

BESLUIT

Nummer 5965_1/500

Betreft zaak: Producenten isolerend dubbelglas

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren gericht tegen het besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 29 december 2010 (kenmerk 5965/320).

1	<i>Verloop van de procedure</i>	2
2	<i>Het Advies</i>	3
3	<i>De bezwaren, het Advies en de beoordeling hiervan door de Raad</i>	4
3.1	<i>Procedurele aspecten</i>	5
3.2	<i>De inbreuk</i>	10
3.2.1	<i>Het bewijs voor de inbreuk</i>	10
3.2.2	<i>Bezwaren aangaande het bewijs</i>	11
3.2.3	<i>Bezwaren aangaande de juridische beoordeling</i>	30
3.2.4	<i>Bezwaren aangaande de duur van de overtreding</i>	34
3.2.5	<i>Conclusie Raad ten aanzien van de bewijzen en de kwalificatie daarvan</i>	36
3.3	<i>Bevoegdheid van de Raad tot sanctionering</i>	36
3.4	<i>Boeteaspecten</i>	38
3.4.1	<i>Toerekening en boetemaximum Pilkington</i>	38
3.4.2	<i>Betrokken omzet/Boetegrondslag Pilkington</i>	45
3.4.3	<i>Betrokken omzet Scheuten</i>	48
3.4.4	<i>Ernstfactor</i>	48
3.4.5	<i>Boeteverlagende omstandigheden</i>	49
3.4.6	<i>Redelijke termijn</i>	51
3.4.7	<i>[vertrouwelijk]</i>	52
3.4.8	<i>Vaststelling hoogte boete</i>	53
4	<i>Proceskostenvergoeding</i>	53
	<i>Besluit</i>	54

1 Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 29 december 2010 (hierna: het bestreden besluit)¹ heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat vier ondernemingen die actief zijn op het gebied van productie en verkoop van glas, te weten AGC Flatglass Nederland B.V. en AGC Nederland Holding B.V. (hierna tezamen ook: AGC), Saint Gobain Glass Nederland N.V. (hierna ook: Saint Gobain), Pilkington Benelux B.V. (hierna ook: Pilkington) en Scheuten Glas Nederland B.V. (voorheen Scheuten Glasgroep B.V., hierna ook: Scheuten) in 2004 en 2005 betrokken zijn geweest bij een kartel betreffende de productie van isolerend dubbelglas. De Raad heeft in verband hiermee aan Scheuten, Pilkington en Saint Gobain een boete opgelegd wegens overtreding van artikel 6, eerste lid van de Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Aan AGC is geen boete opgelegd, omdat zij als eerste een clementieverzoek heeft ingediend, nog voordat de NMa een onderzoek had ingesteld. Saint Gobain heeft een boetevermindering van 30% gekregen, omdat zij ook clementie had aangevraagd en informatie van additionele waarde heeft geleverd.
2. De Raad heeft in het bestreden besluit vastgesteld dat Scheuten, Pilkington, AGC en Saint Gobain (hierna tezamen ook: de betrokken ondernemingen) tijdens verschillende bijeenkomsten in 2004 en 2005 hebben gesproken over de prijzen van isolerend dubbelglas. Zij hebben tijdens een bijeenkomst op 18 mei 2004 afgesproken om deze prijzen met 10 tot 12% te verhogen. Deze prijsverhoging zou in twee stappen plaatsvinden, namelijk in het najaar van 2004 en in het voorjaar van 2005. Daarnaast hebben de vier betrokken ondernemingen een afspraak gemaakt over het hanteren van minimumprijzen voor verschillende isolerend-dubbelglasproducten. De vorengenoemde afspraken werden volgens het bestreden besluit nader uitgewerkt tijdens een bijeenkomst op 29 september 2004. De minimumprijzafspraken was bedoeld om te voorkomen dat grote klanten, die de procentuele prijsverhoging niet zonder meer zouden accepteren en waarmee de betrokken ondernemingen in onderhandeling moesten treden, zouden overstappen naar de concurrent. Bovendien moest hiermee worden voorkomen dat bij grote projecten de verkoopprijzen onder de kostprijs zouden uitkomen. De afspraak over het hanteren van minimumprijzen vormde aldus een aanvulling op de afspraak om de prijzen met 10 tot 12% te verhogen. De Raad heeft voorts vastgesteld dat de vier betrokken ondernemingen de door hen gemaakte afspraak over een procentuele prijsverhoging ook hebben uitgevoerd en dat zij de afgesproken minimumprijzen een rol hebben laten spelen bij hun onderhandelingen met afnemers. Vastgesteld is dat deze overtreding duurde van 18 mei 2004 tot 15 september 2005.

¹ Zie dossierstuk 5965_1/315 t/m 318 en 320.

3. Twee partijen, Scheuten en Pilkington² (hierna ook: bezwaarden) hebben bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Beide partijen hebben tijdig de gronden van bezwaar ingediend.³ Deze bezwaren zijn, overeenkomstig artikel 5 van het Besluit tot Instelling Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet,⁴ voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).
4. Op 25 november 2011 zijn Scheuten en Pilkington gehoord, in de zin van artikel 7:2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), door de Adviescommissie. Vertegenwoordigers van de Raad hebben op de hoorzitting een toelichting gegeven op het standpunt van de Raad. Van het horen is een verslag opgemaakt dat op 3 februari 2012 aan bezwaarden is verzonden.⁵

2 Het Advies

5. Op 21 februari 2012 heeft de Adviescommissie haar advies (hierna: het Advies) uitgebracht aan de Raad. Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
6. De Adviescommissie heeft haar advies ingedeeld in behandeling van de bezwaren over 1) procedurele punten, 2) het bewijs en de vaststelling van de overtreding en 3) boeteaspecten.
7. Wat betreft de procedurele bezwaren adviseert zij de Raad om Pilkington toegang te geven tot de onleesbaar gemaakte delen van clementieverklaringen en adviseert zij [vertrouwelijk]. Ten aanzien van de overige procedurele bezwaren, waaronder het vertrouwelijk houden van de zienswijze van Pilkington, de bevoegdheid van de NMa om een boete op te leggen en de inzage in overige niet aan het dossier toegevoegde stukken, adviseert de Adviescommissie de bezwaren ongegrond te verklaren.
8. Ten aanzien van het bewijs voor de overtreding, merkt de Adviescommissie in zijn algemeenheid op dat betwiste clementieverklaringen door andere bewijsmiddelen dienen te worden gestaafd, willen zij als voldoende bewijs worden beschouwd dat een inbreuk heeft plaatsgevonden. Zij merkt op dat de Raad nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijzen moet aandragen die de vaste overtuiging kunnen dragen dat een inbreuk is gepleegd. De Adviescommissie concludeert dat, nu Pilkington en Scheuten de inhoud van

² Zijnde Pilkington Benelux B.V., Pilkington International Holdings B.V. en Pilkington Nederland (No.3) B.V.

³ Zie dossierstuk 5965_1/372 en 5965_1/373.

⁴ Stcrt. 1998, nr. 146, zoals gewijzigd bij Besluit van 30 juni 2000, Stcrt. nr. 124 en bij Besluit van 27 juni 2005, Stcrt. 2005, nr. 122.

⁵ Zie dossierstuk 5965_1/442.

de clementieverklaringen op essentiële punten betwisten, de documenten waar de Raad over beschikt niet het vereiste nauwkeurige en overeenstemmende bewijs opleveren om te kunnen vaststellen dat Pilkington en Scheuten hebben deelgenomen aan een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging tot verhoging van de prijzen en het hanteren van minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. De Adviescommissie adviseert de Raad om de bezwaren van Pilkington en Scheuten met betrekking tot het bewijs gegrond te verklaren, dan wel nader te motiveren.

9. Wat betreft de boeteaspecten, waaronder de ernst van de overtreding en het afwezig zijn van boeteverlagende omstandigheden, adviseert de Adviescommissie de bezwaren te verwerpen. Ten aanzien van een aantal andere punten, waaronder de toerekening van de overtreding aan Pilkington International Holding B.V. en Pilkington Benelux B.V. en het meenemen van de omzet uit de project business, adviseert de Adviescommissie om nader te motiveren. Wat betreft de bezwaren omtrent de duur van de overtreding, is de Adviescommissie van oordeel dat dit onderdeel geen bespreking behoeft, omdat zij van oordeel is dat het bewijs voor de overtreding niet geleverd is.
10. Na zich ervan te hebben vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen, heeft de Raad besloten om conform het Advies te beslissen wat betreft de bezwaren aangaande het bewijs voor het reeds op 18 mei 2004 betrokken zijn van Pilkington en Scheuten, de termijn voor het indienen en vertrouwelijkheid van de schriftelijke zienswijze van Pilkington, de bevoegdheid van de Raad tot sanctionering, de ernstfactor en de inspanningen voor de verificatie van de omzet door de accountant. Voor het overige beslist de Raad niet conform het Advies, zoals hierna in hoofdstuk 3 van dit besluit nader wordt gemotiveerd.

3 De bezwaren, het Advies en de beoordeling hiervan door de Raad

11. In dit hoofdstuk bespreekt en beoordeelt de Raad de bezwaren van Pilkington en Scheuten en het Advies. Paragraaf 3.1 gaat in op de procedurele aspecten. Paragraaf 3.2 bespreekt de bezwaren die zien op het bewijs voor de inbreuk en de kwalificatie daarvan. In paragraaf 3.3 komt de bevoegdheid van de Raad tot sanctionering aan de orde. Paragraaf 3.4 gaat in op boeteaspecten en geeft weer tot welke boetes deze heroverweging leidt. In hoofdstuk 4 komt de proceskostenvergoeding aan de orde.

3.1 Procedurele aspecten

Toegang tot de op de zaak betrekking hebbende stukken

Bezwaren

12. Pilkington stelt ten onrechte geen volledige toegang tot de op de zaak betrekking hebbende stukken (hierna ook: het dossier) te hebben gekregen, met name de volledige clementieaanvragen en de daaraan ten grondslag liggende verklaringen, ondanks dat zij hier herhaaldelijk om heeft verzocht. Zij wijst op de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) in de zaak Fietsfabrikanten,⁶ waaruit volgt dat wanneer een belanghebbende gemotiveerd uiteenzet waarom hij het van belang acht dat bepaalde stukken als op de zaak betrekking hebbende stukken worden aangemerkt, deze moeten worden overgelegd, ook als deze volgens de toezichthouder geen rol hebben gespeeld in het besluitvormingsproces dat aan het opleggen van de boete vooraf is gegaan.
13. Pilkington wijst er in dit verband op dat de NMa in de primaire fase in eerste instantie inzage in een dossierstuk weigerde, maar later alsnog heeft overgelegd aan Pilkington, omdat toch bleek dat het een deel van een clementieverklaring betrof dat betrekking had op de relevante markt en periode. Pilkington stelt dat in dat stuk uitvoerig wordt ingegaan op bilaterale contacten tussen AGC en Saint Gobain en dat dit relevant is, omdat de clementieaanvragers op andere momenten stellen dat het om multilaterale contacten ging. De verklaringen zijn wat dat betreft niet consistent. Dit onderwerp is volgens Pilkington van belang, omdat daar waar twijfel is over wie er precies op welk moment bij welke precieze afspraken aanwezig was, relevant is om te zien dat de clementieaanvragers wel vaker afspraken maakten met z'n tweeën. Dat zet de geloofwaardigheid van hun stellingen over de aanwezigheid bij de vermeende afspraken in 2004 en 2005 in een ander daglicht.

Het Advies

14. De Adviescommissie is van oordeel dat Pilkington voldoende gemotiveerd heeft waarom de onleesbaar gemaakte delen van de clementieverklaringen voor haar verdediging van belang zijn. Zij stelt; 'Zij [NMa: Pilkington] heeft er immers op gewezen dat het onderzoek van de NMa dat aan het Besluit ten grondslag ligt, [vertrouwelijk], terwijl de zijdens de clementieverzoekers afgelegde verklaringen veelal vaag zijn ten aanzien van de periode waarin de verweten gedragingen hebben plaatsgevonden en daarnaast vaak onduidelijk is of de (gehoorde medewerkers van de) clementieverzoekers [vertrouwelijk].' Zij stelt dat Pilkington zich er in dit verband van moet kunnen vergewissen dat bij het afleggen van de verklaringen door (medewerkers van) de clementieverzoekers geen sprake is geweest van verwarring [vertrouwelijk] en, indien dergelijke verwarring volgens haar wel aantoonbaar aanwezig is

⁶ CBB 4 oktober 2011, AWB 07/647, 07/648, 07/649 en 07/650, *Fietsfabrikanten*, LJN: BT6521.

geweest, haar bezwaren tegen het besluit mede daarop te baseren. De noodzaak daarvan wordt naar het oordeel van de Adviescommissie onderstreept door het feit dat de NMa in een later stadium alsnog een stuk heeft overlegd waarvan inzage in eerste instantie werd geweigerd.⁷

15. De Adviescommissie is van oordeel dat de onleesbaar gemaakte delen als *'op de zaak betrekking hebbende stukken'* in de zin van artikel 7:4 tweede lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) moeten worden beschouwd. Zij verwijst, evenals Pilkington, naar de uitspraak van het CBb in de zaak Fietsfabrikanten en stelt dat inzage dient te worden verleend in de onleesbaar gemaakte delen van de clementieverklaringen, voor zover die inzage niet op grond van artikel 7:4, zesde lid, Awb dient te worden geweigerd.
16. De Adviescommissie adviseert de Raad tevens om nader te motiveren waarom gewichtige belangen zich verzetten tegen inzage door Pilkington, indien de Raad van oordeel is dat inzage niet kan worden verleend.
17. Wat betreft de overige dossierstukken, niet zijnde delen van clementieaanvragen, adviseert de Adviescommissie het bezwaar van Pilkington ongegrond te verklaren, nu Pilkington haar bezwaar op dit punt onvoldoende heeft onderbouwd.⁸

Het oordeel van de Raad

18. De Raad deelt het Advies van de Adviescommissie dat Pilkington haar bezwaar wat betreft de overige dossierstukken, niet zijnde clementieaanvragen, onvoldoende heeft onderbouwd. Hij verklaart het bezwaar van Pilkington op dit punt dan ook ongegrond. De Raad volgt de Adviescommissie niet in haar advies om de bezwaren van Pilkington ten aanzien van toegang tot onleesbaar gemaakte delen van het clementiemateriaal gegrond te verklaren. De Raad licht dit als volgt toe.
19. De Raad stelt voorop dat voor de vraag welke stukken tot de op de zaak betrekking hebbende stukken behoren, van belang is wat de reikwijdte van de vermeende overtreding is. In de onderhavige zaak ziet de overtreding op besprekingen inzake de prijzen van isolerend dubbelglas tussen Pilkington, Scheuten, AGC en Saint Gobain in de periode 2004 en 2005. Alle documenten die voor de beoordeling van deze overtreding van belang kunnen zijn (zowel belastend als ontlastend) dienen in het dossier te zijn opgenomen. Op basis daarvan wordt getoetst of de bevindingen van de Raad worden gestaafd door onderliggende stukken en of de betrokken ondernemingen voldoende inzicht hebben gehad in het dossier om zich tegen de bevindingen van de Raad te verdedigen. In de onderhavige

⁷ Zie randnummers 24-32 van het Advies.

⁸ Zie randnummers 24-32 van het Advies.

zaak heeft de NMa alle documenten die voor de beoordeling van de overtreding van belang kunnen zijn in het dossier opgenomen. Tot deze documenten behoren ook de verklaringen van clementieverzoekers AGC en Saint-Gobain over de gedragingen met betrekking tot isolerend dubbelglas.

20. Een volgende vraag is of de betrokken ondernemingen daarmee ook integraal toegang dienen te krijgen tot de documenten die in het dossier zijn opgenomen als bepaalde onderdelen daarvan geen betrekking hebben op de vermeende overtreding en daarmee niet van belang zijn voor de beoordeling daarvan. De Raad is van oordeel dat dit niet het geval is. Het bezwaar van Pilkington heeft in de kern hierop betrekking. De Raad heeft, meer specifiek, een aantal onderdelen van clementieverklaringen van AGC en Saint Gobain onleesbaar gemaakt, [vertrouwelijk]. De overige delen van deze clementieverklaringen, [vertrouwelijk], behoren voor die onderdelen wel tot de op de zaak betrekking hebbende stukken en daarmee tot het dossier.
21. De Raad acht deze aanpak gerechtvaardigd. [vertrouwelijk], maakt niet dat alle stukken en verklaringen die in dat verband zijn vergaard, integraal op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. Zoals hiervoor opgemerkt, is daarvoor bepalend welke vermeende overtreding in het rapport is vastgelegd. De NMa heeft hier bovendien een ruime werkwijze gehanteerd; voor zover de passages betrekking hadden op [vertrouwelijk], heeft de NMa deze passages in het dossier gelaten en derhalve niet gelakt.
22. De Raad acht de motivering van Pilkington waarom het voor haar van belang is toegang te krijgen tot de onleesbaar gemaakte delen van de clementieverklaringen, in dit verband niet overtuigend. Deze delen zien [vertrouwelijk] betreffende isolerend dubbelglas en de betrokkenheid van Pilkington daarbij. Daarnaast kunnen de onderdelen van de verklaringen die de Raad wel ten grondslag heeft gelegd aan de overtreding, op zichzelf worden gewaardeerd en op consistentie worden getoetst. Inzage in de onleesbaar gemaakte delen is daarvoor niet noodzakelijk. De Raad merkt in dit verband op dat Pilkington zich op basis van het dossier heeft kunnen verweren tegen het oordeel van de Raad dat Pilkington een inbreuk heeft begaan op de Mededingingswet en de daaraan ten grondslag gelegde bewijsmiddelen. De Raad verwijst hiervoor nader naar paragraaf 3.2.2 van dit besluit.
23. De omstandigheid dat de NMa in een later stadium alsnog inzage heeft verleend in een gedeelte van een clementieverklaring, maakt het voorgaande naar het oordeel van de Raad niet anders. Het gaat hier om een 19-regelige passage uit een clementieverklaring, die abusievelijk onleesbaar was gemaakt.⁹ Het alsnog verlenen van inzage daarin getuigt naar het oordeel van de Raad van een zorgvuldige behandeling van het dossier door de NMa.

⁹ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

24. Uit het voorgaande volgt dat Pilkington door de wijze waarop de NMa haar toegang heeft verleend tot het dossier niet in haar rechten van verdediging is geschaad. De Raad verklaart het bezwaar van Pilkington ongegrond.

[vertrouwelijk]

25. [vertrouwelijk].¹⁰

26. [vertrouwelijk].

27. [vertrouwelijk].

28. [vertrouwelijk].

29. [vertrouwelijk].

Het oordeel van de Raad

30. De Raad stelt voorop dat het volgen van het advies van de Adviescommissie op dit punt in essentie onmogelijk is, aangezien behandeling van de bezwaren van Pilkington en Scheuten inhoudt dat de Raad enkele overwegingen daaraan wijdt in dit besluit op bezwaar. Voor zover de Adviescommissie heeft bedoeld te adviseren de desbetreffende randnummers geen dragend onderdeel te laten zijn van de motivering van het besluit op bezwaar en meer specifiek van een eventuele overtreding, merkt de Raad op dat deze passages in het bestreden besluit reeds geen dragend onderdeel waren en dat evenmin in dit besluit op bezwaar zullen zijn.
31. De Raad merkt voorts op dat hij niet inziet op welke wijze Pilkington en Scheuten door de aanpak van de Raad in het bestreden besluit zouden kunnen zijn benadeeld, temeer nu de Raad de desbetreffende passages niet openbaar heeft gemaakt.
32. [vertrouwelijk].
33. [vertrouwelijk].
34. De Raad verklaart het bezwaar van Pilkington en Scheuten derhalve, in afwijking van het advies van de Adviescommissie, ongegrond.

¹⁰ [vertrouwelijk]

Termijn voor indienen en vertrouwelijkheid schriftelijke zienswijze van Pilkington

Bezwaren

35. Pilkington stelt dat zij te weinig tijd heeft gekregen voor het indienen van haar schriftelijke zienswijze in de primaire fase, omdat de NMa haar op de uiterlijke datum voor het indienen van de zienswijze nog aanvullingen op het dossier heeft gestuurd. Voorts maakt Pilkington bezwaar tegen het feit dat de NMa heeft geweigerd haar zienswijze vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van andere in deze zaak betrokken ondernemingen. Zij stelt in dit verband dat de NMa tegen elk van de in het rapport genoemde ondernemingen een afzonderlijke, bilaterale sanctieprocedure voert. Volgens Pilkington zijn deze ondernemingen geen belanghebbenden, als bedoeld in artikel 60, tweede lid, Mw, bij elkaars procedure en kan de zienswijze niet worden aangemerkt als een op de zaak betrekking hebbend stuk in de zin van deze bepaling. De NMa beroept zich in het bestreden besluit ten onrechte op het beginsel van hoor en wederhoor, nu de Mededingingswet niet voorziet in een uitwisseling van zienswijzen en dit beginsel geen betrekking heeft op het horen van derdepartijen.

Het Advies

36. Wat betreft de termijn voor het indienen van de zienswijze, adviseert de Adviescommissie de Raad om het bezwaar van Pilkington ongegrond te verklaren. De Adviescommissie hecht daarbij waarde aan het feit dat de Raad, na afloop van de hoorzitting, aan zowel Pilkington als aan de overige betrokken ondernemingen nog drie weken heeft gegeven om te reageren op de inhoud van de schriftelijke stukken.
37. Wat betreft het vertrouwelijk houden van de zienswijze van Pilkington ten aanzien van de overige betrokken ondernemingen, stelt de Adviescommissie dat zij Pilkington niet kan volgen in haar betoog dat de zaak jegens Pilkington kan worden beschouwd als een aparte procedure waarin de overige partijen niet als belanghebbende kunnen worden beschouwd. Zij is van oordeel dat de Raad terecht heeft gewezen op het belang dat een betrokken onderneming erbij kan hebben om te kunnen reageren op hetgeen door andere betrokken ondernemingen in hun zienswijze wordt gesteld. Op deze manier kan optimaal inhoud worden gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor en kan zo tot een afgewogen oordeel over de feiten gekomen worden, met name op het punt van de waardering van de bewijsmiddelen en de verschillende rollen die de betrokken partijen mogelijk hebben gespeeld.

