conclusie dat Scheuten aan deze mededingingsbeperkende afspraken heeft deelgenomen, tenzij zij kan aantonen dat zij zich publiekelijk van deze gedragingen heeft gedistantieerd.
210. Naar het oordeel van de Raad is Scheuten daar niet in geslaagd. Het betoog van Scheuten dat zij zich bij de bijeenkomst van 18 mei 2004 publiekelijk heeft gedistantieerd vindt geen enkele bevestiging in de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk], terwijl ook de aanwezigheid van de heer [vertrouwelijk] bij de latere bijeenkomst [vertrouwelijk] op 29 september 2004 er niet op duidt dat Scheuten eerder openlijk afstand had genomen van de hiervoor beschreven gedragingen.
211. Wat betreft de invoering door Scheuten in het voorjaar van 2005 van een energietoeslag merkt de Raad op dat hij deze toeslag als uitvoering en niet als distantieering van de gemaakte afspraken beschouwt. De Raad verwijst hiervoor naar randnummers 132, 133, 145 en 146 van dit besluit.
212. Ook overigens bevat het dossier geen aanwijzingen dat Scheuten zich tijdens de bijeenkomsten tegen de hiervoor beschreven gedragingen heeft verzet. Scheuten heeft

daarmee bij de andere betrokken ondernemingen de indruk gewekt dat zij het eens was met de gemaakte afspraken en dat zij zich daaraan zou houden. De enkele omstandigheid dat de betrokken ondernemingen het niet altijd eens met elkaar waren en elkaar bijvoorbeeld aanspraken wanneer prijzen waren gehanteerd die onder het niveau van de overeengekomen minimumprijzen lagen, acht de Raad daartoe onvoldoende.

213. De stilzwijgende instemming en/of goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, waarvan niet openlijk afstand wordt genomen en dat niet bij de administratieve instanties wordt aangegeven, leidt ertoe dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid leidt op zijn minst tot een passieve deelname aan de onrechtmatige gedraging waarvoor de onderneming in het kader van één enkele inbreuk aansprakelijk kan worden gesteld.¹⁶⁶
214. Ten aanzien van het betoog van Scheuten dat zij zelfstandig haar marktgedrag heeft bepaald en geen sprake is van een oorzakelijk verband tussen de afspraken over de procentuele prijsverhoging en haar marktgedrag, merkt de Raad in de eerste plaats op dat een dergelijk verband alleen een vereiste is in geval van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. De Raad heeft hiervoor echter vastgesteld dat de betrokken ondernemingen (ook) wilsovereenstemming hebben bereikt over een procentuele prijsverhoging.
215. Het betoog dat de procentuele prijsverhoging werd veroorzaakt door de stijging van de prijs voor floatglass, neemt voorts niet weg dat de betrokken ondernemingen tot afspraken over de procentuele prijsverhoging zijn gekomen. De Raad acht het in dit verband hoogst onwaarschijnlijk dat de betrokken ondernemingen zonder de gedragingen tot vergelijkbare prijsverhogingen zouden zijn gekomen (dat wil zeggen in dezelfde orde van grootte) en voor dezelfde timing zouden hebben gekozen. Zonder de afspraken hadden zij immers zelfstandig moeten beoordelen of zij de prijsverhoging van floatglass zelf zouden absorberen dan wel deze geheel of gedeeltelijk zouden doorberekenen aan hun afnemers. De vraag of, in welke mate en op welke momenten de betrokken ondernemingen tot aanpassing van hun prijzen zouden overgegaan zou in dat geval met onzekerheden zijn omgeven. Door de hoogte van de prijsaanpassingen en de timing ervan met elkaar af te spreken, hebben de betrokken ondernemingen elkaar duidelijk "comfort" geboden op deze punten, waardoor de betrokken ondernemingen wisten dat zij de prijsverhoging van floatglass niet zelf hoefden te absorberen en deze konden doorberekenen aan hun afnemers. De Raad wijst hierbij tevens op de [vertrouwelijk] verklaring van de heer [vertrouwelijk], waaruit blijkt dat de verhoging van de prijs voor floatglass voor de betrokken ondernemingen juist aanleiding was om bijeen te komen.

¹⁶⁶ HvJ EG, 7 januari 2004, zaak C-204/00 P e.a., *Aalborg Portland A/S e.a./Commissie*, Jur. 2004, blz. I-123, r.o. 84.

216. Het betoog van Scheuten dat zij haar prijsbeleid op klant- en daarmee op vestigingsniveau bepaalt, doet geen afbreuk aan het voorgaande. Dit heeft er immers niet aan in de weg gestaan dat Scheuten werkte met algemene aankondigingen als voornoemd. Scheuten ontkent dit ook niet, maar meent dat slechts sprake was van een uitnodiging aan haar klanten om te onderhandelen. De omstandigheid dat er onderhandelingen volgden neemt naar het oordeel van de Raad niet weg dat Scheuten conform de afspraken met de andere betrokken ondernemingen heeft gehandeld en daarmee uitvoering heeft gegeven aan deze afspraken. Dat er na aankondiging van de prijsverhogingen onderhandelingen konden volgen was immers bij de betrokken ondernemingen een bekend gegeven. De Raad wijst in dit verband onder meer op de verklaring van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], en antwoorden van Scheuten op vragen van de NMa.¹⁶⁷ Het standpunt van Scheuten dat van doorvoering of toepassing van de procentuele prijsverhogingen geen sprake is geweest, schuift de Raad gelet op het voorgaande terzijde.
217. Ook de stelling van Scheuten dat zij slechts gebruik heeft gemaakt van de ruimte die haar concurrenten haar door hun eigen – eerder aangekondigde – prijsverhogingen boden, volgt de Raad niet. De suggestie die in deze stelling van Scheuten besloten ligt, is dat zij slechts de andere betrokken ondernemingen zou hebben gevolgd in hun prijsverhogingen zonder dat daar een afspraak aan ten grondslag lag. Scheuten heeft in dit verband ook gewezen op andere producenten die actief zijn op de Nederlandse markt en die in het najaar van 2004 (na Pilkington, AGC en Saint-Gobain) hun prijzen zouden hebben verhoogd.
218. De Raad merkt over dit betoog van Scheuten op dat, gelet op het feit dat Scheuten bij de bijeenkomsten van 18 mei en 29 september 2004 aanwezig was, van een zelfstandige beslissing door Scheuten geen sprake is geweest. Scheuten verschilt in dit opzicht van de andere door haar genoemde producenten die tot verhoging van hun prijzen overgingen na de prijsaankondigingen van Pilkington, AGC, Saint-Gobain en, blijkens door Scheuten verstrekte correspondentie, ook Scheuten zelf. Deze producenten waren in tegenstelling tot Scheuten niet bij voornoemde bijeenkomsten aanwezig.
219. Het betoog ten slotte dat Scheuten ook prijzen met afnemers is overeengekomen die onder de afgesproken minimumprijzen lagen en dat haar prijzen daalden, bewijst naar het oordeel van de Raad niet dat Scheuten zich niet door de gemaakte afspraken liet leiden in haar marktgedrag (waaronder de onderhandelingen met haar afnemers). Het Ernst & Young-rapport laat in dit verband zien dat Scheuten ook tot eindprijzen is gekomen met haar afnemers die boven de genoemde minimumprijzen lagen. De Raad merkt daarbij nog

¹⁶⁷ Zie dossierstuk 5965_4/24 (volgnummer 81), randnummer 3.4.

op dat het feit dat een onderneming wellicht op onderdelen is afgeweken van de gemaakte afspraken, geen afbreuk doet aan het bestaan van een kartel.¹⁶⁸

220. Gelet op het vorenstaande, blijft de Raad bij zijn oordeel dat de betrokken ondernemingen alle hebben deelgenomen aan de afspraken en dat deze afspraken moeten worden aangemerkt als één overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.

5.1.3 Mededingingsbeperkende strekking

Kader

221. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Artikel 6, eerste lid, Mw sluit zoveel mogelijk aan bij artikel 101, eerste lid, VWEU. Dit geldt ook voor de in artikel 101, eerste lid, sub a tot en met e, VWEU gegeven voorbeelden van verboden concurrentiebeperkende gedragingen.¹⁶⁹
222. Van een mededingingsbeperkende strekking is reeds sprake wanneer de afspraak negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben. Met andere woorden, het volstaat dat zij concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, geschikt is om te leiden tot verhoging, beperking of vervalsing van de mededinging.¹⁷⁰ Niet is vereist dat de afspraak de belangen van concurrenten of consumenten schaadt; de mededingingsregels dienen volgens vaste rechtspraak ertoe om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.¹⁷¹ De vraag of en in welke mate een dergelijk gevolg daadwerkelijk intreedt, kan slechts relevant zijn voor de berekening van het bedrag van de boete.¹⁷²
223. Of sprake is van een mededingingsbeperkende strekking dient te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval. Met betrekking tot de vraag of een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, zijn met name relevant de objectieve doelstellingen die zij

¹⁶⁸ Zie bijvoorbeeld beschikking van de Europese Commissie van 28 november 2007 (COMP/39.165-Flat glass), randnummer 383 en de daarin aangehaalde jurisprudentie.