Het oordeel van de Raad

38. De Raad volgt het Advies en verklaart het bezwaar van Pilkington zowel ten aanzien van het indienen van de zienswijze als ten aanzien van het vertrouwelijk houden van de zienswijze, ongegrond. Ten aanzien van het vertrouwelijk houden van de zienswijze verwijst de Raad

naar randnummers 31 tot en met 33 van het bestreden besluit en 34 tot en met 37 van het Advies.

39. Met betrekking tot de termijn voor het indienen van de schriftelijke zienswijze, hecht de Raad eraan op te merken dat Pilkington vanaf de datum waarop zij over alle dossiermappen beschikte, 14 januari 2010, een termijn van bijna zeven weken heeft gekregen om een schriftelijke zienswijze op te stellen. Daar komt nog bij dat geen van de betrokken ondernemingen gebruikt heeft gemaakt van de mogelijkheid die de NMa bood om tot drie weken na de hoorzitting schriftelijk te reageren op de inhoud van de nagezonden stukken, hetgeen het beperkte belang van deze stukken voor Pilkington naar het oordeel van de Raad bevestigt.

Conclusie ten aanzien van de procedurele punten

40. Gelet op al het voorgaande, is de Raad van oordeel dat Pilkington en Scheuten op geen enkele wijze, zowel wat betreft de toegang tot het dossier, de termijn voor het indienen van de zienswijze van Pilkington, als het niet-vertrouwelijk houden van de schriftelijke zienswijze van Pilkington, in hun rechten van verdediging zijn geschaad. De Raad verklaart alle procedurele bezwaren ongegrond.

3.2 De inbreuk

3.2.1 Het bewijs voor de inbreuk

41. De Raad verwijst voor de bewijsmiddelen die hij aan zijn oordeel over de overtreding en de deelname daaraan door Scheuten en Pilkington ten grondslag heeft gelegd, primair naar hoofdstuk 4 van het bestreden besluit. In aanvulling daarop zet de Raad hierna kort uiteen waar de overtreding op is gebaseerd.
42. De vaststelling in het bestreden besluit dat de vier betrokken ondernemingen, waaronder Pilkington en Scheuten, tijdens verschillende bijeenkomsten in 2004 en 2005 gezamenlijk afspraken hebben gemaakt over een verhoging van de prijzen voor isolerend dubbelglas van 10 tot 12% in twee stappen en het hanteren van minimumprijzen, is in de eerste plaats gebaseerd op de twee clementieverklaringen van rechtstreeks bij de overtreding betrokken ondernemingen, AGC en Saint Gobain, én van hun werknemers de heren [vertrouwelijk] (AGC), [vertrouwelijk] (Saint Gobain) en [vertrouwelijk] (Saint Gobain). De inhoud van deze verklaringen wordt ondersteund door een aantal schriftelijke bewijsmiddelen, zoals agenda's van de bestuurders van AGC, Saint Gobain en Scheuten, de handgeschreven aantekeningen van de heer [vertrouwelijk] van Saint Gobain, prijsverhogingsbrieven en twee minimumprijslijsten, alle daterende uit de periode van de overtreding.

43. In het bestreden besluit worden vorengenoemde prijsverhogingsbrieven die de vier betrokken ondernemingen in het najaar van 2004 binnen een tijdsbestek van ongeveer twee weken alle hebben verstuurd, als (ondersteunend) bewijs gezien voor het bestaan van de afspraak prijsverhogingen door te voeren. In deze brieven geven de betrokken ondernemingen, ook Pilkington en Scheuten, aan hun prijzen voor isolerend dubbelglas met 5 onderscheidenlijk 6% te verhogen. Pilkington heeft vervolgens in het voorjaar van 2005 aangekondigd haar prijzen met 5 onderscheidenlijk 6% te verhogen. Scheuten heeft in die laatste periode een energietoeslag voor isolerend dubbelglas ingevoerd, hetgeen in het bestreden besluit ook wordt gezien als een prijsverhoging conform afspraak.
44. De verklaringen dat er ook minimumprijzen werden afgesproken, worden bevestigd door de [vertrouwelijk] en bij Pilkington aangetroffen minimumprijzlijsten, die qua samenstelling en prijzen duidelijke overeenkomsten vertonen. Dat de minimumprijzlijsten van [vertrouwelijk] en Pilkington niet volledig identiek zijn, wordt in het bestreden besluit geweten aan het feit dat deze documenten (deels) interne vertalingen zijn van de gemaakte afspraken. Zo heeft de heer [vertrouwelijk] aangegeven [vertrouwelijk]."

3.2.2 Bezwaren aangaande het bewijs

45. In hun bezwaarschrift voeren *Pilkington* en *Scheuten* aan dat de NMa niet beschikt over voldoende concreet en nauwkeurig bewijs voor het bestaan van afspraken over een procentuele prijsverhoging en het hanteren van minimumprijzen, alsmede voor hun betrokkenheid bij die afspraken. Zij stellen daartoe dat de NMa in essentie slechts beschikt over verklaringen van clementieverzoekers en niet of nauwelijks over andere bewijsmiddelen, zoals schriftelijke bewijsmiddelen.
46. Pilkington en Scheuten betogen ten aanzien van de clementieverklaringen, dat deze onderling tegenstrijdig en individueel inconsistent zijn. Op basis van de clementieverklaringen wordt volgens hen niet gedetailleerd genoeg duidelijk welke afspraak wanneer is gemaakt. Daarbij stellen zij, dat de clementieverzoekers door de NMa zijn gestuurd in hun verklaringen. Zij bespreken vervolgens per bijeenkomst wat de betrokken bestuurders – de heer [vertrouwelijk] van Saint Gobain, de heer [vertrouwelijk] van AGC en de heer [vertrouwelijk] van Saint Gobain – daarover hebben verklaard en constateren aansluitend dat de clementieverklaringen niet betrouwbaar zijn en een zeer beperkte bewijswaarde hebben. Voorts bespreken zij daarbij de overige door de NMa aangedragen bewijsmiddelen en concluderen zij dat er geen documenten zijn die bewijs vormen voor de betrokkenheid van Pilkington of Scheuten bij de gestelde inbreuk.

" [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

47. Voordat de *Adviescommissie* concreet ingaat op de stukken die in het bestreden besluit als bewijsmiddel zijn gebruikt, maakt zij eerst enkele algemene opmerkingen over het gebruik en de waardering van de clementieverklaringen als bewijs. Vervolgens bespreekt de *Adviescommissie* per bijeenkomst wat de clementieverzoekers daarover hebben verklaard en de overige bewijsmiddelen daarbij. Zij adviseert de bezwaren ten aanzien van het bewijs voor de prijsverhogingen en de minimumprijzen (en derhalve ten aanzien van alle bijeenkomsten) gegrond te verklaren.
48. De Raad bespreekt hierna, per bijeenkomst, welke bezwaren Pilkington en Scheuten hebben geuit, wat de reactie van de *Adviescommissie* daarop is en hoe de Raad deze bezwaren – mede bezien in het licht van het Advies – beoordeelt. Daarbij bespreekt hij de bezwaren ten aanzien van voorgenomen prijsverhogingen en die ten aanzien van de minimumprijzen gezamenlijk, nu dit onderdelen zijn van één overtreding. Alvorens hierop in te gaan, staat de Raad eerst stil bij de beschouwingen van de *Adviescommissie* over het gebruik en de waardering van clementieverklaringen.

Gebruik en waardering van clementieverklaringen

Het Advies

49. De *Adviescommissie* stelt in zijn algemeenheid vast dat een clementieverklaring waarvan de juistheid wordt betwist, niet gezien kan worden als voldoende bewijs dat de niet-clementieverzoekers – in casu Pilkington en Scheuten – een inbreuk hebben gepleegd. De *Adviescommissie* is van oordeel dat een dergelijke betwiste verklaring van clementieverzoekers door andere bewijselementen moet worden bevestigd.¹² Voorts merkt de *Adviescommissie* ten aanzien van de clementieverklaringen op, dat met name de verklaring van de heer [vertrouwelijk], en in mindere mate ook die van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], als minder betrouwbaar moet worden beschouwd, omdat zij van oordeel is dat de wijze waarop de NMa vragen heeft gesteld (gesloten vragen, voorleggen van niet aan eerdere antwoorden van de betrokkene ontleende statements en in een enkel geval zelfs ‘corrigeren’ van de verklaring van de betrokken (ex)medewerker), als ‘sturende vraagstelling’ kan worden aangemerkt.
50. Zo merkt zij ten aanzien van de verklaring van de heer [vertrouwelijk] op dat waar hij uitspraken doet over hetgeen besproken is, dat (vrijwel) steeds naar aanleiding van een vraag van de NMa is, waarbij in de vraagstelling informatie wordt gegeven over hetgeen volgens de NMa is voorgevallen, en in een enkel geval zelfs de verklaring van [vertrouwelijk] door de ondervragende ambtenaren wordt gecorrigeerd.

¹² Zie randnummers 54 en 55 van het Advies.

51. Naar het oordeel van de Adviescommissie gebruiken *'de verhorende NMA-ambtenaren regelmatig een (zeer) gesloten manier van vragen stellen, waarbij zij reeds bij het stellen van de vraag (eigener beweging, dus niet door eerdere antwoorden van de ondervraagde persoon samen te vatten) veel informatie geven met betrekking tot hetgeen volgens hen heeft plaatsgevonden. Daarbij lijkt veelal eerder sprake te zijn van het verifiëren van een volgens de ambtenaren kennelijk reeds vaststaand gegeven dan van een onbevungen beroep op de herinnering van de heer [vertrouwelijk], terwijl [vertrouwelijk] bij het geven van antwoorden lijkt te hebben voortgeborduurd op de in de vraagstelling vervatte informatie, waarbij hij niet zeker van zijn zaak lijkt.'*¹³ De Adviescommissie gebruikt daarbij een aantal voorbeelden, die veelal zien op het verklaarde omtrent de bijeenkomst van 18 mei 2004.
52. Ook in verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] zijn volgens de Adviescommissie voorbeelden van deze wijze van vragen stellen terug te vinden, waarbij zij opmerkt dat de heer [vertrouwelijk] wat zekerder van zijn zaak lijkt dan de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk].
53. De Adviescommissie concludeert dat deze manier van vragen stellen vraagtekens doet rijzen ten aanzien van de betrouwbaarheid van de resulterende verklaringen. Bij deze conclusie merkt de Adviescommissie ten slotte nog op, dat zij hierbij mede in aanmerking neemt *'dat rekening dient te worden gehouden met de mogelijkheid dat, zoals bezwaarden hebben aangevoerd, Saint Gobain en AGC als clementieverzoekers en belangrijke concurrenten van bezwaarden een duidelijk eigen belang hebben bij hun stelling dat bezwaarden hebben deelgenomen aan het beweerde kartel gedurende de boeteperiode'*.¹⁴
- Het oordeel van de Raad*
54. De Raad volgt de Adviescommissie in haar standpunt dat een clementieverklaring van één onderneming, waarvan de juistheid wordt betwist, op zichzelf niet gezien kan worden als voldoende bewijs dat de niet-clementieverzoekers – in casu Pilkington en Scheuten – een inbreuk hebben gepleegd. Hiervoor is bevestiging nodig door andere bewijselementen, zoals bijvoorbeeld andere (clementie-)verklaringen of schriftelijke stukken. De Raad merkt hierbij, in aanvulling op het Advies, op dat hij de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] in dit specifieke geval niet aanmerkt als een ander bewijsmiddel dan de clementieverklaring(en) van AGC respectievelijk Saint Gobain, maar deze beschouwt als deel uitmakend van en toelichting gevend op de clementieverklaringen van AGC respectievelijk Saint Gobain.

¹³ Zie randnummer 64 van het Advies.

¹⁴ Zie randnummer 69 van het Advies.

55. De Raad volgt de Adviescommissie niet in het standpunt dat de verklaring van de heer [vertrouwelijk], en in mindere mate die van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], in het algemeen als minder betrouwbaar moeten worden beschouwd vanwege de wijze waarop de NMa-ambtenaren vragen hebben gesteld.
56. De Raad stelt daarbij voorop dat deze verklaringen tot stand zijn gekomen in de context van een clementieverzoek, waarbij AGC en Saint Gobain vrijwillig en op eigen initiatief naar de NMa zijn gekomen met informatie over hun betrokkenheid bij een beweerde overtreding van de Mededingingswet. De Raad mag in dat kader verwachten dat de betrokken ondernemingen, alsmede de personen die van de zijde van de onderneming betrokken waren bij de beweerde gedragingen, hun medewerking verlenen en alle informatie verstrekken die zij relevant achten.
57. De Raad merkt hierbij op dat het verstrekken van informatie in het kader van een clementieverzoek, zoals ook in de onderhavige zaak is geschied, op verschillende momenten plaatsvindt. De desbetreffende personen zijn hierdoor in de gelegenheid om terug te komen op eerder afgelegde verklaringen en deze aan te vullen of te verduidelijken. De NMa is hierdoor in de gelegenheid een gedetailleerd beeld te vormen van de gedragingen die de beweerde overtreding vormen en nadere informatie te vergaren.
58. In het proces van het verstrekken van informatie door clementieverzoekers worden niet alleen op verschillende momenten verklaringen afgelegd, maar worden de desbetreffende ondernemingen en betrokkenen ook op verschillende manieren bevestigd door de NMa. De desbetreffende NMa-ambtenaren stellen zowel open als gesloten vragen en wisselen elkaar af bij het stellen van vragen. Ook kan het zijn dat zij reeds verkregen informatie, bijvoorbeeld bepaalde feitelijke details, aan de betrokkenen voorleggen om te toetsen of die informatie correct is. Uiteindelijk leidt dit proces tot verschillende verklaringen die in hun onderlinge samenhang dienen te worden beoordeeld.
59. Naar het oordeel van de Raad miskent de Adviescommissie dit proces waarin informatie door clementieverzoekers wordt verstrekt. Meer specifiek kan uit de wijze waarop de NMa-ambtenaren vragen hebben gesteld, niet in het algemeen worden geconcludeerd dat de desbetreffende verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en die van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], integraal minder betrouwbaar of minder waardevol zijn, zoals de Adviescommissie stelt.
60. De clementieverzoekers AGC en Saint Gobain, alsmede de personen die van hun zijde betrokken waren bij de gedragingen, hebben blijkens de verschillende verklaringen (ook) uit zichzelf informatie gegeven over hetgeen tijdens de verschillende bijeenkomsten is voorgevallen (zonder dat deze informatie is ingegeven door informatie afkomstig van de

NMa). Uit de diverse verklaringen blijkt dat de desbetreffende NMa-ambtenaren daarbij zowel gesloten als open vragen hebben gesteld. Hierbij is niet gebleken dat de clementieverzoekers AGC en Saint Gobain, dan wel de van hun zijde betrokken personen, hun verklaringen niet in vrijheid hebben afgelegd dan wel zich gedwongen hebben gevoeld om bepaalde antwoorden te geven.

61. Ook de verklaringen van de heer [vertrouwelijk], waar de Adviescommissie met name op doelt, bevatten geen aanwijzingen dat zij niet in vrijheid zijn afgelegd. Integendeel, in verschillende gevallen waarin een gesloten vraag is gesteld door de desbetreffende NMa-ambtenaren en waarbij de NMa informatie of verklaringen voorlegt die niet zijn ontleend aan eerdere verklaringen of antwoorden van de heer [vertrouwelijk], en zelfs in het incidentele geval dat een NMa-ambtenaar de heer [vertrouwelijk] corrigeert, antwoordt de heer [vertrouwelijk] dat – waar aan de orde – hij geen antwoord kan geven of dat hij zich de situatie niet meer kan herinneren. De Raad stelt vast dat de heer [vertrouwelijk] zich vrij voelde om op deze wijze te antwoorden.
62. Hoewel de NMa de in het vorige randnummer beschreven wijze van vraagstelling een aantal keren heeft betracht, ziet de Raad niet in dat sprake is geweest van een ‘ongewenste sturende werking’ zoals de Adviescommissie in haar Advies concludeert. De Raad acht de verklaringen die door de heer [vertrouwelijk] en anderen, overigens allen bijgestaan door een advocaat, zijn afgelegd, door de vraagstelling van de NMa dan ook niet minder betrouwbaar in de zin zoals door de Adviescommissie bedoeld.
63. Ten slotte wenst de Raad de opmerking van de Adviescommissie te nuanceren dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat AGC en Saint Gobain als clementieverzoekers en belangrijke concurrenten van Scheuten en Pilkington een duidelijk eigen belang hebben bij hun stelling dat laatstgenoemden hebben deelgenomen aan het beweerde kartel gedurende de boeteperiode.
64. Hoewel niet uitgesloten kan worden dat clementieverzoekers een drang hebben gevoeld om de reikwijdte van de beweerde inbreuk en de daarbij betrokken ondernemingen te maximaliseren teneinde concurrenten op de markt schade te berokkenen, kan het omgekeerde ook niet worden uitgesloten. Immers, clementieverzoekers incrimineren in de eerste plaats zichzelf en vanuit die optiek kan het voor een clementieverzoeker aantrekkelijk zijn om de beweerde inbreuk te bagatelliseren. Wat hier ook van zij, het voorgaande betekent niet dat de verklaringen van de clementieverzoekers niet of minder betrouwbaar zijn. In geval van clementieverzoekers gaat het om verklaringen die uit hoofde van rechtstreekse betrokkenheid bij de beweerde gedragingen worden afgelegd, waarbij iedere poging de NMa te misleiden twijfels kan doen rijzen over de oprechtheid en de volledigheid van de medewerking van de desbetreffende clementieverzoeker en bijgevolg de

mogelijkheid om voor clementie in aanmerking te komen, in gevaar brengt. De NMa verzekert zich ervan dat clementieverzoekers op de hoogte zijn van de voorwaarden voor een geldige clementieaanvraag en de risico's van het handelen in strijd met die regels.

65. De Raad merkt hierbij op dat de precieze bewijskracht van de verklaringen niet in isolement kan worden bepaald maar in (onderlinge) samenhang met andere bewijsmiddelen en, gelet op het stadium waarin de onderhavige zaak zich bevindt, in het licht van de bezwaren van Pilkington en Scheuten dient te worden bezien. De Raad gaat hier in de navolgende randnummers op in.

De bijeenkomsten

66. Als weergegeven in randnummers 41 en verder, is in het bestreden besluit vastgesteld dat Pilkington en Scheuten tijdens verschillende bijeenkomsten in 2004 en 2005 afspraken hebben gemaakt over prijzen voor isolerend dubbelglas. In de navolgende randnummers bespreekt de Raad, met inachtneming van het Advies, per bijeenkomst of de beschikbare bewijsmiddelen voldoende zijn om de betrokkenheid van Pilkington en Scheuten bij afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas vast te stellen.
67. De Raad concludeert in het navolgende dat op basis van de beschikbare bewijsmiddelen onvoldoende kan worden vastgesteld dat Pilkington en Scheuten reeds op 18 mei 2004 betrokken waren bij afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. Wel kan worden vastgesteld dat op 29 september 2004 [vertrouwelijk] in het bijzijn van Pilkington en Scheuten afspraken zijn gemaakt over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas betreffende het najaar van 2004 en het voorjaar van 2005. Naar het oordeel van de Raad versterken en bevestigen de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] elkaar ten aanzien van deze bijeenkomst. De verklaringen en aantekeningen van de heer [vertrouwelijk] betreffende de bijeenkomst van 18 januari 2005, doen naar het oordeel van de Raad geen afbreuk aan de waardering van de bewijsmiddelen voor de bijeenkomst van 29 september 2004. Voorts stelt de Raad vast dat op basis van de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] nauwkeurig genoeg kan worden vastgesteld dat men elkaar op 16 maart 2005, in het bijzijn van Pilkington en Scheuten, heeft herinnerd aan de gemaakte afspraken.

Bijeenkomst van 18 mei 2004

68. In het bestreden besluit heeft de Raad geconcludeerd dat de overtreding is aangevangen op 18 mei 2004. Vastgesteld is dat tijdens de bijeenkomst van 18 mei 2004 in restaurant De

Fuik te Aalst tussen onder andere Pilkington en Scheuten is gesproken over prijsverhogingen en minimumprijzen.¹⁵

Bezwaren

69. Pilkington en Scheuten stellen dat de clementieverklaringen de enige bewijsmiddelen ten aanzien van deze bijeenkomst zijn en dat daaruit niet duidelijk wordt in aanwezigheid van welke vertegenwoordigers er gesproken zou moeten zijn over een prijsverhoging. De NMA had hier volgens hen nader onderzoek naar moeten doen. Zij stellen dat aan de verklaring van de heer [vertrouwelijk] geen bewijswaarde toekomt, omdat hieruit blijkt dat hij zich niets of nauwelijks iets van deze bijeenkomst weet te herinneren. Voorts draagt Pilkington een aantal feiten aan waaruit zou blijken dat het niet aannemelijk is dat zij heeft deelgenomen aan de gestelde overtreding op die datum. Zij betoogt onder andere dat er maar geringe overlap was in het aanwezig zijn van alle vier de betrokken ondernemingen, omdat de heer [vertrouwelijk] (Pilkington) laat arriveerde en de heer [vertrouwelijk] (Scheuten) de vergadering eerder verliet. Ook Scheuten wijst op de verklaring van de heer [vertrouwelijk] dat hij eerder wegging bij deze vergadering.

Het Advies

70. Ten aanzien van deze bijeenkomst stelt de Adviescommissie vast dat de gedetailleerde verklaring van de heer [vertrouwelijk] dat er op 18 mei is afgesproken de prijzen in twee etappes met 10 à 12% te verhogen, niet bevestigd wordt door de verklaring van de heer [vertrouwelijk] over 18 mei 2004. Tevens merkt de Adviescommissie op dat de heer [vertrouwelijk] in zijn verklaring aangeeft niet meer te weten wat er precies besproken is. Met betrekking tot het tijdstip waarop er over prijsverhogingen zou zijn gesproken, wijst de Adviescommissie er op dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat dit is gebeurd voordat de aanwezigen aan tafel gingen, [vertrouwelijk], en dat er aan tafel niet over prijzen is gesproken, en dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat hij met betrekking tot 18 mei 2004 niet meer weet of de aanwezigen elkaar hebben gesproken voordat ze aan tafel gingen. Voorts merkt de Adviescommissie op dat zowel Pilkington als Scheuten onbetwist hebben gesteld dat de heer [vertrouwelijk] van Pilkington later dan de aanvang van de bijeenkomst is gearriveerd en de heer [vertrouwelijk] kort na het arriveren van de heer [vertrouwelijk] is vertrokken.
71. Op grond van de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] kan volgens de Adviescommissie niet met zekerheid worden gezegd op welk moment én of in het bijzijn van (vertegenwoordigers van) Pilkington en Scheuten op 18 mei 2004 is gesproken over prijsverhogingen en minimumprijzen. Ook de overige bewijsmiddelen – agenda's van de heren [vertrouwelijk] (AGC), de heer [vertrouwelijk] (Saint Gobain) en de

¹⁵ Zie randnummers 125 en 178 van het bestreden besluit, dossierstuk 5965/320.

agenda van de heer [vertrouwelijk] (Scheuten) – leiden volgens de Adviescommissie niet tot de vaststelling dat op deze datum in het bijzijn van Pilkington en Scheuten een kaderafspraken is gemaakt over een getrapte prijsverhoging en dat is gesproken over minimumprijzen.¹⁶

Het oordeel van de Raad

72. De Raad neemt het advies van de Adviescommissie op dit punt over en overweegt daartoe als volgt.
73. De Raad stelt om te beginnen vast, dat Pilkington en Scheuten bevestigen dat zij op 18 mei 2004 aanwezig waren bij een bespreking in restaurant De Fuik. Voorts stelt de Raad vast de rechtstreeks bij de afspraak betrokken werknemer van [vertrouwelijk] – de heer [vertrouwelijk] – zeer stellig en gedetailleerd heeft verklaard dat er op 18 mei 2004 in restaurant De Fuik te Aalst een kaderafspraken is gemaakt waarbij ook Pilkington en Scheuten betrokken waren, waarmee de overtreding is aangevangen. De Raad is evenwel van oordeel dat de verklaringen van de heer [vertrouwelijk], nu deze worden betwist, alleen onvoldoende zijn om te kunnen stellen dat Pilkington en Scheuten vanaf 18 mei 2004 betrokken zijn bij de inbreuk.¹⁷ Naar het oordeel van de Raad is het derhalve noodzakelijk dat deze verklaringen worden bevestigd door een of meer andere bewijsmiddelen. In het bestreden besluit heeft de Raad zich in dat verband voornamelijk gebaseerd op de verklaringen van de heer [vertrouwelijk].
74. De Raad stelt ten aanzien van deze verklaringen van de heer [vertrouwelijk] vast, dat hieruit blijkt dat de heer [vertrouwelijk] zich wel kan herinneren dat hij een keer een vergadering heeft gehad in restaurant De Fuik, maar dat hij niet met zekerheid verklaart dat er op die datum en in het bijzijn van Pilkington en Scheuten over prijsverhogingen en minimumprijzen is gesproken. De heer [vertrouwelijk] verklaart weliswaar dat er in die periode afspraken zijn gemaakt over het doorvoeren van prijsverhogingen in twee etappes, maar kan zich niet herinneren of deze afspraken specifiek op 18 mei 2004 zijn gemaakt. De Raad stelt na heroverweging vast, dat de heer [vertrouwelijk] in zijn verklaringen niet specifiek benoemt dat hij op 18 mei 2004 met vertegenwoordigers van Pilkington en Scheuten over prijzen heeft gesproken.
75. Uit het voorgaande volgt naar het oordeel van de Raad dat de verklaring van de heer [vertrouwelijk] niet zodanig wordt versterkt en bevestigd door de verklaring van de heer [vertrouwelijk], dat nauwkeurig genoeg kan worden vastgesteld dat AGC en Saint Gobain bij de bijeenkomst van 18 mei 2004 met Pilkington en Scheuten afspraken hebben gemaakt

¹⁶ Zie randnummers 71-74 en 105 van het Advies.

¹⁷ Zie randnummer 54 van dit besluit.

over prijsverhogingen en minimumprijzen. Ook de agenda's van de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] geven naar het oordeel van de Raad niet de bevestiging van hetgeen de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard.

76. De Raad concludeert, na heroverweging, dat niet kan worden vastgesteld dat Pilkington en Scheuten reeds op 18 mei 2004 betrokken zijn geweest bij afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen. De Raad heeft hierbij in ogenschouw genomen dat twijfel omtrent de betrokkenheid van Pilkington en Scheuten, in hun voordeel dient te worden uitgelegd. De Raad volgt op dit punt het advies van de Adviescommissie en verklaart derhalve het bezwaar van Pilkington en Scheuten ten aanzien van de bijeenkomst van 18 mei 2004 gegrond.

Bijeenkomst van 29 september 2004

77. In het bestreden besluit is geconcludeerd dat op 29 september 2004 [vertrouwelijk] een bespreking heeft plaatsgevonden tussen AGC, Saint Gobain, Pilkington en Scheuten en dat tijdens deze bijeenkomst de prijsverhogingen en minimumprijzen (nader) zijn besproken en zijn vastgesteld.

Bezwaren

78. Pilkington en Scheuten wijzen erop dat de heer [vertrouwelijk] zich van deze bijeenkomst [vertrouwelijk] nauwelijks meer iets weet te herinneren en dat zijn verklaring derhalve niet kan dienen als bewijs. Zij stellen dat uitsluitend de heer [vertrouwelijk] over deze bijeenkomst een verklaring heeft afgelegd en dat deze onvoldoende is om een overtreding vast te stellen. Scheuten stelt daarbij dat de heer [vertrouwelijk] van Scheuten op die datum niet bij [vertrouwelijk] aanwezig was en dat de heer [vertrouwelijk] alleen heeft verklaard *'wel eens [vertrouwelijk] te zijn geweest' in het kader van een verjaardag of een barbecue*. Pilkington wijst voorts op het feit dat zij reeds op 24 september 2004 een energietoeslag had doorgevoerd, hetgeen bewijst dat zij niet deel heeft genomen aan enige afspraak op 29 september 2004. Dat Pilkington deze energietoeslag in oktober 2004 alsnog heeft omgezet in een algemene (normale) prijsverhoging had volgens haar als oorzaak dat de (specifieke) energietoeslag op internationaal niveau 'niet implementeerbaar' bleek. Zij wijst voorts op het feit dat [vertrouwelijk] heeft verklaard dat met Pilkington op 29 september 2004, vanwege doorvoering van die energietoeslag, geen prijsverhoging werd afgesproken. Daarnaast wijst Pilkington erop dat de bij haar gevonden prijslijst niet overeenkomt met de [vertrouwelijk] minimumprijslijst. Zij stelt dat 14 van de 18 producten qua prijs verschillen met de [vertrouwelijk] minimumprijslijst en dat de prijslijsten daardoor irrelevant zijn. Scheuten wijst ten aanzien van de minimumprijzen op het feit dat bij haar geen prijslijst is gevonden, hetgeen volgens haar aantoont dat zij niet bij een dergelijke afspraak betrokken was.

Het Advies

79. De Adviescommissie stelt in haar Advies vast dat de heer [vertrouwelijk] niet heeft verklaard dat er op 29 september 2004 is afgesproken wie van de betrokken ondernemingen wanneer een prijsverhoging zou doorvoeren. Zij stelt dat de verklaring van de heer [vertrouwelijk] het enige voorhanden bewijsmiddel is waaruit kan worden afgeleid dat op 29 september 2004 door vertegenwoordigers van alle betrokken ondernemingen is afgesproken wanneer de betrokken ondernemingen eerder onderling overeengekomen prijsverhogingen aan hun klanten bekend zouden maken en welke percentages zij daarbij zouden hanteren. Voorts acht zij van belang dat door [vertrouwelijk] is verklaard dat op dat moment met Pilkington geen prijsverhoging werd afgesproken, omdat Pilkington reeds een energietoeslag had bekendgemaakt.¹⁸ Dat Pilkington deze energietoeslag later heeft omgezet in een normale prijsverhoging, bewijst naar het oordeel van de Adviescommissie niet dat sprake is van een afspraak met de overige partijen; dit blijkt immers niet uit de verklaringen van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk].¹⁹
80. Wat betreft de minimumprijzen merkt de Adviescommissie op dat de heer [vertrouwelijk] niet eigener beweging verklaart dat op 29 september 2004 minimumprijzen zijn vastgesteld die door ieder van de aanwezigen voor zich zijn genoteerd aan de hand van een door de heer [vertrouwelijk] opgestelde lijst. Hij heeft, naar aanleiding van de door de NMa gestelde vraag of er op 29 september 2004 is gesproken over minimumprijzen, verklaard dat hij zich dat niet kan herinneren. Vervolgens heeft hij, naar aanleiding van de vraag of hij stukken had klaarliggen voor de betreffende bijeenkomst, verklaard dat het kan zijn dat hij een lijstje heeft gemaakt, om te discussiëren over deze prijzen, maar dat hij niet weet of hij dat op 29 september 2004 ook heeft gedaan. De Adviescommissie is voorts van oordeel dat daar waar de heer [vertrouwelijk] bevestigt dat op 29 september 2004 minimumprijzen voor dubbelglas zijn vastgesteld, hij dat naar aanleiding van sturende stellingen doet, terwijl hij op andere momenten juist aangeeft niet meer te weten wanneer dit is gebeurd.²⁰
81. Ook uit de overige bewijsmiddelen kan volgens de Adviescommissie niet geconcludeerd worden dat Pilkington en Scheuten betrokken waren bij een afspraak over prijzen op genoemde datum. De voorhanden zijnde agenda's van de heren [vertrouwelijk] (AGC), [vertrouwelijk] (Saint Gobain) en [vertrouwelijk] (Scheuten) bewijzen evenmin dat in het bijzijn van Pilkington en Scheuten op 29 september 2004 is gesproken over prijsverhogingen of minimumprijzen, zij bewijzen hooguit dat zij elkaar op die dag hebben gesproken. De Adviescommissie hecht voorts waarde aan het feit dat er bij Scheuten geen minimumprijzlijst is gevonden. De bij Pilkington gevonden minimumprijzlijst bevat op zichzelf volgens de Adviescommissie geen aanwijzingen voor het bestaan van een afspraak

¹⁸ Zie randnummer 76 van het Advies.

¹⁹ Zie randnummer 96 van het Advies.

²⁰ Zie randnummer 106 van het Advies.

waar Pilkington bij betrokken was. Zij stelt dat het verschil tussen de prijslijst van [vertrouwelijk] en die van Pilkington dermate aanzienlijk is, dat niet met de vereiste mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat zij de uitkomst zijn van een afspraak waar Pilkington en Scheuten bij betrokken waren. Zij leveren naar het oordeel van de Adviescommissie niet de vereiste uitdrukkelijke en nauwkeurige bevestiging op van hetgeen [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] in het kader van de clementieverzoeken hebben verklaard.²¹

Het oordeel van de Raad

82. De Raad volgt de Adviescommissie niet in haar advies en overweegt daartoe als volgt.
83. De Raad wijst allereerst op de verklaring van de heer [vertrouwelijk], die stellig en gedetailleerd is over hetgeen is besproken tijdens de bijeenkomst van 29 september 2004; [vertrouwelijk].²² De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat Pilkington en Scheuten hierbij aanwezig waren en dat Pilkington, vanwege het reeds doorvoeren van een energietoeslag vóór die bijeenkomst, ermee in stemde in de toekomst betere afspraken te maken over het doorvoeren en aankondigen van de prijsverhogingen voor isolerend dubbelglas. Voorts verklaarde de heer [vertrouwelijk] over deze bijeenkomst: [vertrouwelijk].²³
84. Deze verklaring van de heer [vertrouwelijk] is naar het oordeel van de Raad niet – zoals Pilkington, Scheuten en de Adviescommissie stellen – de enige verklaring waaruit blijkt dat er op 29 september 2004 [vertrouwelijk] een bespreking heeft plaatsgevonden met Pilkington en Scheuten over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. De Raad is van oordeel dat de verklaring van de heer [vertrouwelijk] bevestigd wordt door de verklaring van de heer [vertrouwelijk]. Dat de heer [vertrouwelijk] stelliger is in zijn verklaringen, neemt niet weg dat uit de verklaring van de heer [vertrouwelijk] duidelijk en ondubbelzinnig volgt dat er inderdaad op 29 september 2004 [vertrouwelijk] én in het bijzijn van de heren [vertrouwelijk] van Pilkington en [vertrouwelijk] van Scheuten gesproken is over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas.
85. Zo heeft de heer [vertrouwelijk] desgevraagd bevestigd dat op 29 september 2004 [vertrouwelijk] een bijeenkomst heeft plaatsgevonden waar hij met concurrenten gesproken heeft over minimumprijzen en prijsverhogingen voor dubbelglas in Nederland en dat de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] daarbij aanwezig waren: [vertrouwelijk].²⁴ Voorts heeft de heer [vertrouwelijk], naar aanleiding van de vraag van de ambtenaren van de NMa of hij zeker weet dat er op 29 september 2004 [vertrouwelijk] een bijeenkomst heeft plaatsgevonden met de heren van het kartel of dat dit misschien een

²¹ Zie randnummer 111 van het Advies.

²² [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

²³ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

²⁴ Zie [vertrouwelijk] het bestreden besluit en [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

interne bijeenkomst [vertrouwelijk] was, verklaard; [vertrouwelijk]²⁵ De Raad hecht er daarbij aan, dat de heer [vertrouwelijk] vervolgens via zijn advocaat heeft laten weten dat op 29 september 2004 geen interne bijeenkomst heeft plaatsgevonden, maar dat het een strategische bijeenkomst betrof. In deze verklaring werden de namen van de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] expliciet benoemd.²⁶

86. Wat betreft de opmerking van de Adviescommissie dat de heer [vertrouwelijk] niet expliciet heeft verklaard dat er op 29 september 2004 is afgesproken wie wanneer een prijsverhoging zou doorvoeren, merkt de Raad allereerst op, dat dit op zichzelf juist is, maar dat de Raad desondanks voldoende nauwkeurig en overeenstemmend bewijs daarvoor aanwezig acht. De Raad wijst er in dit verband op, dat het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst veelal moet worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden. Daarbij merkt de Raad op, dat doorgaans niet elk van de aangevoerde bewijsmiddelen noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de inbreuk op zichzelf een volledig bewijs zal opleveren. De individuele bewijzen dienen steeds in onderlinge samenhang te worden gezien en dienen in die samenhang het bewijs te vormen.
87. De Raad merkt in dit verband op, dat zowel van de zijde van de heer [vertrouwelijk] als van de heer [vertrouwelijk], zonder enig voorbehoud is verklaard dat in 2004 met Pilkington en Scheuten is afgesproken om de prijzen van isolerend dubbelglas in twee stappen met 10 tot 12% te verhogen en om minimumprijzen te hanteren. In zoverre bestaat er derhalve geen enkel licht tussen de verklaringen van [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] enerzijds en die van [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] anderzijds. Voorts wijst de Raad erop, dat de heer Bom aan de NMa heeft bevestigd dat er [vertrouwelijk] in het kader van een [vertrouwelijk] een bijeenkomst [vertrouwelijk] heeft plaatsgevonden en dat de enige bijeenkomst die in 2004 [vertrouwelijk] heeft plaatsgevonden, op 29 september 2004 was.
88. Het voorgaande geldt eveneens voor het vaststellen van de minimumprijzen. Uit de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] volgt dat er op 29 september 2004 minimumprijzen zijn vastgesteld. De Raad wijst erop dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat in 2004 [vertrouwelijk] een bijeenkomst heeft plaatsgevonden waar gesproken is over het vaststellen van minimumprijzen en dat de heer [vertrouwelijk] desgevraagd heeft bevestigd dat er op 29 september 2004 een minimumprijslijst voor dubbelglas tot stand is gekomen. Het is juist dat de heer [vertrouwelijk] zich niet meer specifiek kan herinneren dat hij voorafgaand aan de bespreking van 29 september 2004 ook een dergelijke lijst heeft

²⁵ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

²⁶ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

opgesteld. Naar het oordeel van de Raad doet dit echter geen afbreuk aan zijn bevestiging dat men tot minimumprijzen is gekomen. De Raad wijst erop dat het feit dat de heer [vertrouwelijk] zich niet specifiek kan herinneren dat dit op 29 september 2004 is gebeurd, niet uitsluit dat hij voor deze bijeenkomst wel een lijst heeft opgesteld. Voorts merkt de Raad op, dat de onderdelen van de verklaringen waar de Adviescommissie in dit verband haar oordeel op baseert, deel uitmaken van een verklaring die in 2009, zijnde vijf jaar na de gebeurtenissen en twee jaar na zijn laatste verklaring, door de heer [vertrouwelijk] is afgelegd. In dat licht bezien acht de Raad het niet verwonderlijk dat de heer [vertrouwelijk] zich bepaalde details ten aanzien van het vaststellen van minimumprijzen niet meer specifiek kan herinneren. Wat betreft de stelling van de Adviescommissie dat de bevestiging van de heer [vertrouwelijk] een uitvloeisel is van sturende vraagstelling van de zijde van de NMa, merkt de Raad op dat niet is gebleken dat dit antwoord onder bepaalde druk of dwang tot stand is gekomen. Uit de verklaringen blijkt dat de heer [vertrouwelijk] zich steeds vrij gevoeld heeft om vragen niet te beantwoorden of aan te geven dat hij zich gebeurtenissen niet kon herinneren. De Raad verwijst voorts naar randnummers 54 en verder van dit besluit.

89. Voorts merkt de Raad op, dat heer [vertrouwelijk] – in tegenstelling tot hetgeen Pilkington en Scheuten beweren – in zijn eerdere verklaringen wel degelijk herinneringen heeft aan deze bijeenkomst [vertrouwelijk] op 29 september 2004. Zo geeft hij ten aanzien van deze bijeenkomst gedetailleerde informatie over de discussie die plaatsvond over de minimumprijzen:²⁷

[vertrouwelijk]

90. Naar het oordeel van de Raad wordt de verklaring van de heer [vertrouwelijk] niet alleen versterkt en bevestigd door de verklaring van de heer [vertrouwelijk], ook de agenda's van de heren [vertrouwelijk] ('Afspraak [vertrouwelijk]'), [vertrouwelijk] ('Strategie [vertrouwelijk]') en [vertrouwelijk] ('AFSPRAAK') bevestigen naar het oordeel van de Raad dat op 29 september [vertrouwelijk] een afspraak is geweest. Uit de agenda's van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] blijkt dat zij op 29 september 2004 om 15.00 uur bij de heer [vertrouwelijk] thuis hadden afgesproken. In de agenda van de heer [vertrouwelijk] van Scheuten staat bij 29 september 2004 om 15.00 uur slechts het woord 'AFSPRAAK' genoteerd, zonder vermelding van plaats of andere aanwezigen. Dit is opmerkelijk, omdat bij alle andere in deze agenda genoteerde afspraken dergelijke bijzonderheden wel zijn vermeld. De heer [vertrouwelijk] had hier ook geen verklaring voor, wel gaf hij aan dat het geen privéafpraak kon betreffen.²⁸ Naar het oordeel van de Raad vormt deze agenda van

²⁷ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

²⁸ Verklaring van de heer [vertrouwelijk], 26 maart 2009, dossierstuk 5965_4/76, p. 7.

de heer [vertrouwelijk] een extra bevestiging van de – reeds door de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] bevestigde – betrokkenheid van Scheuten. Dat bij haar geen minimumprijslijst is gevonden, doet naar het oordeel van de Raad geen afbreuk aan deze vaststelling.

91. Ten aanzien van de aanwezigheid van Pilkington merkt de Raad het volgende op. Allereerst stelt de Raad vast dat de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] expliciet benoemen dat Pilkington aanwezig was bij de bespreking van 29 september 2004. De Raad stelt voorts vast dat Pilkington haar aanwezigheid bij deze bespreking ook niet heeft ontkend. Wat betreft de bij Pilkington gevonden minimumprijslijst, is de Raad met Pilkington en de Adviescommissie van oordeel dat deze op zichzelf geen doorslaggevend bewijs van betrokkenheid van Pilkington kan vormen. De Raad is echter ook van oordeel, dat de minimumprijslijst van Pilkington daarmee niet zonder waarde of irrelevant is, temeer omdat deze lijst overeenkomsten vertoont met de [vertrouwelijk] prijslijst en op basis van de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] voldoende nauwkeurig is vastgesteld dat er in het bijzijn van Pilkington over minimumprijzen is gesproken. Dat het hier een minimumprijslijst betrof, blijkt naar het oordeel van de Raad onder andere uit de kop van deze lijst '*1 okt. the above prices are minimum*'.
92. Wat betreft de verklaring van [vertrouwelijk] dat op 29 september 2004 met Pilkington geen prijsverhoging werd afgesproken – zoals Pilkington betoogt en zoals de Adviescommissie vaststelt – merkt de Raad op, dat dit het feit dat Pilkington op die datum deelnam aan een bijeenkomst waarbij over prijsverhogingen en minimumprijzen is gesproken, niet anders maakt. Dit geldt eveneens voor het feit dat Pilkington voorafgaand reeds een energietoeslag had doorgevoerd. De Raad wijst in dit verband ook op de verklaring van de heer [vertrouwelijk], waaruit blijkt dat tijdens deze bijeenkomst met Pilkington is afgesproken in de toekomst betere afspraken te maken: [vertrouwelijk]²⁹ Nu dit punt – de betrokkenheid van Pilkington en de doorvoering van de energietoeslag en de gevolgen daarvan – ook raakt aan de juridische kwalificatie van de betrokkenheid van Pilkington en Scheuten, verwijst de Raad nader naar paragraaf 3.2.3 van dit besluit.
93. De Raad concludeert, na heroverweging, dat de verklaring van de heer [vertrouwelijk] wordt versterkt en bevestigd door de verklaring van de heer [vertrouwelijk] dat er op 29 september 2004 bij hem thuis is gesproken over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. Op basis hiervan is de Raad van oordeel dat voldoende nauwkeurig kan worden vastgesteld dat er tijdens de bijeenkomst van 29 september 2004 door AGC en Saint Gobain in het bijzijn van Pilkington en Scheuten afspraken zijn gemaakt over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas betreffende het najaar van

²⁹ Zie [vertrouwelijk] het bestreden besluit [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

2004 en het voorjaar van 2005. Voorts ziet de Raad in de agenda van de heer [vertrouwelijk] een extra bevestiging voor de betrokkenheid van Scheuten. De Raad volgt de Adviescommissie niet in haar oordeel dat niet kan worden geconcludeerd dat Pilkington en Scheuten betrokken waren bij een afspraak over prijzen op 29 september 2004 en verklaart de bezwaren van Pilkington en Scheuten ten aanzien van deze bijeenkomst ongegrond.