¹⁶⁹ De voorbeelden zijn niet overgenomen in artikel 6, eerste lid, Mw, maar zijn blijkens het gestelde in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet naar analogie van toepassing. Zie Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p.61.

¹⁷⁰ CBB 12 augustus 2010, zaak AWB 06/657, 06/660 en 06/661, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Vodafone Libertel B.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 7.3.2.

¹⁷¹ HvJ 6 oktober 2009, zaak C-501/05 (*GlaxoSmithKline Services Unlimited*), punt 63.

¹⁷² HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 31.

nastreeft en de economische en juridische context ervan. Het oogmerk of de bedoeling van de betrokken ondernemingen is geen noodzakelijk element om te bepalen of een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkende strekking heeft.¹⁷³

224. Als eenmaal is vastgesteld dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, verhinderen of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 101, eerste lid, VWEU en bijgevolg artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader te worden onderzocht.¹⁷⁴ Overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen vallen zelfs dan onder artikel 101, eerste lid, VWEU en artikel 6, eerste lid, Mw wanneer mededingingsbeperkende gevolgen op de markt ontbreken.¹⁷⁵

Toepassing op de feiten en omstandigheden van deze zaak

225. Een afspraak om het prijsniveau voor isolerend dubbelglas te verhogen en de prijs tegen onderlinge (prijs)concurrentie te beschermen en daarmee 'rust op de markt' te creëren, heeft per definitie tot doel de mededinging te vervangen voor een vorm van samenwerking. Artikel 101, eerste lid, sub a, VWEU noemt als voorbeeld van verboden overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen "het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden". In het geval van prijsafspraken wijst de aard van de samenwerking er van meet af aan op dat deze tot doel heeft de mededinging te beperken. Een dergelijke samenwerking wordt geacht een negatieve invloed op de markt te hebben.¹⁷⁶
226. De strekking van de enkele inbreuk komt ook naar voren in de elementen ervan. Naar het oordeel van de Raad is een enkele inbreuk zoals de onderhavige reeds concreet geschikt om de mededinging te beperken, als één uiting of element daarvan daartoe concreet geschikt is. In het onderhavige geval acht de Raad zowel de afspraken over de procentuele prijsverhoging in twee stappen als de afspraken over de minimumprijzen concreet geschikt om de mededinging te beperken. De Raad licht dat als volgt toe.

¹⁷³ HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 24 en 27.

¹⁷⁴ Zie onder meer HvJ EG, 20 november 2008, zaak C-209/07, *Beef Industry Development Society en Barry Brothers Meats Ltd.*, Jur. 2008, r.o. 16, HvJ EG, 21 september 2006, zaak C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie*, Jur. 2006, blz. I-8725, r.o. 125, HvJ EG, 13 juli 1966, zaak 56/64 en 58/64, *Consten-Grundig/Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 131, r.o. 7 en HvJ EG 6 oktober 1999, *GlaxoSmithKline Services Unlimited t. Commissie*, gevoegde zaken C-501/06, C-513/06, C-515/06 en C-591/06, r.o. 55.

¹⁷⁵ HvJ EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Participazioni SpA/Commissie*, Jur. 1999, blz. I-4125, r.o. 122.

¹⁷⁶ Zie Richtsnoeren van de Commissie van 6 januari 2001 inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEG 2001, C3/2, punt 18 en de beschikking van de Europese Commissie van 28 november 2007 (COMP/39.165-Flat glass), randnummers 331 t/m 335.

227. In hoofdstuk 3 is uiteengezet dat de marktsituatie ten tijde van de betrokken gedragingen werd gekenmerkt door de volgende omstandigheden:
- Een stijging van de prijs van floatglass, dat voor een wezenlijk deel de kostprijs van isolerend dubbelglas bepaalde;
 - Enige overcapaciteit op de markt voor isolerend dubbelglas. Dit werd met name veroorzaakt door concurrentie uit Duitsland. Duitse producenten vroegen lagere prijzen en hadden een marktaandeel in Nederland van ongeveer 25-30%.
228. Voorts is uiteengezet dat de markt voor isolerend dubbelglas in de jaren 2004 - 2005 een markt was waarop prijs voor de betrokken afnemers een belangrijk motief vormde bij de keuze voor een aanbieder van isolerend dubbelglas. De betrokken ondernemingen wisten dat zij klanten zouden verliezen als zij als enige de prijzen zouden verhogen of als zij dat op niet gelijke wijze (wat betreft timing en mate van de verhoging) zouden doen. Door af te spreken met welke percentages en op welke momenten de prijzen voor isolerend dubbelglas zouden worden verhoogd, hebben de betrokken ondernemingen voorkomen, althans het risico aanzienlijk verkleind, dat afnemers zouden overstappen naar concurrerende producenten. Aldus werden de prijzen van isolerend dubbelglas beschermd tegen onderlinge (prijs)concurrentie. De Raad neemt hierbij in aanmerking dat, zoals uiteengezet in randnummer 46 van dit besluit, voor een groot deel van de afnemers Nederlandse producenten alle goed scoorden op kwaliteitsaspecten en service.
229. Uit het vorenstaande volgt naar het oordeel van de Raad dat de afspraken over de procentuele verhoging van de prijs van isolerend dubbelglas, gelet op de juridische en economische context, naar hun aard concreet geschikt zijn om de mededinging op de markt voor isolerend dubbelglas te beperken. Aldus hebben de betrokken ondernemingen hun gedragingen welbewust in de plaats gesteld van concurrentierisico's.
230. Hoewel de subjectieve intenties van de betrokken ondernemingen niet van doorslaggevend belang zijn voor de vraag of sprake is van een mededingingsbeperkende strekking¹⁷⁷, ziet de Raad in de subjectieve intenties van betrokken ondernemingen wel een bevestiging dat de afspraken een mededingingsbeperkende strekking hadden. De Raad wijst in dit verband op verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk]. Uit deze verklaringen volgt dat [vertrouwelijk] beoogden de natuurlijke marktwerking door onderlinge afspraken te beïnvloeden.
231. Het feit dat de betrokken ondernemingen volgens sommige verklaringen na de schriftelijke aankondiging van de procentuele prijsverhoging aan hun klanten in voorkomende gevallen

¹⁷⁷ HvJ EG, 8 november 1983, IAZ/Commissie, gev. zaken 96-102 e.a., Jur. 1983, p. 3411.

met hun – met name grotere – klanten nog in onderhandeling traden over de prijs en dat dit kon resulteren in kortingen voor deze klanten, leidt de Raad niet tot een ander oordeel.¹⁷⁸ In die gevallen stelden de afspraken de betrokken ondernemingen in staat het vertrekpunt van de onderhandelingen met de desbetreffende klanten te verhogen en kon de uitkomst van die onderhandelingen in het voordeel van de betrokken ondernemingen worden beïnvloed. Of anders gezegd: door het uitgangspunt van de prijszetting richting de afnemers te coördineren (op een zelfde hoger niveau te stellen), werd invloed uitgeoefend op het uiteindelijke resultaat. Dit resultaat hoefde niet per sé te zijn dat de prijzen voor de afnemers stegen, maar kon ook bestaan uit een minder geërodeerde prijs dan wanneer de afspraken niet zouden zijn gemaakt.

232. Uit de [vertrouwelijk] verklaring van de heer [vertrouwelijk] blijkt ook dat de betrokken ondernemingen bij het maken van de afspraak over een procentuele prijsverhoging reeds hadden ingecalculeerd dat deze prijsverhoging als gevolg van de onderhandelingen met - vooral - grotere klanten niet (steeds) volledig zou kunnen worden gerealiseerd.¹⁷⁹ Dat in bepaalde gevallen na de aankondiging aan de klanten nog werd onderhandeld over de prijs betekent naar het oordeel van de Raad dan ook niet dat de afspraken betreffende de procentuele prijsverhoging niet concreet geschikt waren om de mededinging op de markt voor isolerend dubbelglas te beperken. Daarbij merkt de Raad nog op dat uit het door de NMa uitgevoerde marktonderzoek blijkt dat – in ieder geval – een deel van de afnemers op de markt voor isolerend dubbelglas naar eigen stellen niet in de positie was om te onderhandelen over de prijs en de aangekondigde prijswijzigingen had te accepteren.
233. De conclusie dat sprake was van afspraken die concreet geschikt waren om de mededinging te beperken geldt ook voor de minimumprijzen. Zoals eerder uiteengezet in dit besluit waren de minimumprijzen bedoeld om het hoofd te bieden aan (met name grote) klanten die de procentuele prijsverhoging niet zouden accepteren en moesten zij – net als de gecoördineerde procentuele prijsverhoging – voorkomen dat de betrokken ondernemingen door deze klanten tegen elkaar zouden worden uitgespeeld, waardoor een procentuele prijsverhoging bij deze klanten niet of niet voldoende gerealiseerd zou kunnen worden. De minimumprijzen ondersteunden dan ook de mededingingsbeperkende werking en strekking van de door de betrokken ondernemingen gecoördineerde procentuele prijsverhoging. Zij konden meer specifiek tot minder verlaagde eindprijzen leiden dan zonder de afspraken aan de orde zou zijn geweest. De betrokken producenten wisten als gevolg van de afspraken immers niet alleen van elkaar dat zij dezelfde procentuele prijsverhoging, maar ook dezelfde minimumprijzen hanteerden, hetgeen hen

¹⁷⁸ Zie ook GvEA, 26 April 2007, gevoegde zaken T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 and T-136/02, *Bolloré e.a./Commission*, r.o. 450 t/m 453; GvEA, 14 mei 1998, T-308/94, *Cascades/Commissie*, r.o. 194 en de beschikking van de Europese Commissie van 28 november 2007 (COMP/39.165-Flat glass), randnummers 364 en 365.

¹⁷⁹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

kon sterken in de onderhandelingen met hun afnemers. De Raad verwijst hiervoor tevens naar paragraaf 4.3 van dit besluit. De Raad concludeert gelet op het voorgaande dat de afgesproken minimumprijzen concreet geschikt waren om de mededinging te beïnvloeden.

Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad

234. Scheuten betoogt dat zo zij al zou hebben deelgenomen aan de vermeende afspraken, de gevolgen op de markt niet aanwezig dan wel zeer gering zijn. Scheuten wijst in dit kader op verklaringen van clementieverzoekers waaruit volgt dat de betrokken producenten door onderlinge leveranties elkaars prijzen hoe dan ook kenden en voorts dat het maken van de prijsafspraken niet is gelukt. Enerzijds zouden zonder de afspraken volgens Scheuten de prijzen omhoog zijn gegaan. Anderzijds wijst Scheuten op verklaringen van afnemers en Duitse producenten waaruit zou volgen dat prijzen eerder zijn gedaald.
235. De Raad merkt in dit verband op dat de mededingingsbeperkende gevolgen van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet meer hoeven te worden vastgesteld, als eenmaal vaststaat dat sprake is van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel. Zoals hiervoor opgemerkt, waren de gemaakte afspraken concreet geschikt om tot prijsstijging voor afnemers te leiden, dan wel om een prijsdaling te beheersen of te beperken en daarmee om de mededinging te beïnvloeden. Het mededingingsbeperkende karakter van de afspraken staat daarmee naar het oordeel van de Raad vast.¹⁸⁰ De afspraken zorgden in dit verband voor comfort voor de betrokken ondernemingen en creëerden rust op de markt. Dat de betrokken ondernemingen door onderlinge leveranties elkaars prijzen op den duur ook te weten zouden zijn gekomen, neemt naar het oordeel van de Raad voorts op geen enkele wijze weg dat zij deze prijzen van te voren hebben gecoördineerd.
236. Gelet op het voorgaande, concludeert de Raad dat sprake is van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel.

5.1.4 Merkbaarheid

237. Gezien de mededingingsbeperkende strekking van de betrokken overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging is in beginsel gegeven dat alle betrokken ondernemingen de mededinging merkbaar hebben beperkt en derhalve in strijd met artikel 6 Mw hebben gehandeld.¹⁸¹ Slechts indien het evident is dat de betrokken gedragingen slechts in zeer geringe mate afbreuk kunnen doen aan de mededinging, vanwege de

¹⁸⁰ Zie ook GvEA, 26 April 2007, gevoegde zaken T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 and T-136/02, *Bolloré e.a./Commission*, r.o. 451 en de daarin aangehaalde jurisprudentie.

¹⁸¹ Afspraken die naar hun aard de mededinging beperken - zoals hier het geval is - leveren volgens de Europese Commissie een merkbare beperking van de concurrentie op, zie Pb 2001 C 368/13.

zwakke positie van betrokken ondernemingen op de relevante markt, zijn zij van het verbod van artikel 6 Mw uitgesloten.¹⁸²

238. Uit hetgeen in hoofdstuk 3 van dit besluit over de kenmerken van isolerend dubbelglas en het gebruik waarvoor dit is bestemd is overwogen, blijkt dat het product isolerend dubbelglas een aparte relevante productmarkt vormt. Deze conclusie wordt ondersteund door eerdere beschikkingen van de Europese Commissie uit 1993 en 1998 en het besluit van de NMa in zaak 1352 (Scheuten Management - Heywood/Scheuten Beheer - HWS) uit 1999.¹⁸³
239. Voorts volgt uit hetgeen hiervoor in hoofdstuk 3 is overwogen dat de geografische markt voor isolerend dubbelglas in Nederland ten minste het Nederlands grondgebied beslaat met daarbij mogelijk aansluitend het Duitse grensgebied.
240. Blijkens het door de NMa uitgevoerde marktonderzoek zijn de betrokken ondernemingen verreweg de grootste spelers op de markt voor isolerend dubbelglas en vertegenwoordigden zij in de jaren 2004 en 2005 gezamenlijk ten minste 56% van de markt voor isolerend dubbelglas in Nederland.¹⁸⁴ Volgens één schatting bedroeg het gezamenlijk marktaandeel in 2006 zelfs 73%.
241. Gelet op het voorgaande, moet worden geoordeeld dat de marktaandelen van de betrokken ondernemingen in de periode van de overtreding dermate hoog waren dat de betrokken ondernemingen evident geen zwakke positie hadden op de markt voor isolerend dubbelglas in Nederland. Dit geldt ook als het Duitse grensgebied bij deze beoordeling wordt betrokken. Het is naar het oordeel van de Raad niet aannemelijk dat in dat geval het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen zodanig laag is dat om die reden van de hiervoor bedoelde zwakke positie sprake is. Voorts is uit het door de NMa verrichte marktonderzoek gebleken dat zich op de markt voor isolerend dubbelglas evenmin andere omstandigheden voordeden waaruit dient te worden afgeleid dat de betrokken ondernemingen een zwakke positie op de markt hadden. Ten slotte neemt de Raad in aanmerking dat drie van de vier betrokken ondernemingen onderdeel uitmaken van grote internationale concerns die niet alleen in Europa, maar wereldwijd actief zijn op het gebied van de productie en verkoop van diverse soorten glas.¹⁸⁵

¹⁸² Zie onder meer CBB, 31 december 2007, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, AWB 06/657, LJN: BC1396, r.o. 9.5.4., Rechtbank Rotterdam, 18 juli 2007, MEDED 06/12 e.a. WILD, LJN: BB0440 en CBB, 7 december 2005 (*Secan en G-Star/Basilicum en Chilly*), AWB 04/237 en 04/249 9500, LJN: AU8309, r.o. 6.5.

¹⁸³ Beschikking van de Europese Commissie van 21 december 1993 in de zaak COMP/M.358 (Pilkington-Techint/SIV), beschikking van de Europese Commissie van 7 augustus 1998 in zaak COMP/M.1230 (Glaverbel/PPG) en besluit van de NMa van 30 juni 1999 in zaak 1352 (Scheuten Management - Heywood/Scheuten Beheer - HWS).

¹⁸⁴ Zie dossierstuk 5965_1/66, memo Marktafbakening isolerend dubbelglas (volgnummer 253).

¹⁸⁵ Zie voor een beschrijving van de concerns van AGC, Saint-Gobain en Pilkington de beschikkingen van de Europese Commissie van 12 november 2008 (COMP/39.125-Carglass) en 28 november 2007 (COMP/39.165-Flat glass).

242. Gelet op het voorgaande, is de Raad van oordeel dat de gedragingen de mededinging merkbaar hebben beperkt.

5.1.5 Artikel 6, derde lid, Mw

243. De Raad stelt vast dat de vier betrokken ondernemingen geen beroep hebben gedaan op de in artikel 6, derde lid, Mw neergelegde uitzonderingsregeling.
244. Ten overvloede merkt de Raad over de toepassing van deze bepaling nog op dat afspraken over door te voeren prijsverhogingen en te hanteren minimumprijzen dan wel het ter zake afstemmen van gedrag er naar hun aard toe strekken de mededinging te beperken. Dergelijke afspraken worden in de richtsnoeren van de Europese Commissie als een *hardcore* concurrentiebeperking aangemerkt.¹⁸⁶ Er wordt aangenomen dat dergelijke beperkingen de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden.
245. Het maken van afspraken over minimumprijzen en prijsverhogingen is in beginsel geschikt om tot hogere prijzen te leiden, althans prijserosie te beperken, aangezien de prijsconcurrentie tussen in ieder geval de betrokken ondernemingen wordt verminderd en de afnemers hiermee structureel worden beperkt in de mogelijkheid om te profiteren van de prijsverlagende druk die normaliter van prijsconcurrentie tussen ondernemingen uitgaat. Dergelijke gedragingen kunnen nooit leiden tot een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang.
246. Naar het oordeel van de Raad kan in dit geval dan ook geen toepassing worden gegeven aan de in artikel 6, derde lid, Mw neergelegde uitzonderingsregeling.