Bijeenkomst 18 januari 2005

Bezwaren

94. Pilkington en Scheuten betogen dat zij niet bij de bijeenkomst van 18 januari 2005 bij AGC in Tiel aanwezig waren en deze bijeenkomst derhalve niet als bewijs kan dienen voor hun betrokkenheid bij een inbreuk. Pilkington stelt bovendien dat de aantekeningen die door de heer [vertrouwelijk] van deze bijeenkomst zijn gemaakt, 'Vooraf met iedereen afkaarten: [vertrouwelijk] ³⁰ en 'Duitsers per februari omhoog: 4-6%' en 'Wij, April, [vertrouwelijk] – 4%, [vertrouwelijk] – 6%, [vertrouwelijk] – 5%, [vertrouwelijk] – 5%' alle producten', een verwachting over de marktontwikkelingen betreft. Het feit dat hier 'Vooraf met iedereen afkaarten' staat, zegt volgens Pilkington en Scheuten niets over eventuele afspraken tussen de ondernemingen. Dit wordt ook in deze aantekeningen niet verder beschreven. Bovendien wordt in de aantekeningen ook verwezen naar de Duitsers, terwijl deze helemaal niet door de NMa zijn aangemerkt als betrokkenen bij een inbreuk. Voorts stellen zij dat de genoemde percentages niet overeenkomen met de later door de hen geïntroduceerde prijsverhogingen.

Het Advies

95. De Adviescommissie is met bezwaarden van mening dat alleen al vanwege het feit dat Pilkington en Scheuten niet bij deze bijeenkomst aanwezig waren, geen sprake kan zijn van bewijs van een afspraak waar zij bij betrokken waren. Ook stelt de Adviescommissie dat niet uit de door de heer [vertrouwelijk] naar aanleiding van dit overleg opgestelde aantekeningen kan worden afgeleid dat er op 18 januari 2005 reeds een afspraak bestond met Pilkington en Scheuten. De Adviescommissie wijst er daarbij op dat hetgeen op deze aantekeningen staat, betekent dat de prijsverhogingen kennelijk (nog) moesten worden 'afgekaart' met de (overige) betrokken en dat zij deze frase niet kan rijmen met de vaststelling van de NMa dat reeds op 18 mei 2004 en/of 29 september 2004 tussen de betrokken ondernemingen tot een afspraak zou zijn gekomen. Voorts wijst zij op de frase 'Duitsers per februari omhoog 4-6%', waarbij zij opmerkt dat gesteld noch gebleken is dat (ook) Duitse ondernemingen deel uitmaakten van het in het bestreden besluit vastgestelde kartel. Naar het oordeel van de Adviescommissie kan niet worden uitgesloten dat de

³⁰ De heer [vertrouwelijk] neemt aan dat hiermee wordt bedoeld op de heer [vertrouwelijk] van AGC, de heer [vertrouwelijk] van Scheuten en de heer [vertrouwelijk] van Pilkington.

genoemde percentages betrekking hadden op inschattingen van voorgenomen marktgedrag van concurrenten en/of afspraken die AGC en Saint Gobain (nog) wensten te maken en niet zozeer op (reeds) bereikte wilsovereenstemming dan wel (reeds) afgestemd marktgedrag. Dit temeer nu de in de aantekeningen genoemde percentages voor drie van de vier ondernemingen afwijken van de percentages waarmee zij volgens het besluit in het voorjaar van 2005 hun prijzen voor isolerend dubbelglas hebben aangekondigd te zullen verhogen. Ook de verklaring van de heer [vertrouwelijk] dat hij van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] tijdens deze bijeenkomst heeft opgevangen wat de prijzen van concurrenten waren, kan volgens de Adviescommissie niet bewijzen dat reeds op dat moment sprake was van wilsovereenstemming. Dit blijkt overigens ook niet uit de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk].³¹

Het oordeel van de Raad

96. De Raad stelt voorop, dat deze aantekeningen in het bestreden besluit niet als bewijs zijn gebruikt om specifiek de betrokkenheid van Pilkington en Scheuten vast te stellen. Deze aantekeningen zijn, in samenhang met de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], louter gebruikt als bevestiging dat er op 18 januari 2005 reeds een afspraak bestond over prijsverhogingen voor isolerend dubbelglas. Ook al kunnen deze aantekeningen op zichzelf bezien niet als bewijs dienen voor betrokkenheid van Pilkington en Scheuten, de Raad meent dat deze aantekeningen en de daarbij behorende verklaringen geen afbreuk doen aan de waardering van de bewijsmiddelen voor de bijeenkomst van 29 september 2004 en derhalve aan de vaststelling dat Pilkington en Scheuten vanaf die datum betrokken waren bij een afspraak over prijsverhogingen. Immers, op 29 september 2004 hadden de deelnemers aan dat overleg, waaronder Pilkington en Scheuten, een duidelijk beeld van waar de getrapte prijsverhoging uiteindelijk op uit zou moeten komen. Dat er wellicht behoefte was aan extra bevestiging over de prijsverhoging in het voorjaar van 2005, zoals uit deze aantekeningen zou kunnen worden afgeleid, maakt dit niet anders. De Raad volgt het advies van de Adviescommissie ten aanzien van het bewijs voor deze bijeenkomst derhalve niet en verwerpt de bezwaren van Pilkington en Scheuten.

Bijeenkomst 16 maart 2005

Bezwaren

97. Pilkington en Scheuten betogen dat het hier een officiële bijeenkomst van de Glas Branche Organisatie (hierna: GBO) betrof en dat zij alleen tijdens het officiële deel van de vergadering aanwezig waren. Tijdens dat officiële gedeelte is niet over mededingingsrechtelijke onderwerpen gesproken, hetgeen ook uit de daarbij behorende notulen blijkt. Voorts betoogt Pilkington dat de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en

³¹ Zie randnummer 77-79 van het Advies.

[vertrouwelijk] ten aanzien van deze bijeenkomst veel vaagheden, inconsistenties en onduidelijkheden bevatten. Het blijft volgens haar onduidelijk wie, wanneer met elkaar gesproken heeft en waarover gesproken is. Zij wijst in dit verband op de verklaring van de heer [vertrouwelijk] dat er na de vergadering 'bij het handen schudden' over de afspraak is gesproken, terwijl de heer [vertrouwelijk] verklaart dat voorafgaand aan de GBO vergadering over deze afspraak is gesproken.

Het Advies

98. De Adviescommissie constateert ten aanzien van deze bijeenkomst allereerst dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat er na de vergadering, 'bij het handen schudden', een kwartier is gesproken en dat de betrokkenen daarbij hebben gezegd dat ze zouden uitvoeren wat was afgesproken. Op de vraag van de NMa of de deelnemers elkaar toen hebben herinnerd aan de gemaakte afspraken over prijsverhogingen heeft [vertrouwelijk] bevestigend geantwoord. Zij stelt voorts vast dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat tijdens de betreffende bijeenkomst met Pilkington, Glaverbel (NMa: AGC) en Scheuten is gesproken over een voorgenomen prijsverhoging van dubbelglasproducten in Nederland. Hij heeft tot twee keer toe verklaard dat dit gebeurde tijdens een bijeenkomst voorafgaand aan de GBO vergadering. De Adviescommissie stelt, onder verwijzing naar uit de uitspraak van het CBB in de zaak *Mobiele Operators*³² te destilleren regels voor de bewijsvoering, dat de Raad, nu de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] zodanig uiteen lopen ten aanzien van het moment waarop en de context waarin (vooraf of bij het afscheid nemen) de betrokken ondernemingen elkaar aan de gemaakte prijsverhogingsafspraken zouden hebben herinnerd, op zijn minst had moeten vaststellen of de betreffende bespreking vóór of na het officiële GBO-overleg plaatsvond. Naar het oordeel van de Adviescommissie doet deze tegenstrijdigheid tussen de verklaringen vragen rijzen omtrent hun betrouwbaarheid, temeer omdat de relevante delen van beide verklaringen naar haar oordeel zijn afgelegd naar aanleiding van een vraagstelling die als 'sturend' kan worden gekenschetst. Uit het Advies volgt dat de Adviescommissie van oordeel is dat de verklaringen noch de notulen van deze bijeenkomst het vereiste bewijs leveren dat Pilkington en Scheuten betrokken zijn geweest bij afspraken over prijsverhogingen voor isolerend dubbelglas.³³

Het oordeel van de Raad

99. De Raad volgt het Advies van de Adviescommissie niet en overweegt daartoe als volgt.
100. De Raad stelt vast dat zowel de heer [vertrouwelijk] als de heer [vertrouwelijk] ondubbelzinnig en duidelijk verklaren dat men elkaar op 16 maart 2005 buiten de officiële

³² CBB 31 december 2007, *T-Mobile e.a./NMa*, LJN: BC1396, r.o. 9.3.2.

³³ Zie randnummers 80 en 81 van het Advies.

GBO vergadering heeft getroffen om te spreken over de reeds gemaakte afspraken om prijsverhogingen door te voeren voor isolerend dubbelglas in 2005. Ook verklaren beide heren dat zowel Pilkington als Scheuten daarbij aanwezig waren. In zoverre bestaat er geen enkel licht tussen de verklaring van de heer [vertrouwelijk] enerzijds en de verklaring van de heer [vertrouwelijk] anderzijds. De Raad acht deze verklaringen dan ook zeer betrouwbaar, temeer omdat deze personen rechtstreeks bij deze gedraging betrokken waren.

101. Zo heeft de heer [vertrouwelijk] verklaard dat men elkaar na deze officiële GBO vergadering nog heeft herinnerd aan de op 29 september 2004 gemaakte afspraken over prijsverhogingen: [vertrouwelijk].³⁴ Uit de verklaring van de heer [vertrouwelijk] blijkt dat het hier om een vergadering ging waarbij ook Pilkington en Scheuten aanwezig waren.³⁵
102. De heer [vertrouwelijk] verklaart dat er voorafgaand aan die officiële GBO vergadering een bijeenkomst is geweest waarbij is gesproken over prijsverhogingen voor isolerend dubbelglas: [vertrouwelijk].³⁶
103. Dat de heer [vertrouwelijk] verklaart dat het vorengenoemde voorafgaand aan de officiële bijeenkomst is besproken en de heer [vertrouwelijk] verklaart dat dit juist na deze bijeenkomst is besproken, en er derhalve wat dat betreft een verschil is op detailniveau, doet naar het oordeel van de Raad geen afbreuk aan de vaststelling dat uit de verklaringen ondubbelzinnig volgt, dat de heren elkaar op 16 maart 2005, in het bijzijn van Pilkington en Scheuten, hebben herinnerd aan de reeds op 29 september 2004 gemaakte afspraken over prijsverhogingen voor isolerend dubbelglas. De Raad merkt daarbij op, dat deze bijeenkomst op zichzelf geen doorslaggevend bewijs is voor het bestaan van de afspraak. In het bestreden besluit is deze bijeenkomst louter gebruikt als bevestiging dat er een afspraak over prijsverhogingen bestond.
104. De Raad is, anders dan de Adviescommissie, van oordeel dat er ten aanzien van deze bijeenkomst geen sprake is van een gelijksoortige situatie als die in de zaak *Mobiele Operators*. De uitspraak van het CBB in de zaak *Mobiele Operators* had betrekking op een bijeenkomst tijdens welke de desbetreffende ondernemingen tot afstemming van hun gedrag zijn gekomen. In de onderhavige zaak waren partijen reeds tot afspraken gekomen op 29 september 2004, waarna men elkaar bij de onderhavige bijeenkomst van 16 maart 2005 heeft herinnerd aan die afspraken. Voorts was er geen sprake van het in- en uitlopen van aanwezigen bij deze bijeenkomst, zoals in de zaak *Mobiele Operators*, waar op basis van de verklaringen niet kon worden vastgesteld of een bepaalde onderneming – gezien de

³⁴ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk]. Uit de notulen van de vergadering van 16 maart 2005 blijkt dat hierbij onder anderen de heren [vertrouwelijk]van Scheuten, [vertrouwelijk]van Saint Gobain, [vertrouwelijk]van Glaverbel (NMa: AGC) en [vertrouwelijk]van Pilkington bij deze GBO vergadering aanwezig waren; dossierstuk [vertrouwelijk].

³⁵ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

³⁶ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

specifieke gang van zaken op die vergadering – wel deelnam aan de afstemming. In de onderhavige zaak bestaat alleen discussie over het tijdstip waarop men elkaar herinnerd heeft. Hoewel ontkend door Pilkington en Scheuten, kan naar het oordeel van de Raad [vertrouwelijk] nauwkeurig worden vastgesteld dat men elkaar in de rand van de officiële GBO vergadering heeft getroffen om te spreken over de reeds gemaakte afspraken, en dat Pilkington en Scheuten bij dit treffen aanwezig waren.

105. De Raad concludeert, na heroverweging, dat op basis van de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] nauwkeurig genoeg kan worden vastgesteld men elkaar op 16 maart 2005, in het bijzijn van Pilkington en Scheuten, heeft herinnerd aan de gemaakte afspraken. Ten aanzien van deze bijeenkomst verklaart de Raad de bezwaren van de Pilkington en Scheuten over het bewijs met betrekking tot deze bijeenkomst dan ook ongegrond.
106. Wat betreft de stelling van de Adviescommissie dat de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] een uitvloeisel zijn van sturende vraagstelling van de zijde van de NMa, verwijst de Raad naar randnummers 54 en verder van dit besluit.

Tussenconclusie

107. In de voorgaande randnummers heeft de Raad, na heroverweging, geconcludeerd dat Pilkington en Scheuten vanaf 29 september 2004 betrokken zijn bij afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. Naar het oordeel van de Raad kan worden vastgesteld dat op die datum [vertrouwelijk] in het bijzijn van Pilkington en Scheuten afspraken zijn gemaakt over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas betreffende het najaar van 2004 en het voorjaar van 2005. De verklaringen over de bijeenkomst van 18 januari 2005 en de aantekeningen van de heer [vertrouwelijk] die in dat verband gemaakt zijn, doen naar het oordeel van de Raad geen afbreuk aan de waardering van de bewijsmiddelen voor de bijeenkomst van 29 september 2004 en derhalve aan de vaststelling dat Pilkington en Scheuten vanaf die datum betrokken waren bij een afspraak over prijsverhogingen. Voorts heeft de Raad geconcludeerd dat op basis van de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] nauwkeurig genoeg kan worden vastgesteld dat men elkaar op 16 maart 2005, in het bijzijn van Pilkington en Scheuten, heeft herinnerd aan de gemaakte afspraken. De Raad verklaart de bezwaren van Pilkington en Scheuten ten aanzien van de bijeenkomsten van 29 september 2004, 18 januari 2005 en 16 maart 2005 dan ook ongegrond en wijkt op deze punten af van het advies van de Adviescommissie. De Raad verklaart de bezwaren van Pilkington en Scheuten ten aanzien van het bewijs voor de betrokkenheid van Pilkington en Scheuten bij bijeenkomst van 18 mei 2004 gegrond.

3.2.3 Bezwaren aangaande de juridische beoordeling

108. In het bestreden besluit is vastgesteld dat Pilkington en Scheuten hebben deelgenomen aan één overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101 VWEU. Zowel bij de afspraak tot prijsverhoging als de daaraan ondersteunende afspraak over minimumprijzen was steeds sprake van 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'.

Bezwaren

109. Pilkington en Scheuten stellen dat zij niet betrokken zijn geweest bij enige wilsovereenstemming of onderling afgestemde feitelijke gedraging ten aanzien van prijsverhogingen of minimumprijzen.
110. Pilkington stelt dat zij unilateraal heeft besloten tot prijsverhogingen en dat er geen causaal verband bestaat tussen de gestelde afstemming en de prijsverhogingen. De prijsverhogingen in 2004 en 2005 hadden te maken met de verhoging van de energieprijzen, hetgeen ertoe leidde dat floatglass – de basis voor isolerend dubbelglas – ook duurder werd. In september 2004 werd het besluit genomen om de stijgende energieprijzen door te rekenen door middel van een energietoeslag in alle dubbelglasmarkten. Pilkington stelt dat zij, juist door de aankondiging van deze doorberekening op 24 september 2004, geen rekening heeft gehouden met de gestelde afstemming in haar commerciële beleid. Dat deze energietoeslag later alsnog omgezet is in een algemene prijsverhoging, is volgens Pilkington te wijten aan het feit dat implementatie van deze toeslag in het computersysteem niet mogelijk was. Pilkington heeft daartoe een aantal bijlagen overgelegd, waaruit zou blijken dat vanwege voorgaande redenen als noodoplossing voor een algemene prijsverhoging is gekozen. Voorts stelt Pilkington dat de verhogingen in 2005 mede zijn veroorzaakt door prijsverhogingen van concurrenten. Zij stelt voorts dat Pilkington pas een maand na AGC en Scheuten haar prijsverhoging doorvoerde. Haar marktgedrag is niet beïnvloed door de beweerde afspraken.
111. Scheuten stelt dat zij altijd een onafhankelijk prijsbeleid heeft gevoerd en dat dit ook geldt voor haar prijsbeleid in 2004 en 2005. Ook zij stelt dat de prijsverhoging in 2004 moest worden doorgevoerd vanwege het feit dat de prijs voor floatglass steeg. Ten aanzien van het voorjaar van 2005 wijst Scheuten er op dat zij toen geen prijsverhoging heeft doorgevoerd, maar unilateraal besloten heeft een energietoeslag door te voeren. Daarmee heeft zij uitdrukking gegeven aan de onafhankelijkheid van haar prijsbeleid. Voorts betwist zij de vaststelling van de NMa dat de doorvoering van de energietoeslag heeft geleid tot

een prijsverhoging van 5,4%. De wijze waarop de NMa dit percentage van 5,4% heeft berekend, geeft blijk van een doelredenering. Zij wijst ter onderbouwing van haar betoog dat zij de gestelde afspraken niet heeft uitgevoerd op een door het accountantskantoor Ernst & Young opgesteld rapport. Hieruit zou blijken dat de doorvoering van de energietoeslag heeft geleid tot een gemiddeld percentage van 2,05%. Ten aanzien van de minimumprijzen wijst Scheuten op het feit dat bij haar geen prijslijst is gevonden en dat zij, toen zij tijdens de procedure de minimumprijslijst [vertrouwelijk] in haar bezit kreeg, Ernst & Young heeft laten uitzoeken of zij deze gehanteerd heeft. Uit dit onderzoek blijkt volgens Scheuten dat de minimumprijzen niet in de praktijk gebracht zijn; in het merendeel van de gevallen is volgens hen lager gefactureerd dan wel aangeboden.

Het Advies

112. De Adviescommissie is van oordeel dat de verklaringen en de overige bewijsmiddelen niet het vereiste bewijs leveren dat Pilkington en Scheuten betrokken waren bij een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging over prijsverhogingen of minimumprijzen. Zij merkt op dat de prijsverhogingsbrieven uitingen van marktgedrag zijn en dat relevant is of bezwaarden omstandigheden hebben aangetoond die een ander licht werpen op deze prijsverhogingsbrieven dan de door de Raad gegeven verklaring dat sprake is van een mededingingsbeperking.³⁷ Zij wijst daarbij onder andere op de door Pilkington en Scheuten aangevoerde verhoging van de energieprijzen. Naar het oordeel van de Adviescommissie is die prijsstijging een voldoende aannemelijke alternatieve verklaring voor het marktgedrag van Pilkington en Scheuten.³⁸
113. Voorts merkt de Adviescommissie op dat de redenering van de NMa dat zij het doorvoeren van de energietoeslag door Scheuten ziet als uitvoering van de afspraak, in tegenspraak is met de redenering van de NMa dat uit het 'omzetten' door Pilkington van de energietoeslag in een generieke prijsverhoging blijkt dat sprake is van een afspraak omdat een energietoeslag in strijd zou zijn met hetgeen de betrokken ondernemingen op 18 mei 2004 hadden afgesproken/afgestemd. De Raad dient naar het oordeel van de Adviescommissie een keuze te maken voor één van beide standpunten.³⁹
114. Wat betreft het door Scheuten overgelegde rapport van Ernst&Young en de resultaten daarvan, adviseert de Adviescommissie de Raad – indien hij besluit het advies tot gegrondverklaring van het bezwaar aangaande het bewijs niet te volgen – (met name ook) op dit punt zijn besluit nader te motiveren.⁴⁰

³⁷ Zie randnummer 89 en verder van het Advies.

³⁸ Zie randnummer 92 van het Advies.

³⁹ Zie randnummer 98 van het Advies.

⁴⁰ Zie randnummer 101 van het Advies.