5.1.6 Conclusie artikel 6 Mw

247. Gezien het bovenstaande, staat vast dat sprake was van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging die ertoe strekte de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen en dat deze mededingingsbeperking merkbaar was. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen het verbod van artikel 6 Mw hebben overtreden.

¹⁸⁶ Zie de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, PbEG 2001, C3/2, randnummer 25.

5.2 Duur van de overtreding

248. Gelet op de in hoofdstuk 4 aangehaalde bewijsmiddelen, is de Raad van oordeel dat de overtreding is aangevangen bij de bijeenkomst in restaurant De Fuik op 18 mei 2004. Bij die gelegenheid zijn de vier betrokken ondernemingen overeengekomen dat de prijzen voor isolerend dubbelglas in twee stappen met in totaal 10 tot 12% zouden worden verhoogd en heeft men (in ieder geval) besproken om op een latere datum minimumprijzen af te spreken. Op 18 mei 2004 hebben de ondernemingen derhalve hun marktgedrag gecoördineerd en konden zij daarmee rekening houden. Dat de afspraak op 29 september 2004 nog nader is uitgewerkt en dat men op die datum pas de concrete minimumprijzen heeft vastgesteld doet daar niet aan af.
249. Zoals de Raad reeds heeft vastgesteld, heeft het laatste moment van afstemming tussen de vier betrokken ondernemingen plaatsgevonden op 16 maart 2005 en hebben zij nadien de tweede ronde van prijsverhogingen doorgevoerd. De afspraak betreffende deze prijsverhogingen heeft effect gesorteerd tot het eerstvolgende moment waarop één van de betrokken ondernemingen zelfstandig en zonder afstemming met anderen haar prijzen significant heeft gewijzigd. Tot dat tijdstip hebben de afspraken hun concurrentie beperkende uitwerking gehad. De Raad stelt deze datum vast op 15 september 2005. Dit is de datum met ingang waarvan AGC blijkens haar brief van 22 juli 2005 (voor het eerst) een energietoeslag toepaste op alle soorten bewerkt glas, waaronder isolerend dubbelglas, ter hoogte van EUR 0,091 per kilogram glas.¹⁸⁷
250. De Raad concludeert op grond van het vorenstaande dat de vier betrokken ondernemingen in de periode van 18 mei 2004 tot 15 september 2005 het in artikel 6 Mw neergelegde verbod hebben overtreden als gevolg van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging die was gericht op het gezamenlijk verhogen van de prijzen voor isolerend dubbelglas en te hanteren minimumprijzen.

Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad

251. Scheuten betoogt dat de gestelde afstemming eerst op 29 september 2004 is aangevangen. Voorts stelt zij dat de overtreding – in ieder geval wat haar onderneming betreft – moet worden geacht reeds op 16 maart 2005 te zijn geëindigd, subsidiair op 29 april 2005 (datum van aankondiging door Scheuten van invoering van een energietoeslag) en meer subsidiair op 1 september 2005 (datum van eerste periodieke aanpassing van de door Scheuten ingevoerde energietoeslag). AGC en Saint-Gobain betogen dat de overtreding is geëindigd op 22 juli 2005, de verzenddatum van de in

¹⁸⁷ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

randnummer 249 bedoelde brief van AGC over de invoering van een energietoeslag per 15 september 2005.

252. De Raad volgt AGC, Saint-Gobain en Scheuten niet in hun betogen. Uit de bewijsmiddelen volgt dat de overtreding op 18 mei 2004 is aangevangen. Zoals hiervoor is overwogen, hebben de betrokken ondernemingen op die dag hun marktgedrag gecoördineerd en konden zij daarmee vanaf dat moment rekening houden. De Raad beschouwt voorts de eerste invoering door Scheuten van de energietoeslag, zoals aangekondigd bij brief van 29 april 2005, als concrete uitvoering van de tussen de ondernemingen gemaakte afspraken over de prijsverhoging (zie ook randnummer 211 van dit besluit) en derhalve niet als bewijs voor beëindiging of niet-uitvoering daarvan. Ook de eerste *periodieke* aanpassing door Scheuten van de eerder ingevoerde energietoeslag, waarbij de energietoeslag per 1 september 2005 werd verhoogd van EUR 0,06 naar EUR 0,07 per kilogram glas, kan naar het oordeel van de Raad niet worden aangemerkt als het einde van de overtreding. Blijkens de brief van Scheuten van 29 april 2005 (waarbij - als gezegd - Scheuten de energietoeslag voor het eerst heeft ingevoerd), wordt de hoogte van deze toeslag zo nodig elke drie maanden aangepast, afhankelijk van de op dat moment in Londen genoteerde "Brent" oliekoers. Deze periodieke aanpassing van de energietoeslag is derhalve bedoeld om schommelingen in de olieprijs op te vangen en kan, anders dan de eerste invoering van een energietoeslag, niet worden aangemerkt als een wezenlijke en op zichzelf staande prijsverhoging in de hiervoor bedoelde zin.
253. Ten aanzien van het betoog van AGC en Saint-Gobain merkt de Raad op, dat hij voor de vaststelling van het einde van de overtreding, net als AGC en Saint-Gobain, voormelde brief van AGC van 22 juli 2005 betreffende de eerste invoering van een energietoeslag van belang acht. Daarbij gaat het echter niet om de datum van verzending van deze brief, maar om de datum waarop de daarin aangekondigde prijsverhoging daadwerkelijk is ingegaan. Tot deze laatste datum hebben immers de afspraken hun concurrentiebeperkende uitwerking gehad.

5.3 Beoordeling artikel 101 VWEU

254. Ingevolge artikel 101 VWEU zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die bestaan in: a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden, b) het beperken of controleren van de productie, afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen, of c) het verdelen

van markten of van de voorzieningsbronnen.

255. Ingevolge artikel 3, eerste lid, van Verordening 1/2003¹⁸⁸ zijn de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten verplicht om, wanneer zij nationaal mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 101, eerste lid, VWEU welke de handel tussen de Lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden, tevens artikel 101 VWEU toe te passen op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
256. Artikel 88 Mw kent de Raad de bevoegdheid toe om de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen in overeenstemming met de uitvoeringsverordeningen¹⁸⁹ op grond van artikel 103 en 104 VWEU.
257. Met betrekking tot (i) de kwalificatie als ondernemingen, overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging, (ii) de (merkbare) mededingingsbeperking en (iii) artikel 101, derde lid, VWEU wordt verwezen naar hetgeen hieromtrent is opgemerkt in de paragraaf 5.1 van dit besluit, omdat toetsing aan artikel 101, eerste en derde lid, VWEU in dit opzicht op geen enkele wijze afwijkt van de toetsing aan artikel 6, eerste en derde lid, Mw en de beoordelingen en conclusies derhalve dezelfde zijn.
258. Artikel 101, eerste lid, VWEU kent echter nog het bijkomende vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten.¹⁹⁰
259. Volgens vaste jurisprudentie kunnen horizontale kartels die het hele grondgebied van een Lidstaat bestrijken normaal gesproken de handel tussen Lidstaten beïnvloeden, aangezien zij naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist.¹⁹¹
260. Zoals aangegeven in hoofdstuk 3, bevinden de productielocaties van de producenten van isolerend dubbelglas, waaronder die van de betrokken ondernemingen, zich verspreid over het hele Nederlandse grondgebied. Zij bedienen tevens klanten uit heel Nederland.

¹⁸⁸ Bedoeld wordt: Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1/1.

¹⁸⁹ Meer in het bijzonder, Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1/1 en Verordening van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, PbEG L24/1.

¹⁹⁰ Zie in algemene zin over het vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten, de Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2004, C 101/81.

¹⁹¹ HvJ EG, 17 oktober 1972, zaak 8/72, *Vereniging van Cementhandelaren/Commissie*, Jur. 1972, blz. 991, zie voorts HvJ EG, 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters*, Jur. 2002, blz. I-1577, r.o. 95. Zie tevens Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2004, C101/81, punt 78 e.v.

Daarnaast ontplooiën Duitse ondernemingen handelsactiviteiten in isolerend dubbelglas op Nederlands grondgebied. De onderhavige concurrentie beperkende gedragingen hadden betrekking op het gehele Nederlandse grondgebied. Dit leidt de Raad tot het oordeel dat sprake was van een merkbaar (potentieel) effect op de handelsstromen tussen de Lidstaten. Het behoeft niet te worden aangetoond dat dit effect zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. Het is aannemelijk, dat de handelsstromen zich anders zouden hebben ontwikkeld indien geen sprake was van de concurrentie beperkende gedragingen.

261. Uit het voorgaande volgt dat de gedragingen van de vier betrokken ondernemingen de tussenstaatse handel ongunstig konden beïnvloeden in de zin van artikel 101, eerste lid, VWEU.
262. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen het verbod van artikel 101, eerste lid, VWEU hebben overtreden door in de periode van 18 mei 2004 tot en met 15 september 2005 afspraken te maken over door te voeren prijsverhogingen en te hanteren minimumprijzen voor isolerend dubbelglas in Nederland dan wel hun gedrag ter zake af te stemmen.

6 TOEREKENING

263. De Raad rekent de overtreding toe aan de rechtspersonen die de overtreding feitelijk hebben gepleegd, alsmede aan de (groot)moedermaatschappijen die ten tijde van de periode van de overtreding een beslissende invloed hebben kunnen uitoefenen op het gedrag van deze rechtspersonen. Zij vormden in dit opzicht ten tijde van de betrokken gedragingen één economische eenheid en daarmee één onderneming in mededingingsrechtelijke zin. De Raad rekent de overtreding toe aan:

- AGC Flat Glass Nederland B.V. (voorheen: Glaverbel Nederland B.V.), alsmede AGC Nederland Holding B.V. (voorheen: Glaverbel Nederland Holding B.V.) als 100% moedervenootschap van AGC Flat Glass Nederland B.V.;

- Koninklijke Saint-Gobain Glass Nederland N.V.;

- Scheuten Glas Nederland B.V. (voorheen: Scheuten Glasgroep B.V.);

- Pilkington Benelux B.V., alsmede Pilkington International Holdings B.V. en Pilkington Nederland (No. 3) B.V. als 100% moeder- onderscheidenlijk grootmoedervenootschap van Pilkington Benelux B.V.

264. De Raad rekent de overtreding van Scheuten Glas Nederland B.V. niet tevens toe aan Scheuten Glass Holding B.V., omdat deze vennootschap pas na de periode waarin de betrokken gedragingen zich hebben voorgedaan enig aandeelhouder is geworden van Scheuten Glas Nederland B.V.

7 SANCTIE

7.1 Beoordelingskader

265. Ingevolge artikel 56, eerste lid Mw, alsmede ingevolge artikel 88 en 89 Mw heeft de Raad bij de vaststelling van een overtreding van artikel 6 Mw, respectievelijk een overtreding van artikel 101, eerste lid, VWEU, de bevoegdheid een boete op te leggen. Volgens artikel 57, tweede lid, (oud) Mw¹⁹² houdt de Raad bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.
266. De Raad heeft met betrekking tot de hoogte van een boete op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld. Deze zijn sinds 1 juli 2007 opgenomen in de 'Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit' (hierna: de Boetecode).¹⁹³ Gedurende de overtreding en voor zover van belang voor de boetetoemeting in de onderhavige zaak zijn de beleidsregels ongewijzigd gebleven.
267. Op grond van de Boetecode wordt de boete vastgesteld volgens een formule waarin de boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met de ernstfactor van de overtreding en vervolgens – in voorkomende gevallen – rekening wordt gehouden met boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.
268. Op grond van randnummer 53 stelt de Raad de boete vast volgens deze Boetecode en met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur.
269. In het hiernavolgende wordt de boete voor de betrokken ondernemingen en de rechtspersonen aan wie de overtreding mede kan worden toegerekend aan de hand van de Boetecode stapsgewijs bepaald en gemotiveerd. Voor zover de betrokken ondernemingen en/of de rechtspersonen aan wie de overtreding mede kan worden toegerekend in hun

¹⁹² De overtredingen in deze zaak zijn geëindigd voor inwerkingtreding van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht per 1 juli 2009.

¹⁹³ Op 1 juli 2007 is de NMa Boetecode 2007 in werking getreden, naderhand nog gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2008 in verband met de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, Stb. 2007, 284 (Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196).

zienswijzen bedenkingen hebben geuit die relevant zijn voor de boeteberekening, gaat de Raad bij de motivering op de zienswijzen in.

7.2 Boetegrondslag

270. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetegrondslag. Zoals blijkt uit de randnummers 21 en 22 van de Boetecode baseert de Raad de boetegrondslag in een geval als het onderhavige op de betrokken omzet van de overtreder. De Raad kan – op grond van randnummer 23 van de Boetecode – van de betrokken omzet een schatting maken, indien deze niet op basis van de door de overtreder verstrekte informatie kan worden bepaald.
271. De betrokken omzet wordt in randnummer 1, aanhef onder d, van de Richtsnoeren gedefinieerd als de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen. Gelet hierop, wordt de betrokken omzet vastgesteld op de waarde van alle transacties die door de betrokken ondernemingen zijn verricht op het gebied van de verkoop van isolerend dubbelglas in Nederland in de periode vanaf 18 mei 2004 tot 15 september 2005.
272. Alle betrokken ondernemingen hebben inzicht verschaft in de waarde van de hierboven genoemde transacties. De Raad heeft in geval van AGC, Saint-Gobain en Scheuten geen aanleiding om aan de juistheid hiervan te twijfelen, mede gelet op de overgelegde accountantsverklaringen.
273. Pilkington heeft ondanks herhaaldelijke verzoeken daartoe van de NMa – van 3 november, 25 november en 1 december 2010 – aangegeven haar betrokken omzetcijfers niet (tijdig) te kunnen voorzien van een verklaring of rapport van feitelijke bevindingen van een externe accountant. Om die reden heeft de Raad, gelet op randnummer 23 van de Boetecode, de betrokken omzet van Pilkington door middel van een schatting bepaald. Daarbij heeft de Raad acht geslagen op de door Pilkington verstrekte, niet door een externe accountant gecontroleerde omzetgegevens, alsmede de door Pilkington tijdens het onderzoek verstrekte informatie omtrent haar marktpositie. Voorts heeft de Raad bij zijn schatting waarde gehecht aan door andere betrokken ondernemingen behaalde betrokken omzetten en de door hen verstrekte gegevens over de tussen de ondernemingen bestaande marktverhoudingen.

274. Gelet op het voorgaande gaat de Raad uit van de volgende betrokken omzet per onderneming:¹⁹⁴

AGC	EUR 58.785.137
Saint-Gobain	EUR 57.390.639
Scheuten	EUR 11.264.667
Pilkington	EUR 37.300.000

275. Randnummer 22 van Boetecode bepaalt dat wordt uitgegaan van een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet. De boetegrondslag bedraagt derhalve voor de betrokken ondernemingen:

AGC	EUR 5.878.513
Saint-Gobain	EUR 5.739.063
Scheuten	EUR 1.126.466
Pilkington	EUR 3.730.000

Zienswijze partijen en beoordeling door de Raad

276. Pilkington stelt dat omzet behaald met projecten niet als betrokken omzet in de zin van de Boetecode kan worden aangemerkt, omdat de in het rapport weergegeven feiten hier geen betrekking op hebben. Dit segment van de markt kent volgens Pilkington een afwijkend concurrentieel proces waarbij aanbieders van isolerend-dubbelglasproducten worden uitgenodigd om in het kader van (grote) bouwprojecten offertes in te dienen met een "op maat gemaakt" aanbod. De voorwaarden in deze offertes wijken af van de voorwaarden die buiten de context van projecten worden aangeboden.
277. De Raad volgt Pilkington niet in dit betoog. Uit hoofdstuk 4 van dit besluit blijkt dat de afspraken tussen de betrokken ondernemingen betrekking hadden op de prijzen voor isolerend dubbelglas in het algemeen en dat er geen uitzonderingen zoals Pilkington die thans maakt, van toepassing waren. Integendeel, juist voor grote projecten zijn de betrokken ondernemingen tot minimumprijzen gekomen. De Raad ziet dan ook geen aanleiding om projectomzet van de betrokken omzet uit te zonderen.
278. Saint-Gobain betoogt, onder verwijzing naar een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 1 juli 2010 (LJN BM9911), dat de Raad de betrokken omzet slechts mag meenemen bij het vaststellen van de boetegrondslag voor zover deze omzet is behaald in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de datum van het primaire besluit. Gelet op de einddatum van de

¹⁹⁴ Voor de maanden mei 2004 en september 2005 is de door de betrokken ondernemingen opgegeven omzet voor die maanden naar rato van het aantal dagen dat tot de periode van de overtreding behoort, tot de betrokken omzet gerekend.

onderhavige overtreding, 15 september 2005 en gelet op de omstandigheid dat sinds deze datum inmiddels vijf jaar zijn verstreken, komt dit betoog van Saint-Gobain neer op het standpunt dat de Raad niet meer bevoegd zou zijn om Saint-Gobain te beboeten.