Het oordeel van de Raad

115. De Raad volgt de Adviescommissie in haar oordeel, dat niet kan worden aangetoond dat op 18 mei 2004 reeds sprake was van wilsovereenstemming en/of onderling afgestemd feitelijk gedrag met Pilkington en Scheuten. De Raad verklaart het bezwaar van Pilkington en Scheuten in zoverre dan ook gegrond.
116. De Raad ziet dit anders wat betreft de betrokkenheid van Pilkington en Scheuten vanaf de bijeenkomst van 29 september 2004. In paragraaf 3.2.2 heeft de Raad vastgesteld dat Pilkington en Scheuten op deze datum [vertrouwelijk] zijn geweest en dat er in hun bijzijn, na enkele discussies over de minimumprijzen, afspraken zijn gemaakt over het hanteren van prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas in het najaar van 2004 en het voorjaar van 2005. Scheuten heeft aan deze afspraak uitvoering gegeven door in het najaar van 2004 en het voorjaar van 2005 prijsverhogingen voor isolerend dubbelglas aan te kondigen. Hieronder valt naar het oordeel van de Raad ook het aankondigen van een prijsverhoging door Scheuten in april 2005. Pilkington heeft bij het doorvoeren van haar prijsverhogingen voor isolerend dubbelglas in 2004 en in 2005 rekening kunnen houden met hetgeen tijdens de bijeenkomst van 29 september 2004 in haar bijzijn over prijsverhogingen is afgesproken.
117. Ten aanzien van de betrokkenheid van Scheuten is naar het oordeel van de Raad voldoende bewezen dat Scheuten bij de bespreking van 29 september 2004 aanwezig was en bij de afspraken betrokken was. Hij verwijst daarvoor naar paragraaf 3.2.2. Er is geen alternatieve verklaring voor haar – door de heren [vertrouwelijk] (Saint Gobain) en [vertrouwelijk] (AGC) bevestigde en uit de agenda van de heer [vertrouwelijk] (Scheuten) volgende – aanwezigheid en haar door de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] bevestigde betrokkenheid bij afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. De Raad roept hierbij in herinnering dat de heer [vertrouwelijk] geen andere verklaring kon geven voor het feit dat in zijn agenda op die datum 'AFSPRAAK' stond weergegeven. Als gezegd in randnummer 90 van dit besluit, doet het feit dat er bij Scheuten geen minimumprijzlijst is gevonden, naar het oordeel van de Raad geen afbreuk aan de vaststelling dat zij betrokken was bij de bespreking van 29 september 2004 en het vervolg daarop. De Raad concludeert derhalve dat Scheuten vanaf 29 september 2004 deel heeft genomen aan een mededingingsbeperkende overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging ten aanzien van prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. Deze afspraak tot prijsverhoging en de daaraan ondersteunende afspraak over minimumprijzen hadden 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'.

118. Ten aanzien van Pilkington merkt de Raad allereerst op dat het juist is dat [vertrouwelijk] heeft verklaard dat er op 29 september 2004 met Pilkington geen prijsverhoging werd afgesproken. De Raad stelt daar echter tegenover, dat door de heer [vertrouwelijk] duidelijk is verklaard dat Pilkington op die datum in heeft gestemd met 'het in de toekomst' beter afspreken van prijsverhogingen.
119. Voorts stelt de Raad vast dat Pilkington op de markt actief is gebleven en in haar marktgedrag en strategiebepaling rekening heeft kunnen houden met de informatie die op 29 september 2004 in haar bijzijn is gedeeld. Daarvan ziet de Raad voorbeelden in de uiteindelijk in oktober 2004 door Pilkington aangekondigde procentuele prijsverhoging en het versturen door Pilkington van een prijsverhogingsbrief in het voorjaar van 2005. Deze handelingen stemmen overeen met de inhoud van de afstemming die op 29 september 2004 plaatsvond, waardoor de Raad het causaal verband tussen het marktgedrag en de afstemming aangetoond acht. Daarnaast heeft de Raad in paragraaf 3.2.2 van dit besluit vastgesteld dat er tijdens de bijeenkomst van 29 september 2004 tevens concrete minimumprijzen zijn overeengekomen. De Raad concludeert – na heroverweging – dat Pilkington vanaf 29 september 2004 deel heeft genomen aan een mededingingsbeperkende overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ten aanzien van prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. Deze afspraak tot prijsverhoging en de daaraan ondersteunende afspraak over minimumprijzen hadden 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'.
120. Wat betreft de vermeende alternatieve verklaring van Pilkington en Scheuten voor de prijsverhogingen – de stijging van de prijzen voor floatglass – wijst de Raad erop dat de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat juist de stijging van de prijzen voor floatglass een reden was om bijeen te komen; [vertrouwelijk]. De Raad ziet deze omstandigheid dan ook niet als een alternatief en op zichzelf staand gegeven, maar veeleer als een reden om tot afspraken te komen.
121. Wat betreft het betoog van Pilkington, dat de omzetting in een procentuele prijsverhoging te maken had met interne implementatieproblemen, wenst de Raad op te merken dat deze interne implementatieproblemen niet wegnemen dat Pilkington bij het omzetten in een normale prijsverhoging in 2004 en bij de prijsverhoging in 2005, rekening heeft kunnen houden met hetgeen zij op 29 september 2004 heeft vernomen. Voorts wenst de Raad op te merken, dat hij het doorvoeren van een energietoeslag *an sich* verenigbaar acht met hetgeen tussen de betrokken ondernemingen is afgestemd. De Raad heeft dit in het bestreden besluit ook niet als zodanig willen vaststellen. De Raad wijst er op dat hij in het bestreden besluit louter de *onenigheid* die is ontstaan naar aanleiding van het doorvoeren

van de energietoeslag door Pilkington als bevestiging zag voor het feit dat op 18 mei 2004 een afspraak was gemaakt en niet de *omzetting* in een procentuele prijsverhoging, zoals de Adviescommissie stelt.

122. In het licht van het voorgaande, acht de Raad het doorvoeren van de energietoeslag door Scheuten in april 2005 verenigbaar met de inhoud van de op 29 september 2004 gemaakte afspraak. De Raad is van oordeel dat ook het door Scheuten overgelegde rapport van Ernst & Young, waaruit zou blijken dat de doorvoering van de energietoeslag heeft geleid tot een gemiddeld percentage van 2,05%, geen afbreuk doet aan de vaststelling dat Scheuten betrokken is geweest bij een afspraak over een procentuele prijsverhoging van isolerend dubbelglas en ook niet bewijst dat Scheuten haar marktgedrag vanaf het moment van doorvoeren van de energietoeslag, zelfstandig heeft bepaald. Waar het om gaat, is dat de aankondiging van een energietoeslag, net als een procentuele prijsverhoging, een opwaarts effect heeft op de prijzen van isolerend dubbelglas. Het feit dat er, na de aankondiging van de prijsverhoging, nog met een deel van de afnemers onderhandeld werd, waardoor de prijzen wellicht soms lager konden uitvallen, doet daar niet aan af. De Raad wijst in dit verband ook op de verklaring van de heer [vertrouwelijk]: [vertrouwelijk].⁴¹
123. Voorts merkt de Raad op dat, zelfs al zou het doorvoeren van een energietoeslag niet in lijn zijn met hetgeen partijen waren overeengekomen, daarmee niet vaststaat dat Scheuten niet deelnam aan de afspraken of zich daarvan heeft gedistantieerd. Immers, het feit dat een onderneming wellicht op onderdelen afwijkt van de gemaakte afspraken, doet geen afbreuk aan de conclusie van het bestaan van een kartel.⁴² Scheuten voerde in het voorjaar van 2005 een prijsverhoging door met de kennis dat haar concurrenten ook hun prijzen zouden verhogen, welke kennis is verkregen met de afspraak. Dit bood Scheuten *comfort* bij haar beslissing over haar prijsbeleid.

3.2.4 Bezwaren aangaande de duur van de overtreding

Bezwaren

124. Zowel Pilkington als Scheuten stelt dat de startdatum van de vermoedelijke overtreding later ligt dan 18 mei 2004. Scheuten stelt dat 29 september 2004 de startdatum is, Pilkington wenst 21 oktober 2004 als aanvangsdatum te zien, omdat zij op dat moment de procentuele prijsverhoging voor 2004 aankondigde. Wat betreft de einddatum van de overtreding stelt Scheuten dat zij eerder dan 15 september 2005 afwijkend marktgedrag heeft vertoond. Primair stelt zij dat deze op 16 maart 2005 is geëindigd, omdat zij de tweede prijsverhoging in 2005 niet heeft doorgevoerd. Subsidiar stelt zij dat de overtreding

⁴¹ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

⁴² Zie bijvoorbeeld beschikking van de Europese Commissie van 28 november 2007 (COMP/39.165-Flat glass), randnummer 383 en de daarin aangehaalde jurisprudentie.

op 29 april 2005 (de aankondiging van de energietoeslag) of 17 mei 2005 (datum waarop de energietoeslag is ingevoerd) is beëindigd en meer subsidiair dat de overtreding op 1 september 2005 is beëindigd, omdat zij op die datum de energietoeslag significant heeft verhoogd.

Het Advies

125. De Adviescommissie volstaat met de opmerking dat naar het oordeel van de Adviescommissie het bewijs van de overtreding niet geleverd is, zodat van een begin- en einddatum geen sprake is en het bezwaar verder geen bespreking behoeft.⁴³

Het oordeel van de Raad

126. De Raad is, zoals besproken in paragraaf 3.2.2, van oordeel dat zowel Pilkington als Scheuten vanaf 29 september 2004 hebben deelgenomen aan een bespreking over te hanteren prijsverhogingen en minimumprijzen. Ten aanzien van de startdatum van de overtreding verklaart zij het bezwaar van Scheuten derhalve gegrond en van Pilkington ongegrond.
127. Wat betreft de einddatum van de overtreding, merkt de Raad op dat in het bestreden besluit is opgemerkt dat de afspraak betreffende deze prijsverhogingen effect heeft 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 concurrentiebeperkende uitwerking gehad. De Raad heeft deze datum vastgesteld 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.⁴⁴
128. In het bestreden besluit is uitgebreid ingegaan op de argumenten die Scheuten aanvoert ten aanzien van de einddatum van de overtreding. Ten aanzien van de aankondiging en doorvoering van de energietoeslag en de daarbij behorende data 16 maart 2005, 29 april 2005 en 17 mei 2005, verwijst de Raad naar paragraaf 3.2.3 van dit besluit, waaruit blijkt dat de Raad dit beschouwt als concrete uitvoering van de tussen de ondernemingen gemaakte afspraken over de prijsverhoging en derhalve niet als bewijs voor beëindiging of niet-uitvoering daarvan. Ten aanzien van de prijsverhoging van 1 september 2005, wijst de Raad er op dat dit slechts een *periodieke* aanpassing was 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. De Raad wijst er op, net als in het bestreden

⁴³ Zie randnummer 131 van het Advies.

⁴⁴ Zie dossierstuk [vertrouwelijk].

besluit, dat blijkens de brief van Scheuten van 29 april 2005 (waarbij – als gezegd – Scheuten de energietoeslag voor het eerst heeft ingevoerd), de hoogte van deze toeslag zo nodig elke drie maanden wordt 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. De Raad concludeert derhalve dat op juiste gronden is vastgesteld dat de overtreding heeft geduurd tot 15 september 2005 en verklaart het bezwaar van Scheuten ten aanzien van de einddatum van de overtreding dan ook ongegrond.

3.2.5 Conclusie Raad ten aanzien van de bewijzen en de kwalificatie daarvan

129. De Raad concludeert, na heroverweging, dat Pilkington en Scheuten hebben deelgenomen aan een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging over de prijzen van isolerend dubbelglas en daarbij hebben afgesproken om deze prijzen in twee stappen met 10 tot 12% te verhogen en, daaraan ondersteunend om voor bepaalde isolerend-dubbelglasproducten minimumprijzen te hanteren. De bezwaarden hebben hiermee artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU overtreden. De Raad stelt vast dat Pilkington en Scheuten vanaf 29 september 2004 deelnamen aan vorengenoemde afspraken. Ten aanzien van de bijeenkomst van 18 mei 2004 verklaart de Raad de bezwaren van Pilkington en Scheuten gegrond. Ten aanzien van het bewijs voor de bijeenkomsten van 29 september 2004, 18 januari 2005 en 16 maart 2005 en de daaraan verbonden conclusie en juridische kwalificatie verklaart de Raad de bezwaren van Pilkington en Scheuten ongegrond.
130. De stelling van Pilkington en Scheuten, dat de Raad bij zijn beoordeling van het beschikbare bewijs ontlastende bewijsmiddelen buiten beschouwing heeft gelaten, is onjuist. De Raad heeft wel degelijk oog gehad voor bewijsmiddelen die in een andere richting zouden kunnen wijzen. Gelet op de hiervoor geschetste bewijskracht van de belastende bewijsmiddelen, in hun onderlinge samenhang gezien, heeft hij hierin evenwel onvoldoende reden gezien om aan te nemen dat Pilkington en Scheuten niet bij de hiervoor beschreven gedragingen betrokken waren.

3.3 Bevoegdheid van de Raad tot sanctionering

Bezwaren

131. Scheuten stelt dat de bevoegdheid van de Raad om de beweerde overtreding door Scheuten te beboeten, was vervallen op 29 december 2010. Pilkington stelt dat de NMa ten onrechte de omzet over de periode voorafgaande aan de vijf jaren vóór het nemen van het besluit heeft meegenomen bij de berekening van de boete. Zij wijst daarbij op de uitspraak van de

rechtbank Rotterdam in de zaak *Boomkwekerijen*,⁴⁵ waaruit volgens Pilkington volgt dat bij de berekening van de boetegrondslag reeds verjaarde omzet niet meegenomen dient te worden. Er is in het onderhavige geval dan ook geen sprake van betrokken omzet en dus kan er geen boete worden opgelegd, aldus Pilkington.

Het Advies

132. De Adviescommissie adviseert de Raad om deze bezwaren ongegrond te verklaren. Zij oordeelt dat op 1 oktober 2007 aan door artikel 64 Mw de Raad de bevoegdheid is gegeven om verjaringen te stuiten.⁴⁶ Nu er geen overgangsrecht is, geldt de hoofdregel dat aan de nieuwe regeling onmiddellijke werking moet worden toegekend. Naar het oordeel van de Adviescommissie staat artikel 7 lid 1 EVRM, waarop Scheuten zich in dit kader heeft beroepen, daaraan niet in de weg, omdat het invoeren van de stuitingsmogelijkheid met onmiddellijke ingang niet kan worden aangemerkt als het opleggen van een zwaardere straf in de zin van laatstgenoemde bepaling. De bevoegdheid van de Raad gold op 1 oktober 2007 derhalve voor alle lopende verjaringen. Zij wijst er voorts op dat niet ter discussie staat dat in deze zaak voor 15 september 2010 stuitingshandelingen zijn verricht.⁴⁷ De Adviescommissie concludeert dat de bevoegdheid van de Raad op 29 december 2010 tot het opleggen van een boete nog niet was verjaard/vervallen.⁴⁸
133. Ten aanzien van het beroep van Pilkington en Scheuten op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zaak *Boomkwekerijen*, oordeelt de Adviescommissie dat dit beroep faalt, omdat de rechtbank in die zaak slechts stelde dat de Raad niet bevoegd was om de omzet gedurende het gedeelte van de overtreding dat verjaard was mee te nemen in de berekening van de boetegrondslag. In de onderhavige zaak is echter geen sprake van een verjaard gedeelte van de gestelde overtreding, aangezien de stuiting in onderhavige zaak ziet op de gehele overtreding.

Het oordeel van de Raad

134. De Raad neemt de overwegingen van de Adviescommissie over en maakt deze tot de zijne. Hij verklaart het bezwaar van Pilkington en Scheuten op dit punt ongegrond.

⁴⁵ Rb Rotterdam 2 juli 2010, *Boomkwekerijen*, AWB 09/1868 en AWB 09/1924.

⁴⁶ De Adviescommissie merkt het volgende op 'In de tekst van artikel 64 Mw zoals dit met ingang van 1 oktober 2007 luidde is sprake van "verval" van de bevoegdheid tot het opleggen van een sanctie maar ook, in dat verband, van een "verjaringstermijn", zodat de Adviescommissie de termen "verval" en "verjaring" in het kader van dit advies als inwisselbaar zal beschouwen, hoewel zulks buiten deze context niet gebruikelijk is'.

⁴⁷ Zo zijn partijen reeds op 3 oktober 2007, door middel van het uitreiken van een schrijven met de 'omschrijving onderzoek' bij het bedrijfsbezoek, schriftelijk op de hoogte gesteld van het onderzoek van de NMa.

⁴⁸ Zie randnummer 17-19 van het Advies.

3.4 Boeteaspecten

3.4.1 Toerekening en boetemaximum Pilkington

Bezwaren

135. Pilkington stelt dat de overtreding ten onrechte ook is toegerekend aan de moeder-respectievelijk grootmoedermaatschappij van Pilkington Benelux B.V. (hierna: Pilkington Benelux), zijnde Pilkington International Holdings B.V. (hierna: PIH) en Pilkington Nederland (No. 3) B.V. (hierna: PN3). Pilkington meent dat dit in strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel aangezien de NMa heeft nagelaten onderzoek te doen naar de feitelijke verhoudingen tussen deze maatschappijen.
136. Door deze maatschappijen hoofdelijk aansprakelijk te houden, miskent de NMa volgens Pilkington het uitgangspunt van persoonlijke aansprakelijkheid voor overtredingen. Daarvoor is immers niet alleen vereist dat een maatschappij beslissende invloed heeft kunnen uitoefenen zoals in het bestreden besluit is overwogen, maar ook dat deze maatschappij de facto deze invloed heeft uitgeoefend. Pilkington stelt dat op grond van Europese jurisprudentie bij een (groot)moedermaatschappij die 100% van de aandelen houdt, uitgegaan mag worden van een weerlegbaar vermoeden dat die maatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent, maar dat dit de NMa niet ontslaat van de verplichting om enig onderzoek te verrichten naar de relaties tussen Pilkington Benelux en haar moeder- en grootmoedermaatschappijen. Pilkington wijst er in dit verband op dat recente arresten van het Hof van Justitie en het Gerecht hogere eisen zouden stellen aan de motivering van aansprakelijkheid van (groot)moedermaatschappijen, in het bijzonder bij betwisting door een onderneming.⁴⁹
137. Dat de facto geen beslissende invloed is uitgeoefend, blijkt volgens Pilkington uit verschillende feiten. Ten eerste blijkt uit het dossier niet van enige instructie op het gebied van commercieel beleid aan Pilkington Benelux door PIH of PN3. Ook zijn PIH en PN3 louter om fiscale redenen opgericht en voeren zij geen operationele activiteiten uit. De rol van PIH is beperkt tot financiering van haar deelnemingen en fiscaaljuridische ondersteuning. PN3 is de topholding van de Pilkington groep in Nederland en heeft geen werknemers. Ook was de aandeelhoudersvergadering van Pilkington Benelux beperkt tot het wettelijke voorschrift van goedkeuring van de jaarrekening.
138. Er is volgens Pilkington ook geen sprake van eenheid in bestuur of coördinatie tussen (groot)moeder en (klein)dochter. In het bestuur van Pilkington Benelux zaten geen

⁴⁹ Pilkington wijst in dit verband naar uitspraken van het Gerecht van 16 juni 2011 in zaken T-185/06, *L'Air liquide*, T-208/08 & T-209/08, *Gosselin Group & Stichting Administratiekantoor Portielje* en T-196/06, *Edison SpA*, alsmede naar een uitspraak van het Hof van Justitie van 29 september 2011 in zaak C-521/09, *Elf Aquitaine*.

vertegenwoordigers van PIH of PN3 ten tijde van de overtreding. Volgens Pilkington zijn ook ten tijde van de overtreding geen instructies gegeven op het gebied van ondernemingsstrategie, het beleid, de ondernemingsplannen, investeringen, capaciteit, financiering en personeelsbeleid van Pilkington Benelux. Ter onderbouwing van deze stelling heeft Pilkington notulen overlegd van de bestuursvergaderingen van PIH en PN3 ten tijde van de gestelde overtreding. De enige informatie die naar de mening van Pilkington is gedeeld betreft financiële informatie ten behoeve van de belastingaangifte van PIH en voor de verwerking van de cijfers van Pilkington Benelux in de geconsolideerde jaarrekening van de Pilkington groep.

139. Pilkington acht hiermee het vermoeden van beslissende invloed te hebben ontkracht. Een verdergaande eis aan de bewijslast van PIH en PN3 acht Pilkington in strijd met artikel 6 EVRM. Pilkington wijst in dit verband op de uitspraak van het CBB in de zaak *Mobiele Operators*, waarin het CBB oordeelde dat op grond van artikel 6, lid 2 EVRM niet mag worden gevegd dat het bewijsvermoeden van causaal verband tussen afstemming en marktgedrag, wordt weerlegd met onomstotelijk bewijs.⁵⁰
140. Pilkington concludeert dat, omdat de overtreding niet kon worden toegerekend aan PIH en PN3, de door de NMa opgelegde boete het boetemaximum van 10% van de totale omzet van Pilkington Benelux overschrijdt.

Het Advies

141. De Adviescommissie stelt in het Advies voorop dat, anders dan door Pilkington bepleit, de Raad geen ambtshalve onderzoek hoeft te verrichten naar de feitelijke verhoudingen tussen de betrokken onderneming en haar moedermaatschappij(en). Dit omdat uit de jurisprudentie volgt dat geen ambtshalve onderzoek noodzakelijk is in het geval (een) 100% (klein)dochtermaatschappij(en) een overtreding heeft begaan.⁵¹
142. Dat de Raad in het bestreden besluit vaststelde dat PIH en PN3 100% (groot)moedermaatschappijen waren van Pilkington Benelux (hetgeen door Pilkington niet is betwist) volstond volgens de Adviescommissie derhalve om te kunnen aannemen dat PIH en PN3 daadwerkelijk beslissende invloed uitoefenden op het commerciële beleid van Pilkington Benelux. Het was dan ook aan PIH en PN3 om dit vermoeden van daadwerkelijke beïnvloeding te weerleggen door onderbouwd aan te voeren dat van een daadwerkelijke beslissende invloed geen sprake was. Dat hebben zij in de procedure voorafgaand aan het bestreden besluit niet gedaan, zodat de Raad kon volstaan met

⁵⁰ CBB 12 augustus 2010, *Mobiele operators*, LJN: BN3895, r.o. 7.5.2.