279. De Raad deelt dit standpunt van Saint-Gobain niet. De Raad wijst in dit verband op artikel 64 Mw waarin per 1 oktober 2007 een stuitingsregeling is opgenomen.¹⁹⁵ Als een stuitingshandeling is verricht, heeft dit tot gevolg dat de bevoegdheid om een boete op te leggen langer dan vijf jaar na het einde van de overtreding blijft bestaan. Op het moment van de stuiting vangt de vervaltermijn opnieuw aan. In de onderhavige procedure zijn diverse stuitingshandelingen verricht; zo zijn op 3 oktober 2007 bedrijfsbezoeken uitgevoerd bij Saint-Gobain, Scheuten en Pilkington en is het rapport op 31 augustus 2009 aan de gemachtigden van de betrokken ondernemingen toegezonden. Naar het oordeel van de Raad is van verval van sanctiebevoegdheid dan ook geen sprake.¹⁹⁶

7.3 De ernst van de overtreding

280. Met betrekking tot de ernst van de overtreding overweegt de Raad als volgt.
281. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. De Boetecode onderscheidt 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen (randnummers 27-30). Bij een minder zware overtreding wordt de vermenigvuldigingsfactor in verband met de ernst van de overtreding gesteld op een waarde van ten hoogste 1; bij een zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2; bij een zeer zware overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 3 (randnummer 32 van de Boetecode). In het kader van de boeteoplegging in de onderhavige zaak neemt de Raad het navolgende in acht.
282. De Boetecode noemt in randnummer 28 als voorbeeld van 'zeer zware overtredingen' onder meer horizontale prijsafspraken, waartoe ook de onderhavige afspraken behoren.
283. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de Raad rekening met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dat verband komt onder meer betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken overtreder(s) alsmede het gezamenlijk marktaandeel, de structuur van de markt en de geldende regelgeving. De Raad kent tevens

¹⁹⁵ Met de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, Stb. 2007, 284, is de stuitingsregeling per 1 oktober 2007 in de leden 2, 3 en 4 van artikel 64 in de Mw opgenomen; thans leden 1, 2 en 3.

¹⁹⁶ De NMa heeft tegen de door Saint-Gobain aangehaalde uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 1 juli 2010 hoger beroep ingesteld ook voor zover het de uitleg van artikel 64 Mw betreft.

gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten (randnummer 31 van de Boetecode).

284. De Raad neemt de volgende factoren in aanmerking die de ernst van de overtreding onderstrepen. De betrokken ondernemingen zijn elkaars belangrijkste concurrenten en nemen gezamenlijk een sterke marktpositie in op het gebied van de productie en verkoop van isolerend dubbelglas. De afspraken waren bij uitstek geschikt om onzekerheden over het door de betrokken ondernemingen voorgenomen marktgedrag op het gebied van de verkoop van isolerend dubbelglas weg te nemen, met als resultaat dat de mededinging tussen de betrokken ondernemingen is beperkt. De betrokken ondernemingen hebben in dit verband de afspraken bewust laten prevaleren boven het nemen van concurrentierisico's en hiermee afbreuk gedaan aan de onderlinge concurrentie. De (potentiële) schade die als gevolg van de afspraken kon worden toegebracht aan de afnemers is, mede gelet op duur van de periode waarin de gedragingen invloed hebben gehad op de marktstructuur, navenant. De betrokken ondernemingen hebben met hun afspraken de prijzen van isolerend dubbelglas beschermd tegen onderlinge prijsconcurrentie en daarmee de concurrentieverhoudingen beïnvloed. Ten aanzien van de afnemers waarmee de betrokken ondernemingen nog in onderhandelingen traden, kon voorts met de afspraken – waarbij de minimumprijzen tot doel hadden zoveel mogelijk van de bekendgemaakte procentuele prijsverhoging te realiseren – de uitkomst van de onderhandelingen in het voordeel van de betrokken ondernemingen worden beïnvloed. Dit voordeel bestond uit het zoveel mogelijk realiseren van de procentuele prijsverhoging, althans in voorkomende gevallen het zoveel mogelijk tegengaan van een daling in de prijs richting de afnemers. De afspraken leidden voor een deel van de afnemers overigens direct tot prijsverhogingen, omdat met deze afnemers niet nader werd onderhandeld.

Zienswijze van partijen en beoordeling door de Raad

285. Saint-Gobain betoogt dat bij het beoordelen van de ernst van de overtreding in aanmerking dient te worden genomen dat de marktaandelen van de betrokken ondernemingen, wanneer het Duitse grensgebied in de geografische markt betrokken zou worden, aanmerkelijk lager zouden zijn en dat ook zonder de afspraken de bruto-prijzen zouden zijn gestegen. Saint-Gobain wijst in dit kader op de stijging van de energiekosten die bij de producenten van isolerend dubbelglas in rekening werd gebracht in de prijs van het basisglas (vlakglas) dat als grondstof dient voor isolerend dubbelglas. Een substantiële verhoging van de bruto-prijzen was om die reden onvermijdelijk. De verhogingen zouden ook zonder afstemming redelijk kort na elkaar hebben plaatsgevonden, omdat de betrokken ondernemingen tevens afnemer van elkaar waren en in die hoedanigheid van

voorgenomen prijsverhogingen op de hoogte raakten, aldus Saint-Gobain.

286. Voorts betoogt Saint-Gobain dat de afspraken geen of slechts een zeer beperkt effect hebben gehad. Saint-Gobain stelt in dit verband dat de betrokken ondernemingen tijdens de periode van de overtreding volop op prijs concurreerden door het geven van aanzienlijke kortingen op de bruto-prijzen, welke kortingen niet met elkaar werden afgestemd. Door in het bijzonder felle prijsconcurrentie van Duitse producenten, daalde de gemiddelde netto-prijs van isolatieglas gestaag, terwijl de kosten onverminderd bleven stijgen. Bij het geven van voornoemde kortingen werden de afspraken over de minimumprijzen bovendien niet gerespecteerd. Door Saint-Gobain werden regelmatig netto-prijzen gehanteerd die lager lagen dan de minimumprijs die volgens de door de NMa aangehaalde lijsten zouden hebben gegolden. Ten slotte zou de heer [vertrouwelijk], die de heer [vertrouwelijk] begin 2005 opvolgde, geen uitvoering hebben gegeven aan de afspraken betreffende de prijsverhogingen en niet op de hoogte zijn geweest van het bestaan van een minimumprijslijst.
287. Scheuten betoogt dat de vermeende overtreding geen, dan wel slechts in zeer beperkte mate, afbreuk heeft gedaan aan de mededinging. Scheuten wijst erop dat de vermeende afspraken in de praktijk geen gevolgen hebben gehad en dat duidelijk uit het door haar verstrekte rapport van Ernst & Young blijkt dat Scheuten de beweerde afspraken niet in de praktijk heeft gebracht. De consument heeft dan ook geen nadeel van de beweerde afspraken ondervonden. Scheuten concludeert dat de laagste ernstfactor die beschikbaar is voor de onderhavige categorie overtreding passend is.
288. Naar aanleiding van het betoog van Saint-Gobain betreffende de door de Raad in aanmerking te nemen marktaandeelen merkt de Raad op dat in tegenstelling tot hetgeen Saint-Gobain beweert, in het Rapport geen geografische marktafbakening is opgenomen. Het afbakenen van de markt is ook geen voorwaarde om tot een juiste mededingingsrechtelijke beoordeling van de onderhavige gedragingen te komen. De Raad herhaalt in dit verband dat de betrokken ondernemingen in ieder geval geen zwakke positie bezaten op de markt voor isolerend dubbelglas, ook indien naast Nederland het Duitse grensgebied in de beoordeling zou worden betrokken. Saint-Gobain ontkent dit ook niet en heeft anders dan de stelling dat het marktaandeel van de betrokken ondernemingen op de ruimere geografische markt lager zal liggen, verder niets aangevoerd. De Raad wijst er ten slotte op dat de concerns waartoe AGC, Saint-Gobain en Pilkington behoren ook in Duitsland actief zijn. De Raad acht het daarom waarschijnlijk dat deze concerns eveneens in het Duitse grensgebied leveren.
289. Wat betreft het betoog dat een stijging van de bruto-prijzen vanwege de stijging van de vlakglasprijs (die veroorzaakt zou zijn door stijgende energiekosten) onvermijdelijk was,

merkt de Raad het volgende op. De omstandigheid dat een stijging van de prijs van vlakglas aanleiding vormde voor de verhoging van de bruto-prijzen doet op zichzelf niet af aan de schadelijkheid van de overtreding bestaande uit besprekingen tussen de betrokken ondernemingen over hun prijszetting voor isolerend dubbelglas en het daarbij afspreken en vervolgens uitvoeren van een concrete prijsverhoging in twee etappes. De minimumprijzen moesten er hierbij voor zorgen dat in geval van onderhandelingen zoveel mogelijk van deze prijsverhoging werd gerealiseerd en waren net als de bruto-prijsverhoging in twee etappes concreet geschikt om het onderhandelingsresultaat in het voordeel van de betrokken ondernemingen te beïnvloeden.