⁵¹ De Adviescommissie verwijst daarbij onder meer naar HvJ 10 september 2009, zaak C-97/08 P, *AKZO Nobel c.s./Commissie*, r.o. 60-62 en aldaar genoemde jurisprudentie en HvJ 29 september 2011 zaak C-521/09, *Elf Aquitaine SA/Commissie*, r.o. 55-60.

hetgeen hij in het bestreden besluit met betrekking tot de toerekening aan PIH en PN₃ heeft overwogen.⁵²

143. Nu Pilkington in haar bezwaarschrift feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit naar haar mening volgt dat van een daadwerkelijke feitelijke beïnvloeding van het commerciële beleid van Pilkington Benelux door PIH en PN₃ geen sprake was, dient de Raad naar oordeel van de Adviescommissie in zijn besluit op bezwaar de door Pilkington aangevoerde argumenten en overgelegde (bewijs)stukken alsnog te beoordelen.
144. De Adviescommissie wijst er in dit verband nog op dat naar haar oordeel – mede gelet op de uit artikel 6 EVRM voortvloeiende presumptie van onschuld – niet mag worden gevegd dat een bewijsvermoeden zoals het onderhavige wordt weerlegd met onomstotelijk bewijs; vereist is slechts dat het vermoeden door Pilkington wordt ontkracht.⁵³ Voorts stelt de Adviescommissie dat bij de beoordeling of Pilkington Benelux ten opzichte van PIH en PN₃ autonoom haar marktgedrag heeft bepaald, rekening dient te worden gehouden met alle relevante factoren betreffende de economische, organisatorische en juridische banden tussen Pilkington Benelux en PIH en PN₃.⁵⁴
145. Ten aanzien van het boetemaximum volstaat de Adviescommissie met op te merken dat de vraag of dit bezwaar gegrond is afhangt van de uitkomst van de in bezwaar door de Raad uit te voeren (her)beoordeling op het punt van de toerekening, zoals hiervoor geadviseerd. De Raad heeft immers niet betwist dat, indien de overtreding niet aan PIH en PN₃ zou kunnen worden toegerekend, het boetemaximum met de in het Besluit opgelegde boete inderdaad overschreden zou zijn.

Het oordeel van de Raad

146. De Raad volgt de Adviescommissie in haar advies om de door Pilkington in bezwaar aangevoerde argumenten en overgelegde (bewijs)stukken ter onderbouwing van de stelling dat van beslissende invloed van PIH en PN₃ over Pilkington Benelux geen sprake was, alsnog te beoordelen.
147. De Raad merkt in aanvulling op het Advies het volgende op. De Raad heeft in het bestreden besluit in navolging van het rapport de toerekening aan PIH en PN₃ gebaseerd op de omstandigheid dat zij 100% van de aandelen in Pilkington Benelux in bezit hadden. Meer specifiek hield PN₃ alle aandelen in PIH, die op haar beurt alle aandelen in Pilkington Benelux in handen had. Uit vaste Europese jurisprudentie vloeit voort dat de Raad zich hier

⁵² Zie randnummers 118-123 van het Advies.

⁵³ Vgl. CBB 12 augustus 2010, Mobile operators, LJN: BN3895, r.o. 7.5.2; weliswaar gaat het in die uitspraak over een bewijsvermoeden met betrekking tot de invloed van afstemming op marktgedrag, maar hetgeen het CBB in dat kader heeft overwogen gaat naar mening van de Adviescommissie evenzeer op voor het onderhavige bewijsvermoeden.

⁵⁴ Vgl. uitspraak van het Gerecht van 16 juni 2011, zaak T-185/06, *L'Air liquide/Commissie*, r.o. 25.

bij de toerekening op mag baseren, tenzij het vermoeden van daadwerkelijke beslissende invloed dat uit de volledige zeggenschap voortvloeit, wordt weerlegd.⁵⁵ Als van weerlegging geen sprake is, zoals in de procedure voorafgaande aan het bestreden besluit aan de orde was, dan mag de Raad de daadwerkelijke beslissende invloed aannemen en tot toerekening overgaan. Het CBB heeft deze aanpak verenigbaar geacht met de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM.⁵⁶

148. Thans moet worden beoordeeld of Pilkington met haar in bezwaar aangevoerde argumenten en overgelegde (bewijs)stukken het vermoeden van beslissende invloed heeft weerlegd. Uit vaste Europese jurisprudentie vloeit in dit verband voort dat het aan de (groot)moedermaatschappij is om alle elementen over te leggen betreffende de organisatorische, economische en juridische banden tussen haar dochteronderneming en zichzelf, die volgens haar kunnen aantonen dat zij geen economische eenheid vormen.⁵⁷ Uit deze jurisprudentie volgt naar het oordeel van de Raad niet dat hogere eisen worden gesteld aan de motivering van de aansprakelijkheid van (groot)moedermaatschappijen door de Commissie, zoals gesteld door Pilkington. Wel blijkt uit deze jurisprudentie dat wanneer een (groot)moedermaatschappij haar stellingen dat van beslissende invloed geen sprake was, voldoende onderbouwt – met name aan de hand van concrete stukken die de onderlinge banden tussen dochter- en moedermaatschappij nader duiden – de Commissie niet zonder motivering aan de stellingen van deze maatschappij voorbij kan gaan, maar gehouden is deze te behandelen.⁵⁸
149. De Raad is van oordeel dat Pilkington met haar stellingen onvoldoende heeft aangevoerd om het vermoeden van beslissende invloed te weerleggen. Pilkington heeft met name volstaan met het poneren van de stelling dat PIH en PN3 geen instructies hebben gegeven op het gebied van ondernemingsstrategie, het beleid, de ondernemingsplannen, investeringen, capaciteit, financiering en/of personeelsbeleid van Pilkington Benelux, waarbij zij zonder nadere duiding alle notulen van de bestuursvergaderingen van PIH en PN3 uit de periode van de overtreding heeft overgelegd. Uit deze notulen zou tevens volgen dat nimmer over het beleid van Pilkington Benelux is gesproken. Daarnaast heeft Pilkington gesteld dat i) PIH en PN3 uitsluitend financiële holdingmaatschappijen waren, waarbij Pilkington Benelux uitsluitend financiële gegevens deelde met PIH en PN3 voor de belastingaangifte en de geconsolideerde jaarrekening van de Pilkington groep, ii) het bestuur en personeel van Pilkington Benelux niet overlapte met dat van PIH en PN3, iii) de

⁵⁵ Zie met name uitspraak van het Hof van Justitie van 10 september 2009 in zaak C-97/08 P, *Akzo Nobel N.V.*

⁵⁶ CBB 18 november 2010 in procedurenummers AWB 08/972, 08/1029 en 08/616, LJN: BO4962, BO5193 en BO 5197.

⁵⁷ Hof van Justitie 10 september 2009 in zaak C-97/08 P, *Akzo Nobel N.V.*, zoals tevens weergegeven in de uitspraken van het CBB van 18 november 2010 in procedurenummers AWB 08/972, 08/1029 en 08/616, LJN: BO4962, BO5193 en BO 5197.

⁵⁸ Gerecht 16 juni 2011 in zaken T-185/06, *L'Air liquide* en T-196/06, *Edison SpA*, en Gerecht 14 juli 2011 in zaak T-190/06, *Total SA & Elf Aquitaine SA*.

NMa bij haar bedrijfsbezoek aan Pilkington geen instructies heeft gevonden op het gebied van commercieel beleid aan Pilkington Benelux door PIH of PN3 en iv) de aandeelhoudersvergadering van Pilkington Benelux beperkt was tot het wettelijk voorschrift van goedkeuring van de jaarrekening.

150. De Raad merkt naar aanleiding van deze stellingen van Pilkington in de eerste plaats op dat een (groot)moedermaatschappij ook dan beslissende invloed kan uitoefenen op haar dochter wanneer zij geen gebruik maakt van concrete inspraakbevoegdheden en geen concrete instructies of richtlijnen inzake afzonderlijke elementen van het commercieel beleid verstrekt. Dergelijke instructies zijn enkel een bijzonder duidelijke aanwijzing voor het bestaan van een beslissende invloed van de moeder op haar dochter. Het ontbreken ervan laat evenwel geen dwingende conclusie toe met betrekking tot een mogelijke autonomie van de dochtervennootschap.⁵⁹
151. De notulen van de bestuursvergaderingen die Pilkington heeft overgelegd, lijken voorts veeleer het vermoeden van beslissende invloed te versterken. Zo leidt de Raad uit de notulen van de bestuursvergaderingen van PIH af dat diverse omstandigheden aangaande verschillende onderdelen van de Pilkington groep wereldwijd ter vergadering ter sprake kwamen en ter besluitvorming werden voorgelegd. Het betreft hierbij onderwerpen als aandelentransacties, investeringen en reorganisaties binnen de groep, personele aangelegenheden (benoeming van bestuurders), belastingaangelegenheden, dividenduitkeringen, huisvesting en garantstellingen. Ook Pilkington Benelux komt ter sprake.⁶⁰ De notulen van de bestuursvergaderingen van PN3 schetsen een zelfde beeld.⁶¹ Naar het oordeel van de Raad zijn dit typisch onderwerpen die passen bij het uitoefenen van beslissende invloed. In ieder geval valt uit deze notulen af te leiden dat PIH en PN3 via de bestuursvergaderingen in staat waren om de verschillende onderdelen van de groep te volgen en waar nodig beslissingen te nemen dan wel sturing aan te brengen in het beleid van deze onderdelen.
152. Wat betreft de door Pilkington gestelde afwezigheid van overlap in bestuur van PIH, PN3 en Pilkington Benelux ten tijde van de overtreding, merkt dat Raad op dat de heer [vertrouwelijk] – blijkens het Handelsregister van de Kamer van Koophandel – ten tijde van de overtreding een van de directeuren van Pilkington Benelux was. Blijkens de in het vorige randnummer beschreven notulen was de heer [vertrouwelijk] ook steeds één van de

⁵⁹ Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott van 23 april 2009 in zaak C-97/08 P, *Akzo Nobel N.V.*, punten 87 t/m 94, overgenomen door het Hof van Justitie in die zaak (r.o. 73 en verder) en door het Gerecht in uitspraken van 2 februari 2012 in zaken T-76/08, *The Dow Chemical Company* en T-77/08, *DuPont*.

⁶⁰ Betreft notulen van PIH van 25 mei 2005, punt 15, waarin de heer [vertrouwelijk] wordt gemachtigd om in plaats van de heer [vertrouwelijk] PIH te vertegenwoordigen tijdens de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders van Pilkington Benelux.

⁶¹ Betreft notulen van PN3 van 3 augustus 2004 (punt 7) en 27 juni 2005 (punt 8). In beide gevallen gaat het om het onderwerp 'taxation'.

genodigden voor de bestuursvergaderingen van PIH en PN3 en was hij bij een aantal van deze vergaderingen ook aanwezig. De Raad leidt hieruit af dat de heer [vertrouwelijk] deel uitmaakte van het bestuur van PIH en PN3, althans in ieder geval betrokken werd bij overleg en besluitvorming van het bestuur van PIH en PN3. Bij brief van 25 september 2012 heeft Pilkington naar voren gebracht dat de heer [vertrouwelijk] weliswaar formeel was ingeschreven als bestuurder van Pilkington Benelux, maar dat hij materieel geen betrokkenheid kende bij het commerciële beleid van Pilkington Benelux. De heer [vertrouwelijk] trad volgens Pilkington alleen nog als vertegenwoordiger van Pilkington Benelux op bij de Glas Branche Organisatie, omdat de heer [vertrouwelijk] daartoe niet de aangewezen persoon was, vanwege zijn beperkte kennis van de Nederlandse taal. Hoewel Pilkington dit standpunt niet nader heeft gemotiveerd of met nadere stukken heeft onderbouwd, acht de Raad aannemelijk dat [vertrouwelijk] ondanks zijn formele positie, materieel gezien geen bestuurder meer was van Pilkington Benelux. De Raad baseert zich hiervoor op de verklaringen die in het kader van het onderzoek zijn afgelegd door de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk].⁶² Uit beide verklaringen blijkt dat de heer [vertrouwelijk] ten tijde van de overtreding zoals vastgesteld in dit besluit geen directeur meer was van Pilkington Benelux en dat de heer [vertrouwelijk] zijn positie had overgenomen. Deze omstandigheid leidt de Raad echter niet tot conclusie dat daarmee onterecht is toegerekend aan PIH en PN3. Naar het oordeel van de Raad is de enkele omstandigheid dat er, materieel gezien, geen overlap was tussen het bestuur van PIH & PN3 enerzijds en Pilkington Benelux anderzijds, op zichzelf onvoldoende om het vermoeden van beslissende invloed van PN3 (via PIH) en PIH over Pilkington Benelux te weerleggen.

153. Wat betreft de stelling van Pilkington dat uit het dossier niet blijkt dat de NMa tijdens het bedrijfsbezoek aan Pilkington enige instructie heeft gevonden op het gebied van commercieel beleid aan Pilkington Benelux, verwijst de Raad naar randnummer 150 van dit besluit. Het ontbreken van instructies is niet doorslaggevend voor de vraag of Pilkington Benelux mogelijk autonoom heeft gehandeld. Daarbij merkt de Raad op dat in die fase van het onderzoek vooral de vermoedelijke gedragingen centraal staan en niet zozeer de vraag of PIH en PN3 (via PIH) instructies gaven aan Pilkington Benelux wat betreft haar commerciële beleid in de brede zin van het woord.
154. Ook het argument van Pilkington dat de rol van aandeelhoudersvergadering van Pilkington Benelux beperkt was tot het wettelijk voorschrift van goedkeuring van de jaarrekening slaagt naar het oordeel van de Raad niet. Uit de brief van Pilkington van 25 september 2012 blijkt reeds dat dit onjuist is. In deze brief geeft Pilkington aan dat de onderwerpen van de aandeelhoudersvergadering ook zagen op de winstbestemming en de décharge van het bestuur. Voorts blijkt ook uit de statuten van Pilkington Benelux, zoals door haar

⁶² Zie dossierstuk 5965_5/40 en 5965_5/2, 5965_5/6, 5965_5/11, 5965_5/21.

gedeponeerd bij het Handelsregister van de Kamer van Koophandel, dat dit niet juist is. Blijkens deze statuten behoeft de directie van Pilkington Benelux voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders (lees: PIH) voor verschillende bestuursbesluiten, waaronder het aangaan of verstrekken van geldleningen, het toekennen van vergoedingen aan het personeel, het stichten/beëindigen van vestigingen of van bedrijfstaken of bedrijfs gedeelten, het verkrijgen/vervreemden/huren/verhuren van onroerende goederen en bijvoorbeeld het zich verweren in rechtsgedingen. De algemene vergadering van aandeelhouders benoemt voorts de bestuurders van Pilkington Benelux en beslist over hun bezoldiging en eventuele schorsing of ontslag. Vorengenoemde omstandigheden wijzen naar het oordeel van de Raad niet op het ontbreken van beslissende invloed, maar versterken veeleer het vermoeden dat van beslissende invloed sprake was.⁶³

155. Wat betreft het argument van Pilkington dat PIH en PN3 uitsluitend financiële holdingmaatschappijen waren, waarbij Pilkington Benelux uitsluitend financiële gegevens deelde met PIH en PN3 voor de belastingaangifte en de geconsolideerde jaarrekening van de Pilkington groep, merkt de Raad op dat het zijn van een financiële holdingmaatschappij op zichzelf niet uitsluit dat van beslissende invloed sprake is.⁶⁴ Daarnaast volgt uit Europese rechtspraak dat het verlenen van (juridische) diensten door een (groot)moeder aan een dochtermaatschappij, waar Pilkington op wijst, juist wordt gezien als een extra aanwijzing dat sprake is van beslissende invloed.⁶⁵ Voorts leidt de Raad uit de door Pilkington overgelegde notulen van de bestuursvergaderingen van PIH en PN3 af, dat meer dan alleen belastingaangelegenheden ter sprake konden komen tussen Pilkington Benelux en PIH en PN3. Ook de statuten van Pilkington Benelux wijzen in die richting. Hierbij merkt de Raad op dat het feit dat voor de Pilkington groep een geconsolideerde jaarrekening werd opgesteld, het vermoeden van beslissende invloed eerder versterkt.⁶⁶ Een geconsolideerde jaarrekening bevat immers de eigen financiële gegevens van de rechtspersoon die consolideert, alsmede de financiële gegevens van de dochtermaatschappijen in de groep, andere groepsmaatschappijen en andere rechtspersonen waarop hij een overheersende zeggenschap kan uitoefenen of waarover hij de centrale leiding heeft (zie artikel 2:406 BW). Voorts dient de (groot)moedermaatschappij die een geconsolideerde jaarrekening opstelt, zich schriftelijk hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van desbetreffende dochtermaatschappijen voortvloeiende schulden. Deze omstandigheden wijzen naar het oordeel van de Raad niet op autonomie van Pilkington Benelux B.V. De Raad ziet zich hierin gesterkt door de omstandigheid dat de Pilkington groep zich, gelet op

⁶³ Zie beschikking van de Commissie van 20 oktober 2004, zaak COMP/C.38.238/B2, nrns 377-400 en van 9 december 2004, zaak COMP/E-2/37.533, randnummers 167-176.

⁶⁴ Gerecht 8 oktober 2008 in zaak T-69/04, *Schunk/Commissie*.

⁶⁵ CvEA 14 mei 1998 in zaak T-352/94, *Mo och Domsjö, r.o. 93*.

⁶⁶ Zie ook de uitspraak genoemd in de vorige voetnoot en beschikking van de Commissie van 13 september 2006, zaak COMP/38.456, randnummer 201.

het consequente gebruik van 'Pilkington' in de (handels)namen van de verschillende juridische onderdelen, ook naar buiten toe als economische eenheid presenteren.

156. De Raad concludeert dat Pilkington er niet in is geslaagd het vermoeden van beslissende invloed te weerleggen en wijst de bezwaargronden van Pilkington betreffende de toerekening aan PIH en PN3 en het boetemaximum af.
157. De Raad constateert dat Pilkington Nederland (No. 3) B.V. is opgehouden te bestaan. Blijkens gegevens van het Handelsregister van de Kamer van Koophandel is op 31 augustus 2011 een fusieakte verleden waarbij Pilkington International Holdings B.V. de verkrijgende rechtspersoon is en Pilkington Nederland (No. 3) B.V. de verdwijnende rechtspersoon. Dit betekent dat Pilkington Nederland (No. 3) B.V. niet meer hoofdelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de boete. In deze situatie is de verkrijgende rechtspersoon, in casu Pilkington International Holdings B.V., aansprakelijk voor de activiteiten van de entiteit die werd opgeslorpt.⁶⁷ Pilkington International Holdings B.V. is derhalve aansprakelijk voor de boete uit hoofde van haar beslissende invloed over Pilkington Benelux B.V., alsmede in haar hoedanigheid van rechtsopvolger van Pilkington Nederland (No. 3) B.V.

3-4.2 Betrokken omzet/Boetegrondslag Pilkington

Project Business

Bezwaren

158. Pilkington betoogt dat de Raad ten onrechte de omzet die wordt behaald met zogenoemde *project business* als betrokken omzet heeft aangemerkt, aangezien de in het rapport en het bestreden besluit beschreven feiten hier geen betrekking op hebben. Deze feiten zien op standaard isolerend dubbelglas, waarvan de verkoop bestaat uit daghandel, waarbij het gaat om kleine hoeveelheden glas en waarbij prijzen worden berekend op basis van een prijslijst met bruto prijzen. De *project business* moet daarvan worden onderscheiden omdat het daarbij gaat om glas dat specifiek voor een project wordt ingekocht. Dit segment van de markt kent volgens Pilkington een afwijkend concurrentieel proces waarbij gevelbouwers bij verschillende aanbieders op maat gemaakte offertes aanvragen. Hierbij vindt volgens haar, in tegenstelling tot bij standaard isolerend dubbelglas, geen onderhandeling plaats. Zij stelt voorts dat de soorten glasproducten die Pilkington heeft geleverd in het kader van haar grote projecten, voor het overgrote deel niet overeenkomen met de glassoorten die op de bij haar aangetroffen prijslijst genoemd worden. Zij heeft daartoe een aantal offertes overgelegd, waaruit volgens Pilkington ook blijkt dat de drie typen dubbelglas die

⁶⁷ Verg. Hof van Justitie, 16 november 2000, zaak C-279/98 P, *Cascades*, Jurispr. 2000, blz. I-9693, r.o. 79. Zie ook uitspraak van het Hof van Justitie van 24 september 2009 in gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, *Oostenrijkse Banken*, r.o. 77 en verder.

voorkomen op deze offertes allemaal zijn aangeboden voor een lagere prijs dan de prijzen die genoemd worden op de bij haar gevonden lijst. De prijzen van projectglas zijn volgens haar ook niet af te leiden uit de prijzen voor standaardglas, omdat de prijzen en kosten per project (groot/klein) anders zijn in verband met snijverlies en omdat coating voor een belangrijk deel de prijs bepaalt. Pilkington merkt ten aanzien van deze projecten op dat zij reeds voor het begin van de overtreding een offerte heeft gemaakt, en dat de prijzen nadien stabiel zijn gebleven of naar beneden zijn aangepast.

Het Advies

159. De Adviescommissie is van oordeel dat de Raad, indien hij bewezen acht dat Pilkington betrokken is geweest bij het overeenkomen/afstemmen van minimumprijzen, gelet op hetgeen door Pilkington op de mondelinge behandeling naar voren is gebracht ten aanzien van onder meer de geringe overlap tussen de in de minimumprijslijst van Pilkington genoemde glassoorten en de in het kader van een drietal grote projecten geleverde glassoorten,⁶⁸ nader dient te motiveren waarom de omzet uit de *project business* in dat verband als betrokken omzet dient te worden beschouwd.⁶⁹

Het oordeel van de Raad

160. De Raad licht hierna, in lijn met het Advies, nader toe waarom hij de omzet uit de *project business* als betrokken omzet beschouwt.
161. De Raad is van oordeel dat de afspraak tussen de betrokken ondernemingen, waaronder Pilkington en Scheuten, ziet op prijzen voor isolerend dubbelglas in het algemeen. Niet is gebleken en evenmin is aannemelijk geworden dat op 29 september 2004 uitzonderingen zijn gemaakt op deze prijsverhogingen of minimumprijzen, of dat onderscheid is gemaakt naar 'soorten' omzet. Dat zich bij de door Pilkington aangehaalde grote projecten mogelijk een ander concurrentieel proces afspeelt, doet daaraan niet af. Immers, door minimumprijzen af te spreken en te hanteren, staat het uitgangspunt voor offertes of onderhandelingen vast, waardoor ook dit concurrentieproces rechtstreeks wordt beïnvloed. Zoals uit de verklaringen van de heren Boone en Bom blijkt, hebben de betrokken ondernemingen de minimumprijzen nu juist vooral met dat oogmerk – te weten inzet als hulpmiddel bij onderhandelingen – vastgesteld.⁷⁰ Daarbij hecht de Raad waarde aan de in randnummer 164 van het bestreden besluit geciteerde verklaring van de heer [vertrouwelijk], waaruit blijkt dat de minimumprijzen golden voor projecten; [vertrouwelijk]⁷¹

⁶⁸ Zie randnummers 41-48 van de pleitnota van Pilkington, dossierstuk 5965_1/440.

⁶⁹ Zie randnummers 134 en 136 van het Advies.

⁷⁰ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

⁷¹ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

162. Wat betreft de opmerking van Pilkington dat het overgrote deel van het glas dat op de offertes genoemd wordt, niet op de bij Pilkington aangetroffen prijslijst voorkomt, stelt de Raad allereerst vast dat de offertes voor een deel ook glasproducten bevatten die wél op de bij Pilkington aangetroffen en [vertrouwelijk] lijsten vermeld staan. Naar het oordeel van de Raad staat alleen al hiermee vast, dat de omzet uit de *project business* ook tot de betrokken omzet behoort. Wat betreft de niet op deze lijsten voorkomende glasproducten, is de Raad van oordeel dat de lijsten van Pilkington en AGC geen limitatieve opsomming van isolerend dubbelglasproducten bevatten. Op basis hiervan kon ook voor andere dubbelglasproducten een prijs worden vastgesteld. De Raad ziet hiervoor bevestiging in de verklaring van de heer [vertrouwelijk]: [vertrouwelijk]⁷² De heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat de 18 producten die op de minimumprijslijst [vertrouwelijk], staan, dergelijke basisproducten zijn. Voorts wijst de Raad op [vertrouwelijk] over de afspraak betreffende minimumprijzen: [vertrouwelijk]⁷³ Naar het oordeel van de Raad kunnen de prijzen die in de door Pilkington overgelegde offertes worden genoemd, derhalve wel degelijk van de minimumprijslijst afgeleide prijzen zijn en kan deze richtlijn een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van de uiteindelijke prijs.
163. Wat betreft de door Pilkington overgelegde offertes, stelt de Raad allereerst vast, dat de prijzen die daarop staan vermeld, grotendeels dateren van voor 29 september 2004 (de aanvangsdatum van de inbreuk) en zelfs nog voor 18 mei 2004 (de oorspronkelijke, in het bestreden besluit, vastgestelde aanvangsdatum). Dat de prijzen op de offertes die dateren van na vorengenoemde data niet overeenkomen met de prijzen die op de bij Pilkington gevonden prijslijst vermeld staan en zelfs lager zijn, bewijst naar het oordeel van de Raad niet dat Pilkington zich daarmee niet door de gemaakte afspraken heeft laten leiden in haar marktgedrag en dat de overeengekomen minimumprijzen geen rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van deze prijzen.
164. Op basis van het voorgaande concludeert de Raad, na heroverweging, dat de *project business* onderdeel uitmaakt van de betrokken omzet van Pilkington. De Raad verklaart het bezwaar van Pilkington derhalve ongegrond.

Schatting betrokken omzet

Bezwaren

165. Pilkington stelt dat de Raad op onjuiste gronden tot een schatting van de betrokken omzet is overgegaan.

⁷² [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

⁷³ [vertrouwelijk], dossierstuk [vertrouwelijk].

Het Advies

166. De Adviescommissie merkt ten aanzien hiervan allereerst op dat zij de door de Raad aan Pilkington gegunde termijn van 6 1/2 week voor het aanleveren van omzetgegevens, voldoende lang acht. Voorts stelt zij vast dat Pilkington heeft nagelaten de door de NMa verzochte goedkeuringsverklaring van een externe accountant met betrekking tot de door haar verstrekte omzetcijfers over te leggen, waardoor de Raad tot schatting over moest gaan. Nu de Raad heeft toegezegd de inmiddels overgelegde en door accountantskantoor Ernst&Young geverifieerde en goedgekeurde omzetgegevens bij zijn besluitvorming in bezwaar te zullen betrekken, acht de Adviescommissie het niet opportuun nader in te gaan op dit onderdeel van het bezwaar.⁷⁴

Het oordeel van de Raad

167. De Raad is van oordeel dat de door Pilkington overgelegde omzetgegevens voldoende informatie bevatten en authentiek blijken. De Raad zal de boete daarop aanpassen. Nu de duur van de overtreding die door Pilkington is begaan, afwijkt van de periode zoals in het bestreden besluit is vastgesteld, zal de Raad de betrokken omzet mede aan de hand daarvan aanpassen. De Raad constateert op basis van de door Pilkington overgelegde cijfers, dat de betrokken omzet die door Pilkington met de verkoop van isolerend dubbelglas is behaald in de periode 29 september 2004 tot 15 september 2005, **EUR 20.561.000** bedraagt.⁷⁵

3-4-3 Betrokken omzet Scheuten

168. Nu ook ten aanzien van Scheuten de duur van de overtreding die door haar is begaan, afwijkt van de periode zoals in het bestreden besluit is vastgesteld, zal de Raad de betrokken omzet mede aan de hand daarvan aanpassen. De Raad constateert dat de betrokken omzet die door Scheuten met de verkoop van isolerend dubbelglas is behaald in de periode 29 september 2004 tot 15 september 2005, **EUR 8.209.067** bedraagt.⁷⁶

3-4-4 Ernstfactor*Bezwaren*

169. Zowel Pilkington als Scheuten stellen dat de ernstfactor door de Raad te hoog is vastgesteld. Er is volgens hen geen sprake van een zeer zware overtreding. Zij stellen dat de ernst van de overtreding afhangt van de invloed die met de overtreding kan worden uitgeoefend op de structuur van de markt. Het is onaannemelijk dat de gestelde

⁷⁴ Zie randnummer 137 van het Advies.

⁷⁵ Zie dossierstuk 5965_1/452.

⁷⁶ Zie dossierstuk 5965_1/293.

overtreding enig effect op de markt zou hebben gehad, gelet op de beperkte duur en frequentie van de afstemming, het feit dat de beweerde prijsafspraken niet waren gesplitst over de verschillende isolerend dubbelglasproducten en dat er geen afstemming was over de brutoprijs. De beweerde afspraken hebben de onzekerheid tussen de betrokken ondernemingen over elkanders marktgedrag niet weggenomen. De beweringen van de NMa dat de afspraken potentiële schade aan afnemers en maatschappelijke schade hebben veroorzaakt zijn niet onderbouwd. Dat de betrokken ondernemingen over een sterke marktpositie beschikten heeft de NMa onvoldoende onderbouwd nu zij geen onderzoek heeft gedaan naar de relevante markt. Gelet op het voorgaande kwalificeert de beweerde overtreding niet als 'zeer zwaar' maar als 'zwaar', althans had de NMa de laagste ernstfactor voor een zeer zware overtreding moeten hanteren, aldus Pilkington en Scheuten.

Het Advies

170. De Adviescommissie is van oordeel dat de kwalificatie "zeer zwaar" en de gehanteerde rekenfactor 2 – er van uitgaande dat de overtreding zou zijn bewezen – (ook) in het licht van hetgeen door bezwaarden is aangevoerd niet als kennelijk onjuist of onredelijk kunnen worden beschouwd. De Adviescommissie adviseert dan ook om dit bezwaar – indien dit nog aan de orde zou komen – ongegrond te verklaren.⁷⁷

Het oordeel van de Raad

171. De Raad neemt dit Advies over en verklaart de bezwaren van Pilkington en Scheuten ongegrond.

3-4-5 Boeteverlagende omstandigheden

172. Scheuten en Pilkington betogen beiden dat de NMa in het bestreden besluit ten onrechte geen rekening heeft gehouden met boeteverlagende omstandigheden.
173. De Raad constateert dat de Adviescommissie enkel op het punt van inspanningen in verband met de verificatie van de betrokken omzet heeft geadviseerd en bespreekt derhalve hierna allereerst dit punt. De overige boeteverlagende omstandigheden die Pilkington en Scheuten hebben aangevoerd komen hierna aan de orde.

⁷⁷ Zie randnummer 132 van het Advies.

Inspanningen verificatie omzet door accountant

Bezwaren

174. Pilkington en Scheuten stellen dat er een boetevermindering van 2% gegeven zou moeten worden voor de aanzienlijke inspanningen van hun externe accountant om de door de NMa gevraagde omzetgegevens te leveren.

Het Advies

175. De Adviescommissie stelt vast dat deze bezwaren onvoldoende geadstrueerd en met feiten onderbouwd zijn, en adviseert derhalve de bezwaren ten aanzien daarvan ongegrond te verklaren.⁷⁸

Het oordeel van de Raad

176. De Raad volgt het Advies en verklaart de bezwaren van Pilkington en Scheuten ongegrond. De Raad is met de Adviescommissie van oordeel dat zowel Pilkington als Scheuten niet, althans onvoldoende, aannemelijk hebben gemaakt dat het traceren en controleren van de relevante gegevens bovenmatige inspanning van de betrokken ondernemingen en hun accountant heeft gevergd. Het enkele feit dat een onderneming kosten heeft moeten maken om een accountantsverklaring op te laten stellen, is niet voldoende. De extra inspanning om de betrokken omzet onderbouwd aan de NMa inzichtelijk te maken, vergt in de regel, uitgaande van een ordentelijke boekhouding, naar het oordeel van de Raad geen bovenmatige inspanning.

Beperkte/passieve rol

Bezwaren

177. Pilkington stelt dat op basis van de feiten tot de conclusie kan worden gekomen dat zij een zeer beperkte rol had bij de gestelde inbreuk. Zij verwijst daarvoor naar een verklaring van de heer [vertrouwelijk] dat Pilkington een 'afwachtende' en 'geen leidende' rol had. Scheuten stelt dat uit de verklaringen van clementieverzoekers niet blijkt dat zij een actieve of leidinggevende rol had. De rol van de clementieverzoekers is actief, dreigend en initiërend geweest, stelt zij. Scheuten was passief, hetgeen volgens haar tot boetevermindering moet leiden.

Het oordeel van de Raad

178. De Raad stelt voorop dat de stellingen van Pilkington en Scheuten dat hun rollen niet actief of leidend waren, niet betekent dat zij derhalve een passieve rol hadden. De Raad is van oordeel dat er geen sprake is van een passieve rol van Pilkington of Scheuten. Immers,

⁷⁸ Zie randnummer 133 van het Advies.

zoals in dit besluit is vastgesteld, zijn zowel Pilkington als Scheuten bij de bijeenkomst van 29 september 2004 waar is gesproken over procentuele prijsverhogingen en minimumprijzen, aanwezig geweest. Pilkington en Scheuten hebben er – net als de andere betrokken ondernemingen – voor gekozen om aan de hiervoor vastgestelde overtreding deel te nemen. Terzijde merkt de Raad op dat uit het dossier, meer in het bijzonder uit de clementieverklaringen, niet is gebleken van feiten die er op duiden dat AGC en Saint Gobain hen hebben gedwongen om deel te nemen aan de afspraken.

Beëindiging eigener beweging

Bezwaren

179. Scheuten betoogt dat zij een boetevermindering zou moeten krijgen nu er sprake is van beëindiging van de overtreding uit eigen beweging. Zij stelt geen uitvoering te hebben gegeven aan de afspraken en zich van de vermeende afspraken te hebben gedistantieerd.

Het oordeel van de Raad

180. De Raad wijst deze grond van bezwaar af, onder verwijzing naar randnummers 300-301 van het bestreden besluit en randnummers 123 van het onderhavige besluit. Zoals uit deze randnummers blijkt, is van beëindiging van de overtreding door Scheuten uit eigen beweging geen sprake.

Symbolische boete is aangewezen

181. De Raad volgt het betoog van Scheuten dat zij slechts een symbolische boete zou moeten krijgen, niet en verwijst daarvoor korthedshalve naar randnummers 303-304 van het bestreden besluit.

3.4.6 Redelijke termijn

182. De Raad stelt vast dat de termijn van behandeling van deze zaak – vanaf de dag waarop het rapport aan partijen kenbaar werd gemaakt⁷⁹ tot aan het onderhavige besluit – ongeveer drie jaar en drie maanden bedraagt.
183. Uit jurisprudentie volgt dat de redelijkheid van de termijn zaakspecifiek moet worden beoordeeld, waarbij voor een zaak waarin sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw, een termijn van twee jaar voor bestuurlijke besluitvorming en heroverweging in bezwaar, in beginsel redelijk is.⁸⁰ De Raad is van oordeel dat partijen op het moment waarop het rapport aan hen kenbaar werd gemaakt, redelijkerwijze konden verwachten dat aan hen een

⁷⁹ Het rapport is op 31 augustus 2009 aan partijen kenbaar gemaakt.

⁸⁰ CBB 8 april 2010, AWB 07/669, *Erdo B.V.*, LJN: BM1588 en CBB 17 maart 2011, AWB 06/599, 06/604, 06/631, 06/671 en 06/673, *Carnalennissers*, LJN: BP8077, onder 9.27.

boete zou worden opgelegd.⁸¹ Dit is dan ook het moment waarop de redelijke termijn begint te lopen. Gegeven de karakteristieken van deze zaak acht de Raad in lijn met de rechtspraak van het CBB in mededingingszaken⁸² voor de bij de NMa gevoerde procedure een termijn van twee jaar redelijk.

184. Nu in onderhavig geval de periode tussen het uitbrengen van het rapport en de beslissing op bezwaar (qua kalendertijd) drie jaar en drie maanden bedraagt en dat dit voor het overgrote deel niet aan Pilkington en Scheuten te wijten is, ziet de Raad aanleiding de boete ten aanzien van Pilkington en Scheuten te verminderen met EUR 15.000.⁸³

3-4-7 [vertrouwelijk]

185. [vertrouwelijk]

186. [vertrouwelijk]

187. [vertrouwelijk]

188. [vertrouwelijk]

189. [vertrouwelijk]

190. [vertrouwelijk]

191. [vertrouwelijk]

192. [vertrouwelijk]

193. [vertrouwelijk]

194. [vertrouwelijk]

195. [vertrouwelijk]

196. [vertrouwelijk]

⁸¹ CBB 17 maart 2011, AWB 06/599, 06/604, 06/631, 06/671 en 06/673, LJN: BP8077, r.o. 7.11.1., Hoge Raad 22 april 2005, LJN: AO9006, nr. 37984.

⁸² CBB 8 april 2010, AWB 07/669, *Erdo B.V.*, LJN: BM1588.

⁸³ CBB 8 april 2010, AWB 07/669, *Erdo B.V.*, LJN: BM1588 en CBB 18 november 2011, AWB 08/1029.

197. [vertrouwelijk]

198. [vertrouwelijk]

3.4.8 Vaststelling hoogte boete

199. De Raad heeft in het voorgaande gemotiveerd vastgesteld dat de bezwaren van Pilkington en Scheuten gedeeltelijk gegrond zijn. In het bestreden besluit heeft de Raad vastgesteld dat Pilkington en Scheuten vanaf 18 mei 2004 betrokken waren bij afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. Gelet hierop, heeft de Raad de boete vastgesteld op de betrokken omzet in de periode vanaf 18 mei 2004 tot 15 september 2005. In het onderhavige besluit heeft de Raad echter – na heroverweging – vastgesteld dat niet kan worden vastgesteld dat Pilkington en Scheuten reeds op 18 mei 2004 betrokken zijn geweest bij afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen. De Raad heeft in dit verband vastgesteld dat Pilkington en Scheuten vanaf 29 september 2004 waren betrokken bij afspraken over prijsverhogingen en minimumprijzen. Dit leidt tot een aanpassing van de duur van de overtreding en derhalve tot een aanpassing van de betrokken omzet en de boete. De Raad stelt de boete, naar beneden afgerond op een veelvoud van EUR 1000, voor Pilkington vast op EUR 4.097.000 en voor Scheuten op EUR 1.626.000.

4 Proceskostenvergoeding

200. Pilkington heeft verzocht om vergoeding van de kosten die zij hebben gemaakt in verband met de behandeling van het bezwaar.
201. De Raad wijst erop dat proceskosten van een belanghebbende slechts worden vergoed voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Uit hoofdstuk 3 van dit besluit volgt dat de Raad de bezwaren van Pilkington met betrekking tot de aanvang van de onderhavige overtreding gegrond verklaart. De Raad ziet dan ook aanleiding om het bestreden besluit op dit punt te herroepen.
202. Gelet op het voorgaande, ziet de Raad aanleiding om het verzoek van Pilkington om proceskostenvergoeding op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb toe te wijzen. Ten aanzien van de hoogte van de toe te kennen proceskostenvergoeding neemt de Raad in aanmerking dat Pilkington zowel een bezwaarschrift heeft ingediend als bij de zitting van de Adviescommissie is verschenen. Voor beide handelingen kent de Raad een bedrag van

EUR 437 toe. Uit het voorgaande volgt dat de Raad aan Pilkington een bedrag ter hoogte van EUR 874 als vergoeding van de proceskosten toekent.

Besluit

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart de bezwaren van Pilkington Benelux B.V., Pilkington International Holdings B.V. en Pilkington Nederland (No.3) B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, wat betreft de aanvang van hun betrokkenheid, gegrond;
- II. herroept het besluit van 29 december 2010 met kenmerk 5965/320, gericht aan Pilkington Benelux B.V., Pilkington International Holdings B.V. en Pilkington Nederland (No. 3) B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, wat betreft de hoogte van de boete;
- III. legt een boete op van EUR 4.097.000 aan Pilkington Benelux B.V. en Pilkington International Holdings B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, waarbij deze rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel;
- IV. wijst het verzoek van Pilkington Benelux B.V. en Pilkington International Holdings B.V., statutair gevestigd te Amsterdam, om vergoeding van kosten in bezwaar toe en vergoedt een bedrag van EUR 874;
- V. verklaart de bezwaren van Scheuten Glas Nederland B.V., statutair gevestigd te Venlo, wat betreft de aanvang van haar betrokkenheid, gegrond;
- VI. herroept het besluit van 29 december 2010 met kenmerk 5965/320, gericht aan Scheuten Glas Nederland B.V., statutair gevestigd te Venlo, wat betreft de hoogte van de boete;
- VII. legt een boete op van EUR 1.626.000 aan Scheuten Glas Nederland B.V., statutair gevestigd te Venlo;

Openbaar

NMa

VIII. handhaaft voor het overige, onder aanvulling van de motivering, zijn besluit van 29 december 2010, kenmerk 5965/320.

Den Haag, 21 december 2012

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

Wg.

Henk Don

Lid van de Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

Advies d.d. 21 februari 2012 in zaak 5965 / Producenten isolerend dubbelglas

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr J.P. Fokker (voorzitter), prof. dr E.E.C. van Damme, prof. mr H.H.B. Vedder en mr E. Boerwinkel (tevens secretaris).

Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 29 december 2010 in zaak nummer 5965 (hierna: het besluit)¹ heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat AGC Flat Glass Nederland B.V., Koninklijke Saint-Gobain Glass Nederland N.V., Scheuten Glas Nederland B.V. en Pilkington Benelux B.V. inbreuk hebben gemaakt op artikel 6, eerste lid Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 101, eerste lid van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).
2. Daarbij heeft de Raad aan Koninklijke Saint-Gobain Glass Nederland N.V. (hierna: Saint-Gobain), Scheuten Glas Nederland B.V. (hierna: Scheuten) en Pilkington Benelux B.V., Pilkington International Holdings B.V. en Pilkington Nederland (No.3) B.V. (hierna tezamen: Pilkington) boetes opgelegd van respectievelijk € 8.034.000,--, € 2.252.000,-- en 7.460.000,--.
3. Aan AGC Flat Glass Nederland B.V. en AGC Nederland Holding B.V. (hierna tezamen: AGC) is geen boete opgelegd omdat de Raad AGC in verband met een gehonoreerde clementietoezegging boete-immuniteit heeft toegekend. Op de aan Saint-Gobain opgelegde boete is in verband met een gehonoreerde clementietoezegging een boetevermindering van 30% toegepast.
4. Tegen het besluit werden door Pilkington en Scheuten op respectievelijk 3 februari en 8 februari 2011 pro forma bezwaarschriften ingediend,² die zij op respectievelijk 31 maart en 29 april 2011 hebben aangevuld.³
5. Scheuten heeft op 8 februari 2011 en 29 april 2011 verzocht te worden toegelaten tot rechtstreeks beroep bij de rechtbank Rotterdam. Dit verzoek is door de Raad bij brief van 27 mei 2011 afgewezen.
6. Bij brief van 21 september 2011 is aan de bezwaarmakende partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) meegedeeld dat op 25 november 2011 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie).
7. Bij brief van 11 november 2011 heeft de NMa een schriftelijke toelichting aan de Adviescommissie toegezonden. Bij brieven van 14 en 15 november 2011 heeft Pilkington nadere stukken overgelegd. Bij e-mail van 15 november 2011 en bij (fax)brief van 22 november 2011 heeft Scheuten nadere stukken overgelegd.
8. Op 25 november 2011 heeft de hoorzitting plaatsgevonden, waarbij Scheuten en Pilkington en de vertegenwoordigers van de NMa door de bovengenoemde subcommissie van de Adviescommissie zijn gehoord.
9. Het verslag van de hoorzitting werd op 3 februari 2012 aan partijen toegezonden.

¹ Prisma nr. 5965_1/320.

² Prisma nrs. 5965_1/339 en 5965_1/340.