290. De Raad overweegt voorts dat mogelijk ook zonder de verboden gedragingen de desbetreffende stijging van de vlakglasprijs in de prijzen voor isolerend dubbelglas tot uitdrukking zou zijn gebracht. Of, in welke mate en op welke momenten de betrokken ondernemingen zonder de gedragingen hiertoe over zouden zijn gegaan, zou echter in dat geval met onzekerheden omgeven zijn geweest. Zonder de gedragingen zou de stijging van de vlakglasprijs het immers noodzakelijk hebben gemaakt dat iedere onderneming voor zich zou hebben gekeken naar de op dat moment gehanteerde prijzen voor isolerend dubbelglas (inclusief de opbouw van deze prijzen). De betrokken ondernemingen zouden eveneens ieder voor zich een beslissing hebben genomen over eventuele aanpassingen daarvan. Dit zou normaal gesproken tot meer concurrentie tussen de betrokken ondernemingen hebben geleid. Door de verboden gedragingen hebben de betrokken ondernemingen op dit punt de (onderlinge) concurrentie beperkt.
291. De Raad wijst in dit verband op de verklaring van de heer [vertrouwelijk] die zelf aangeeft dat, gezien de marktevolutie, de prijzen van isolerend dubbelglas waarschijnlijk ook zouden zijn verhoogd [vertrouwelijk]¹⁹⁷
292. Gelet op het voorgaande volgt de Raad Saint-Gobain niet in haar betoog dat de hoogte van de prijsverhoging min of meer een vast gegeven was en dat het de betrokken ondernemingen enkel om de timing daarvan ging. Naar het oordeel van de Raad hebben de gedragingen niet alleen onzekerheden weggenomen over de timing, maar ook over de vraag of en de mate waarin de betrokken ondernemingen naar aanleiding van kostenstijgingen tot verhoging van de prijzen voor isolerend dubbelglas zouden overgaan. De Raad acht het hoogst onwaarschijnlijk dat zonder de gedragingen alle vier de betrokken ondernemingen tot vergelijkbare prijsverhogingen in dezelfde perioden zouden zijn gekomen. De hiervoor weergegeven verklaring maakt duidelijk dat zonder de gedragingen, de concurrentie tussen de betrokken ondernemingen de vanuit hun perspectief wenselijk geachte prijsverhogingen direct ongedaan had kunnen maken. Gevolgen van de

¹⁹⁷ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

gedragingen voor de onderlinge concurrentieverhoudingen (marktposities) en daarmee op de marktstructuur acht de Raad derhalve zeer aannemelijk.

293. Terzijde merkt de Raad op dat de door de Saint-Gobain genoemde prijsverhoging van het basisproduct voor isolerend dubbelglas (naar gesteld het gevolg van de sterk stijgende energiekosten) ook het resultaat is geweest van concurrentiebeperkende afspraken tussen andere onderdelen van de concerns waartoe Saint-Gobain, Pilkington en AGC behoren. De Raad wijst in dit verband op de beschikking van de Europese Commissie van 28 november 2007 inzake vlakglas (COMP/39.165) waarbij andere onderdelen van de concerns waartoe Saint-Gobain, Pilkington en AGC behoren, zijn beboet voor kartelgedragingen in de periode januari 2004 – februari 2005, waaronder afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen.¹⁹⁸
294. Voor zover Scheuten stelt dat de consumenten geen nadeel hebben ondervonden, volgt de Raad dit betoog niet. Scheuten gaat in dit betoog voorbij aan de maatschappelijke schade die ontstaat bij het maken van prijsafspraken. Die omvat ook schade opgetreden door het verstoren van het normale mededingingsproces, waaronder een verlies aan (kosten)efficiëntie, minder (stimulans voor) innovatie, geringere economische groei en andere effecten die ook kunnen uitstralen buiten de direct betrokken marktdeelnemers of sector.
295. De door Saint-Gobain en Scheuten naar voren gebrachte dalende netto- of eindprijzen (waarbij Scheuten naar het eerdergenoemde rapport van Ernst & Young verwijst) die regelmatig onder de minimumprijzen lagen en de kortingen op de bruto-prijzen die niet werden afgestemd, doen geen afbreuk aan de (potentiële) schade die als gevolg van de gedragingen is toegebracht aan de afnemers. De Raad verwijst in dit verband naar zijn in randnummer 284 van dit besluit gegeven motivering van de ernst van de overtreding.
296. Dat de heer [vertrouwelijk] de heer [vertrouwelijk] begin 2005 bij Saint-Gobain heeft opgevolgd doet ten slotte geen enkele afbreuk aan de vastgestelde overtreding. Zoals vastgesteld in paragraaf 4.2 van dit besluit, paste de in het voorjaar 2005 doorgevoerde prijsverhoging binnen de gemaakte afspraken en neemt de komst van de heer [vertrouwelijk] niet weg dat zijn voorganger de afgesproken minimumprijzen reeds had doorgegeven aan zijn verkoopmedewerkers [vertrouwelijk]. De heer [vertrouwelijk] was bovendien reeds met de overdracht van de heer [vertrouwelijk] op de hoogte gesteld van de afgesproken voorgenomen prijsverhoging; deze prijsverhoging kwam dan ook niet als

¹⁹⁸ De desbetreffende onderdelen van de concerns van Saint-Gobain, Pilkington en AGC hebben tegen deze beschikking van de Europese Commissie geen beroep aangetekend.

een verrassing [vertrouwelijk].

297. Met inachtneming van het bovenstaande en gelet op de zwaarte van de overtreding en de hiervoor weergegeven economische context, acht de Raad een ernstfactor van 2 gepast. Dit resulteert in de volgende basisboete voor de betrokken ondernemingen, volgens de formule: basisboete = boetegrondslag x ernstfactor 2.

AGC	EUR 11.757.026
Saint-Gobain	EUR 11.478.126
Scheuten	EUR 2.252.932
Pilkington	EUR 7.460.000

7.4 Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

298. Zoals in randnummer 47 van de Boetecode is vermeld, neemt de Raad bij de boetevaststelling in voorkomend geval boeteverhogende of –verlagende omstandigheden in aanmerking.

Boeteverhogende omstandigheden

299. De Raad acht geen boeteverhogende omstandigheden in de zin van randnummer 48 van de Boetecode aanwezig.

Boeteverlagende omstandigheden

300. Saint-Gobain en Scheuten betogen dat sprake is van een boeteverlagende omstandigheid als bedoeld in de randnummers 47 en 49b van de Boetecode, omdat zij de overtreding voor aanvang van het onderzoek van de NMa uit eigen beweging hebben beëindigd. Saint-Gobain wijst in dit verband op de datum waarop een van de andere betrokken ondernemingen zelfstandig een substantiële prijswijziging doorvoerde. Scheuten wijst erop dat zij geen uitvoering heeft gegeven aan de afspraken en zich van de vermeende afspraken heeft gedistantieerd.
301. De Raad ziet in het betoog van Saint-Gobain en Scheuten geen aanleiding om tot verlaging van de boete over te gaan. Ten aanzien van Saint-Gobain is reeds blijkens haar eigen betoog geen sprake van beëindiging *uit eigen beweging*; Saint-Gobain wijst immers op de datum waarop een *andere* onderneming een substantiële prijswijziging doorvoerde. Ten aanzien van Scheuten wijst de Raad op paragraaf 5.1.2 van dit besluit waarin de Raad heeft vastgesteld dat Scheuten wel degelijk uitvoering heeft gegeven aan de afspraken en zich

daarvan niet heeft gedistantieerd. Ter zijde merkt de Raad op dat de omstandigheid dat een onderneming uit eigen beweging de overtreding heeft beëindigd een aanleiding *kan* zijn voor verlaging van de boete. De Raad gaat daartoe alleen in geval van bijzondere omstandigheden over, waarbij een onderneming meer heeft gedaan dan normaliter van haar kon worden verwacht.¹⁹⁹ Dat is in de onderhavige zaak niet aan de orde.

302. Scheuten betoogt dat zij slechts een passieve rol heeft gespeeld en zou zijn gedwongen tot deelname aan de vermeende afspraken door Saint-Gobain en AGC. De Raad merkt in dit verband op dat, anders dan Scheuten betoogt, uit het onderzoek niet is gebleken van feiten die er op duiden dat AGC en Saint-Gobain andere ondernemingen hebben gedwongen om deel te nemen aan de afspraken. De Raad merkt voorts op dat, voor zover een passieve rol al als een boeteverlagende omstandigheid kan worden aangemerkt, Scheuten hier niet met succes een beroep op kan doen. Zoals uit hoofdstuk 4 van dit besluit blijkt, is Scheuten bij alle bijeenkomsten waarbij afspraken zijn gemaakt dan wel afstemming heeft plaatsgevonden aanwezig geweest. Zij heeft er net als de andere betrokken ondernemingen voor gekozen om aan de hiervoor vastgestelde overtreding deel te nemen en heeft, naar mag worden aangenomen, geprofiteerd van de uit de afspraken voortvloeiende voordelen. Scheuten was immers door haar aanwezigheid bij de bijeenkomsten en de aldaar gevoerde discussies over de prijzen voor isolerend dubbelglas, op de hoogte van de gemaakte afspraken en de standpunten van de andere betrokken ondernemingen in dat verband. De Raad ziet dan ook geen aanleiding voor verlaging van de boete.
303. Scheuten acht ten slotte redenen aanwezig voor het opleggen van een symbolische boete. Zij wijst hierbij in het bijzonder op haar afwijkende positie op de markt als luis in de pels bij de floaters (de producenten van float glass, waaronder de andere betrokken ondernemingen). Een hoge boete zou Scheuten van de noodzakelijke middelen beroven om te kunnen concurreren met de floaters op prijs en zou dan ook een averechts effect hebben.
304. De Raad ziet geen aanleiding om een symbolische boete aan Scheuten op te leggen. Zo zij al een afwijkende positie inneemt ten opzichte van de andere betrokken ondernemingen, heeft dit Scheuten er in ieder geval niet van weerhouden deel te nemen aan de verboden gedragingen. Scheuten dient hier dan ook de volle verantwoordelijkheid voor te dragen. Voorts komt haar marktpositie reeds tot uitdrukking in de hoogte van de boete, aangezien deze is gebaseerd op de betrokken omzet van Scheuten.

¹⁹⁹ Zie bijvoorbeeld rechtbank Rotterdam, 26 oktober 2009, procedurenummer AWB 08/1143, *Bongaertz Holding B.V. e.a./NMa*, LJN: BK1215 en CBB, 18 november 2010, procedurenummer AWB 08/972, LJN: BO4962, r.o. 3.6.4.1.

7.5 Wettelijk maximum

305. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de boete voor overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Gelet op de door de betrokken ondernemingen overgelegde omzetgegevens, stelt de Raad vast dat dit maximum niet wordt overschreden.

7.6 Clementie AGC en Saint-Gobain

306. AGC²⁰⁰ en Saint-Gobain hebben op 5 juli 2005 onderscheidenlijk 3 oktober 2007 een clementieverzoek ingediend. Op deze clementieverzoeken zijn de Richtsnoeren Clementietoezegging van toepassing.²⁰¹ Met deze richtsnoeren heeft de Raad invulling gegeven aan de hem bij de toepassing van de artikelen 56 en 57 Mw toekomende discretionaire ruimte bij het nemen van beslissingen omtrent het opleggen van bestuurlijke boetes.
307. AGC heeft als eerste en voordat de Raad met het onderzoek was begonnen, vrijwillig informatie verstrekt aan de Raad. De Raad heeft AGC overeenkomstig de Richtsnoeren Clementietoezegging voorwaardelijk een boetevermindering van 100% (boete-immuniteit) toegezegd. Omdat AGC aan de opgelegde voorwaarden heeft voldaan, kent de Raad overeenkomstig de clementietoezegging AGC boete-immuniteit toe.
308. Saint-Gobain heeft als tweede vrijwillig informatie verstrekt aan de Raad. Haar verzoek valt daarmee binnen Categorie C van de Richtsnoeren Clementietoezegging. Blijkens randnummer 7 van deze richtsnoeren kan in dat geval aan een onderneming een boetevermindering van ten minste 10% en ten hoogste 50% worden verleend. Dan moet echter wel zijn voldaan aan de voorwaarde dat – onder meer – de onderneming de NMa, voordat de NMa ter zake een rapport heeft uitgebracht, informatie verschaft over het kartel, welke informatie additionele waarde heeft. Blijkens randnummer 9 van de richtsnoeren heeft informatie additionele waarde wanneer met behulp daarvan het bewijs van de vermoedelijke overtreding kan worden geleverd, over welk bewijs de NMa niet reeds beschikte. De Raad heeft Saint-Gobain voorwaardelijk een boetevermindering van 30% toegezegd. Omdat Saint-Gobain zich aan de clementievoorwaarden heeft gehouden,

²⁰⁰ Meer specifiek haar moedermaatschappij Asahi Glass Company Ltd.

²⁰¹ Richtsnoeren Clementietoezegging van 1 juli 2002, zoals gewijzigd bij besluiten van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 28 april 2004, 27 juni 2005 en bij besluit van de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 28 maart 2006 (Stcrt. 1 juli 2002, nr. 122; Stcrt. 29 april 2004, nr. 82, Stcrt. 28 juni 2005, nr. 122, Stcrt. 29 maart 2006, nr. 63).

vermindert de Raad dienovereenkomstig de boete zoals tot dusver berekend. De boete van Saint-Gobain bedraagt aldus EUR 8.034.688.

Zienswijze van partijen en beoordeling door de Raad

309. Saint-Gobain betoogt dat het door de NMa toegekende percentage van 30% te laag is en dat zij gelet op de bijdrage die zij heeft geleverd aan het onderzoek van de NMa, aanspraak kan maken op het maximum van 50%. Zonder haar bijdrage zou het vaststellen van de gestelde overtreding niet mogelijk zijn geweest, aldus Saint-Gobain.
310. De Raad stelt voorop dat hij bij het vaststellen van het clementiepercentage dat daadwerkelijk wordt toegekend discretionaire ruimte heeft.²⁰² De Raad dient ingevolge randnummer 7 van de Richtsnoeren Clementietoezegging (Categorie C) een naar redelijkheid vast te stellen boetevermindering te verlenen van ten minste 10% en ten hoogste 50%. Het percentage van de boetevermindering wordt ingevolge randnummer 8 van de Richtsnoeren Clementietoezegging bepaald aan de hand van het tijdstip waarop de informatie wordt verstrekt en de additionele waarde van de verschaft informatie ten opzichte van de informatie waarover de NMa uit andere hoofde de beschikking heeft, alsmede de overige omstandigheden van het geval. Het voorgaande maakt duidelijk dat toekenning van het maximale percentage aan een onderneming die, zoals in casu Saint-Gobain, in aanmerking komt voor Categorie C geen automatisme is. De Raad dient hierover met inachtneming van alle omstandigheden van het geval te beslissen. Gelet op de omstandigheden van dit geval, acht de Raad een boetevermindering van 30% redelijk. De Raad overweegt daartoe als volgt.
311. Saint-Gobain heeft, als gezegd, haar clementieverzoek ingediend tijdens het door de NMa bij haar uitgevoerde bedrijfsbezoek. Op dat moment had de NMa ruim 7,5 maanden onderzoek verricht naar de gedragingen van de betrokken ondernemingen. Dit onderzoek is op 15 februari 2007 gestart naar aanleiding van het clementieverzoek van AGC.
312. Toen Saint-Gobain haar clementieverzoek indiende, beschikte de NMa over [vertrouwelijk] uitvoerige clementieverklaringen [vertrouwelijk] over de in hoofdstuk 4 beschreven gedragingen. Daarnaast beschikte de NMa over een zeer gedetailleerde verklaring van de heer [vertrouwelijk] en had [vertrouwelijk] de NMa ook reeds schriftelijke bewijsmiddelen verstrekt, [vertrouwelijk].
313. Saint-Gobain heeft bij haar clementieverzoek schriftelijke bewijsmiddelen aan de NMa verstrekt [vertrouwelijk]. Daarnaast heeft Saint-Gobain de NMa bewijs in de vorm van

²⁰² CBb, 18 maart 2010, procedurenummer AWB 08/155, Imtech/NMa, LJN: BM2423.

verklaringen verschaft [vertrouwelijk].

314. Gezien de aard van de door Saint-Gobain verstrekte informatie en hetgeen op het tijdstip van verstrekking reeds aan de NMa bekend was, kan zonder meer worden gesteld dat deze informatie additionele waarde had in de zin van de Richtsnoeren Clementietoezegging. Saint-Gobain heeft inderdaad een reële bijdrage geleverd aan het totale bewijs waarover de NMa in deze zaak beschikt. Naar het oordeel van de Raad komt de waarde van de verstrekte informatie echter voldoende tot uitdrukking in het toegezegde percentage van 30%, dat aanzienlijk meer is dan het minimumpercentage in categorie C. Voor de verlening van een maximale boetevermindering van 50% bestaat geen grond. De Raad neemt daarbij onder meer in aanmerking dat de aan de zijde van Saint-Gobain afgelegde verklaringen minder gedetailleerd zijn dan die afgelegd aan de zijde van AGC en dat het door Saint-Gobain verstrekte schriftelijke bewijsmateriaal in absolute zin beperkt is. De Raad ziet derhalve geen aanleiding om de aan Saint-Gobain op te leggen boete met meer dan 30% te verminderen.

7.7 Conclusie

315. De boete wordt, conform randnummer 56 van de Boetecode naar beneden afgerond op een veelvoud van EUR 1000, vastgesteld op:

AGC	EUR nihil
Saint-Gobain	EUR 8.034.000
Scheuten	EUR 2.252.000
Pilkington	EUR 7.460.000

316. De Raad is van oordeel dat deze boetes evenredig zijn in verhouding tot de met het gevoerde boetebeleid te dienen doelen en overigens ook billijk zijn.

BESLUIT

- I. De Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:
- i) Legt aan AGC Flat Glass Nederland B.V. en AGC Nederland Holding B.V., gevestigd te Tiel, geen boete op;
 - ii) Legt aan Koninklijke Saint-Gobain Glass Nederland N.V., gevestigd te Veenendaal, een boete op van EUR 8.034.000;
 - iii) Legt aan Scheuten Glas Nederland B.V., gevestigd te Venlo, een boete op van EUR 2.252.000;
 - iv) Legt aan Pilkington Benelux B.V., Pilkington International Holdings B.V. en Pilkington Nederland (No. 3) B.V., gevestigd te Amsterdam, een boete op van EUR 7.460.000, waarbij deze rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel.
- II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Den Haag, 29 december 2010

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

W.g.

P. Kalbfleisch

Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.