³ Prisma nrs. 5965_1/356 en 5965_1/363.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

Besluit

10. Het besluit is als bijlage aan dit advies gehecht.

Inleidende opmerkingen

[vertrouwelijk]

11. [vertrouwelijk].

12. [vertrouwelijk].

Behandeling van de bezwaren

13. De Adviescommissie heeft geconstateerd dat een deel van de bezwaren van Scheuten en Pilkington individueel van aard is en individuele bespreking en advisering behoeft. Het merendeel van de bezwaren vertoont echter een hoge mate van overlap, in die zin dat bezwaren slechts van elkaar verschillen in formulering, dan wel inhoudelijk overeenkomen maar verwijzen naar andere regelgeving en/of jurisprudentie, of slechts een enigszins andere invalshoek kennen al naar gelang de feitelijke omstandigheden van de bezwaarden van elkaar verschillen.

14. De Adviescommissie heeft haar advisering in de onderhavige zaak als volgt ingedeeld. In onderdeel A worden de formele bezwaren behandeld. Vervolgens worden in onderdeel B de bezwaren met betrekking tot het bewijs en de vaststelling van (de betrokkenheid van bezwaarden bij) de overtreding behandeld. Onderdeel C bevat het advies aangaande de bezwaren tegen de (hoogte van de) boete. De conclusies van de Adviescommissie gelden voor beide bezwaarden voor zover zij het bezwaar in kwestie hebben aangevoerd, ook daar waar bezwaarden niet apart bij name worden genoemd. Voor zover in dit advies op (onderdelen van) bezwaren niet expliciet is ingegaan geldt dat naar het oordeel van de Adviescommissie die bezwaren in het licht van de bezwaren die wel zijn besproken, met inachtneming van het bovenstaande, geen zelfstandige betekenis meer toekomt. Dat oordeel is dus ofwel gebaseerd op een geconstateerde overlapping van bezwaren, ofwel op de constatering dat bezwaarden een onderdeel onvoldoende hebben geadstrueerd om zelfstandige bespreking en advisering te rechtvaardigen.

Onderdeel A – Formele bezwaren

Vervaltermijn / verjaringstermijn

15. Scheuten heeft bezwaar gemaakt tegen het opleggen van een sanctie door de NMa omdat de bevoegdheid daartoe vóór de datum van het besluit zou zijn vervallen. Zij voert in dit verband het volgende aan. De overtreding is volgens de NMa geëindigd op 15 september 2005. Uit artikel 64 Mw (zoals geldend op 15 september 2005) en de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zaak *Boomkwekerijen*⁴ volgt dat de bevoegdheid van de NMa om een boete op te leggen is vervallen vijf jaar na 15 september 2005, derhalve op 15 september 2010, terwijl het besluit is genomen op 29 december 2010. De sinds 1 oktober 2007 in de Mw opgenomen mogelijkheid voor de NMa tot stuiting van de vervaltermijn geldt niet met terugwerkende kracht voor overtredingen van vóór laatstgenoemde datum, aldus Scheuten. Pilkington heeft, in een variant op het bezwaar van Scheuten vanuit een iets andere invalshoek, gesteld

⁴ Rb Rotterdam 1 juli 2010, LJN BM9911 (*Darthuizer Boomkwekerijen / NMa*).

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

dat de NMa ten onrechte de omzet over de periode voorafgaande aan de vijf jaren vóór het nemen van het besluit heeft meegenomen bij de berekening van de boete. Uit de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de *Boomkwekerijen*-zaak volgt dat bij de berekening van de boetegrondslag reeds verjaarde omzet niet meegenomen dient te worden. Er is in het onderhavige geval dan ook geen sprake van betrokken omzet en dus kan er geen boete worden opgelegd, aldus Pilkington.

16. Hoewel het bezwaar van Pilkington (formeel) is gericht tegen de berekening van de boete verbindt Pilkington daar (materieel) consequenties aan voor de sanctiebevoegdheid van de NMa als zodanig, zodat de bezwaren van Scheuten en Pilkington zich voor gezamenlijke bespreking lenen.

Beoordeling

17. De Adviescommissie stelt vast dat, bij gebreke van een specifieke bepaling van overgangsrecht, aan de Raad door het (gewijzigde) art. 64 Mw op 1 oktober 2007 de bevoegdheid is gegeven om verjaringen te stuiten⁵. Nu er geen overgangsrecht is, geldt de hoofdregel dat aan de nieuwe regeling onmiddellijke werking moet worden toegekend. Artikel 7 lid 1 EVRM, waarop Scheuten zich in dit kader heeft beroepen, staat daaraan niet in de weg, reeds omdat het invoeren van de stuitingsmogelijkheid met onmiddellijke ingang naar het oordeel van de Adviescommissie – anders dan Scheuten stelt – niet kan worden aangemerkt als het opleggen van een zwaardere straf in de zin van laatstgenoemde bepaling. De bevoegdheid van de Raad gold op 1 oktober 2007 dus voor alle lopende verjaringen. Dat in deze zaak vóór 15 september 2010 door de NMa handelingen zijn verricht die – uitgaande van de bevoegdheid tot stuiting van de verjaring/vervaltermijn - kwalificeren als stuitingshandelingen (waaronder het uitbrengen van het rapport op 31 augustus 2009) staat niet ter discussie. De conclusie dient dan ook te zijn dat op de datum waarop het Besluit is genomen, 29 december 2010, de bevoegdheid van de NMa tot het opleggen van een sanctie nog niet was verjaard/vervallen.
18. Daarnaast faalt het beroep van bezwaarden op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zaak *Boomkwekerijen*, omdat de rechtbank in die zaak slechts stelde dat de Raad niet bevoegd was om de omzet gedurende het gedeelte van de overtreding dat verjaard was mee te nemen in de berekening van de boetegrondslag. In de onderhavige zaak is echter geen sprake van een verjaard gedeelte van de gestelde overtreding, aangezien de stuiting van de verjaring de gehele overtreding betreft.
19. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om deze bezwaren ongegrond te verklaren.

Verdedigingsrechten

20. Pilkington is van mening dat zij door toedoen van de NMa is geschaad in haar verdedigingsrechten. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen.
21. Ten eerste stelt Pilkington dat de NMa haar ten onrechte geen volledige toegang heeft gegeven tot het dossier. Met name heeft de NMa [vertrouwelijk], dit met het argument dat die onderdelen niet relevant waren. Pilkington stelt zich op het

⁵ In de tekst van artikel 64 Mw zoals dit met ingang van 1 oktober 2007 luidde is sprake van “verval” van de bevoegdheid tot het opleggen van een sanctie maar ook, in dat verband, van een “verjaringstermijn”, zodat de Adviescommissie de termen “verval” en “verjaring” in het kader van dit advies als inwisselbaar zal beschouwen, hoewel zulks buiten deze context niet gebruikelijk is.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

standpunt dat het niet aan de NMa maar aan haar is om te beoordelen of het dossier elementen bevat die voor haar verdediging relevant kunnen zijn en beroept zich in dat kader onder meer op de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) in de zaak *Fietsfabrikanten*⁶. Pilkington wenst alsnog toegang tot het volledige dossier en behoudt zich het recht voor om haar bezwaar op basis van die inzage aan te vullen.

22. Verder stelt Pilkington dat de NMa haar ten onrechte geen (nader) uitstel heeft verleend voor het indienen van haar schriftelijke zienswijze, terwijl de NMa op de uiterlijke datum voor het indienen van de zienswijze nog aanvullingen op het dossier heeft toegestuurd.
23. Ten slotte maakt Pilkington bezwaar tegen het feit dat de NMa heeft geweigerd de zienswijze van Pilkington vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van de andere ondernemingen tegen wie de NMa in deze zaak een rapport heeft uitgebracht (hierna korthedshalve: de betrokken ondernemingen⁷), waardoor Pilkington gedwongen was deze onder protest in te trekken. De NMa voert volgens Pilkington een afzonderlijke, bilaterale procedure tegen Pilkington en de andere betrokken ondernemingen kwalificeren daarin niet als “belanghebbenden” in de zin van artikel 60 lid 2 Mw. Bovendien is een zienswijze geen “op de zaak betrekking hebbend stuk” als bedoeld in artikel 60 lid 2 Mw. De NMa beroept zich ten onrechte op het beginsel van hoor en wederhoor als rechtvaardiging voor het delen van de zienswijze met de andere in het rapport betrokken ondernemingen, nu de Mw (waaraan het beginsel van hoor en wederhoor mede ten grondslag ligt) daarin niet voorziet, aldus Pilkington.

Beoordeling

24. Met betrekking tot het verlenen van toegang tot het volledige dossier stelt de Adviescommissie allereerst vast dat de NMa heeft bevestigd dat zij bepaalde onderdelen van de clementieaanvragen van Pilkington en Saint-Gobain in het na het uitbrengen van het rapport in deze zaak aan de bezwaarden toegezonden dossier (hierna: het inzagedossier) onleesbaar heeft gemaakt. [vertrouwelijk]. Zij bevatten geen ontlastend bewijs en zijn ook overigens voor de beoordeling van de in het rapport neergelegde vermoeden van een overtreding niet relevant, en kunnen dan ook niet geacht worden betrekking te hebben op de onderhavige zaak, aldus de Raad in haar schriftelijke toelichting. De Raad stelt in zijn schriftelijke toelichting verder dat de bedoelde onderdelen van de clementieverklaringen bij eventuele toevoeging aan het dossier als vertrouwelijk zouden moeten worden aangemerkt en dat het belang van terinzagelegging van de betreffende onderdelen niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige benadeling van de betrokken clementieverzoekers, waardoor Pilkington gelet op het bepaalde in artikel 10, lid 2 aanhef en onder c, d en g WOB geen aanspraak zou kunnen maken op inzage daarvan.
25. In de hiervoor genoemde uitspraak in de zaak *Fietsfabrikanten* heeft het CBb onder meer overwogen dat in een procedure waarin een belanghebbende opkomt tegen een opgelegde boete, hij in staat moet worden gesteld om alles aan te voeren wat hij in het belang van zijn verdediging noodzakelijk acht. Dat betekent, aldus het CBb, dat *“wanneer een belanghebbende gemotiveerd uiteenzet dat en waarom hij het van belang acht dat bepaalde stukken die zich onder het bereik van de toezichthouder*

⁶ CBb 4 oktober 2011, LJN BT6521, *Fietsfabrikanten*, rov. 4.4.3

⁷ Het gebruik van de term “betrokken onderneming” door de Adviescommissie houdt geen oordeel in omtrent het al dan niet geleverde bewijs van deelname aan een overtreding.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

bevinden [hier lijkt in de formulering van het CBb een woord of zinsnede te ontbreken, mogelijk "door hem kunnen worden ingezien" of woorden van gelijke strekking, Adviescommissie], die stukken als op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 8:42 Awb moeten worden aangemerkt en dus, behoudens gevallen van gerechtvaardigde weigering op grond van artikel 8:29 Awb en uitzonderingsgevallen als misbruik van procesrecht, moeten worden overgelegd, ook als deze volgens de toezichthouder geen rol hebben gespeeld in het besluitvormingsproces dat aan het opleggen van de boete is vooraf gegaan. Niet uit te sluiten valt immers dat uit die stukken feiten of omstandigheden blijken die in het belang zijn van de verdediging van de belanghebbende. De belanghebbende behoort op dit punt niet afhankelijk te zijn van een selectie die de toezichthouder zelf maakt uit het geheel van de zich onder zijn bereik bevindende stukken. [...] Als de onderneming motiveert waarom stukken voor haar verdediging van belang zijn, kunnen dergelijke stukken worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 7:4, tweede lid, Awb of - in de rechterlijke fase - artikel 8:42 Awb."

26. Pilkington heeft naar het oordeel van de Adviescommissie voldoende gemotiveerd waarom de onleesbaar gemaakte delen van de clementieverklaringen voor haar verdediging van belang zijn en daarom als op de zaak betrekking hebbende stukken in de zin van artikel 7:4, lid 2 Awb moeten worden beschouwd. [vertrouwelijk].
27. Voorstelbaar is daarom dat Pilkington er belang bij heeft om kennis te nemen van de door de NMa onleesbaar gemaakte gedeelten van de clementieverklaringen, [vertrouwelijk].
28. De Adviescommissie merkt in dit verband op dat naar haar mening aan de motivering van het belang van de betreffende stukken door Pilkington geen al te hoge eisen mogen worden gesteld gelet op de onbekendheid van Pilkington met de precieze inhoud daarvan. Dit klemt temeer nu de stukken waarin Pilkington inzage verlangt, anders dan de stukken die in de zaak *Fietsfabrikanten* aan de orde waren, geen onderdeel uitmaken van andere dossiers binnen het bereik van de NMa maar van de clementieverklaringen waarop het Besluit (mede) is gebaseerd.
29. Daar komt bij dat Pilkington op de hoorzitting een voorbeeld heeft gegeven⁸ van een dossierstuk waarvan de NMa aanvankelijk de inzage heeft geweigerd, terwijl na latere toezending van dit stuk op verzoek van Pilkington is gebleken dat het een clementieverklaring [vertrouwelijk] betreft die specifiek de relevante markt (project business van isolerend dubbelglas) en de boeteperiode betreft, hetgeen door de Raad niet is weersproken. Dit onderstreept naar het oordeel van de Adviescommissie de noodzaak van inzage door bezwaarden van de betreffende clementieverklaringen zodat zij zelf de relevantie daarvan kunnen beoordelen.
30. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Pilkington naar het oordeel van de Adviescommissie inzage dient te worden verleend in de onleesbaar gemaakte gedeelten van de clementieverklaringen, voor zover die inzage niet op grond van artikel 7:4 lid 6 Awb dient te worden geweigerd. De Raad heeft naar het oordeel van de Adviescommissie onvoldoende (concreet en specifiek) gemotiveerd dat gewichtige redenen als bedoeld in artikel 7:4 lid 6 zich tegen inzage door Pilkington verzetten en, in dat kader, dat (één of meer van) de uitzonderingsgronden van artikel 10 WOB zich in dit geval voordoen. De enkele stelling van de Raad dat dit het geval is acht de Adviescommissie, mede gelet op het zwaarwegende belang van Pilkington bij inzage

⁸ Zie randnrs. 13 en 14 van de pleitnotities van Pilkington ten behoeve van de hoorzitting.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

in het aan de aan haar opgelegde sanctie ten grondslag liggende dossier, onvoldoende.

31. Voor zover het bezwaar van Pilkington ziet op andere documenten dan de clementieaanvragen van AGC en Saint-Gobain heeft zij haar bezwaar onvoldoende onderbouwd nu zij niet heeft aangeduid om welke stukken het concreet gaat.
32. Gelet op het voorgaande adviseert de Adviescommissie de Raad om, indien hij dit advies niet zou volgen met betrekking tot de hierna te bespreken bezwaren inzake het bewijs,⁹ met betrekking tot de clementieverklaringen van AGC en Saint-Gobain nader te motiveren dat en waarom gewichtige belangen zich tegen inzage door bezwaarden verzetten en, indien en voor zover dergelijke gewichtige redenen niet aanwezig zijn, bezwaarden alsnog inzage te verstrekken in de onleesbaar gemaakte delen van de clementieverklaringen en hen in de gelegenheid te stellen eventueel naar aanleiding daarvan opgekomen nadere bezwaren tegen het Besluit naar voren te brengen. Voor zover het bezwaar andere stukken dan de bedoelde clementieverklaringen betreft wordt de Raad geadviseerd het bezwaar ongegrond te verklaren.
33. Met betrekking tot het niet verlenen van nader uitstel aan Pilkington voor het indienen van haar schriftelijke zienswijze stelt de Adviescommissie vast dat de Raad in haar schriftelijke toelichting heeft uiteengezet – en dit is door Pilkington niet weersproken – dat de NMa de betrokken ondernemingen, waaronder Pilkington, na afloop van de hoorzitting voorafgaande aan het Besluit nog een termijn van drie weken heeft geboden om schriftelijk te reageren op de inhoud van de nagezonden stukken, en dat geen van de betrokken ondernemingen van die gelegenheid gebruik heeft gemaakt. Daarmee heeft Pilkington naar het oordeel van de Adviescommissie ruimschoots de gelegenheid gehad schriftelijk op de nagezonden stukken te reageren, zodat zij reeds daarom door de weigering van de NMa om nader uitstel te verlenen voor het indienen van de schriftelijke zienswijze niet in haar verdedigingsrechten is geschaad. Dit klemmt temeer nu Pilkington niet heeft uiteengezet wat zij nog in reactie op de nagezonden stukken naar voren had willen brengen, zodat zij haar bezwaar in zoverre onvoldoende heeft onderbouwd. De Adviescommissie adviseert dan ook dit bezwaar ongegrond te verklaren.
34. Met betrekking tot de weigering door de NMa om de zienswijze van Pilkington vertrouwelijk te behandelen ten opzichte van de andere ondernemingen waartegen rapport is opgemaakt merkt de Adviescommissie allereerst op dat zij Pilkington niet kan volgen in haar standpunt dat de door de NMa in deze zaak jegens Pilkington gevoerde procedure dient te worden beschouwd als een afzonderlijke, bilaterale procedure waarin de overige betrokken ondernemingen niet als belanghebbenden kunnen beschouwd. Er is sprake van één rapport en één besluit gericht tegen vier ondernemingen, die in de daaraan ten grondslag liggende procedure ook in hun onderlinge verhouding als belanghebbenden dienen te worden beschouwd. De NMa heeft in dat verband in haar schriftelijke toelichting voorafgaand aan de hoorzitting van de Adviescommissie terecht gewezen op het belang dat een betrokken onderneming erbij kan hebben om te kunnen reageren op hetgeen door de andere betrokken ondernemingen in hun zienswijze wordt gesteld met betrekking tot haar rol in een – beweerd – kartel.
35. Nu er geen wettelijke bepaling is die zich tegen de bestendige praktijk van de NMa van het toesturen van de zienswijzen van betrokken ondernemingen aan de overige

⁹ Indien de Raad dit advies volgt met betrekking tot (het ontbreken van voldoende) bewijs voor de inbreuk heeft Pilkington bij inzage van de clementieverklaringen geen rechtens te respecteren belang meer.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

betrokken ondernemingen verzet, terwijl de wet anderzijds wel de mogelijkheid biedt tot vertrouwelijke behandeling van specifieke onderdelen van zienswijzen (artikel 10, lid 2 aanhef en onder g WOB), was de NMa naar het oordeel van de Adviescommissie bevoegd de zienswijze van Pilkington aan de overige betrokken ondernemingen ter inzage te verstrekken, voor zover Pilkington niet (deugdelijk onderbouwd) een beroep op de in artikel 10, lid 2 aanhef en onder g WOB bedoelde uitzondering heeft gedaan.

36. De stelling van Pilkington dat haar gehele zienswijze als bedrijfsvertrouwelijk (in die zin dat bovengenoemde wetsbepaling zich tegen openbaarmaking daarvan verzet) dient te worden beschouwd acht de Adviescommissie onvoldoende onderbouwd, nu Pilkington heeft nagelaten per onderdeel van die zienswijze concreet en specifiek te motiveren waarom de daarin vervatte informatie bedrijfsvertrouwelijk is. Gelet op het voorgaande deelt de Adviescommissie de conclusie van de Raad dat het intrekken van de zienswijze een autonome beslissing van Pilkington is geweest, waardoor zij niet in haar verdedigingsrechten is geschaad.
37. De Raad wordt dan ook geadviseerd dit onderdeel van het bezwaar ongegrond te verklaren.

[vertrouwelijk]

38. [vertrouwelijk].

[vertrouwelijk]

39. [vertrouwelijk].

40. [vertrouwelijk].

41. [vertrouwelijk].

42. [vertrouwelijk].

43. [vertrouwelijk].

Onderdeel B – Bezwaren aangaande het bewijs van een overtreding

Inleiding / samenvatting bezwaren

44. Scheuten en Pilkington stellen dat de Raad onvoldoende concreet en nauwkeurig bewijs heeft geleverd voor de gestelde overtredingen, althans voor hun deelname daaraan. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen.
45. Zowel Scheuten als Pilkington stelt dat de door de Raad aan het Besluit ten grondslag gelegde clementieverklaringen van clementieverzoekers Saint-Gobain en AGC (waaronder begrepen de verklaringen van medewerkers van die clementieverzoekers) alleen onvoldoende basis bieden om de gestelde overtreding vast te stellen en dat derhalve aanvullend bewijs vereist is. Bezwaarden beroepen zich in dat kader onder meer op de uitspraak van het Gerecht in de zaak *Aalberts Industries*.¹⁰

¹⁰ Arrest GvEU d.d. 24 maart 2011 in zaak T-385/06 *Aalberts Industries / Commissie*, rov. 47 en 66.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

46. Daarnaast stellen bezwaarden – onderbouwd - dat de aan het Besluit ten grondslag gelegde clementieverklaringen niet betrouwbaar zijn. Zowel Scheuten als Pilkington heeft aangevoerd dat de verklaringen van [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] niet betrouwbaar zijn. De verklaringen zijn volgens bezwaarden op meerdere onderdelen onderling tegenstrijdig en individueel gezien inconsistent en vaag. Bovendien blijkt dat de betreffende medewerkers van de clementieverzoekers zich essentiële details niet meer kunnen herinneren. Ook heeft de NMa sturende vragen gesteld aan de geïnterviewde medewerkers, aldus de bezwaarden. Scheuten heeft er verder nog op gewezen dat de verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] in tegenspraak zijn met de door de heer [vertrouwelijk] van Scheuten afgelegde verklaringen. Volgens Pilkington heeft de Raad zich in het Besluit voorts bediend van verklaringen die niet (aantonbaar) zien op de periode van de gestelde overtreding.
47. Bezwaarden stellen voorts dat de Raad niet over documenten beschikt die – individueel of in samenhang – het bewijs vormen voor hun betrokkenheid bij de gestelde overtreding.
48. Volgens Scheuten heeft de Raad in het onderzoek een doelredenering gevolgd door bij de beoordeling van het bewijs voornamelijk of uitsluitend belastende elementen in aanmerking te nemen en ontlastende verklaringen en stukken buiten beschouwing te laten.
49. Pilkington stelt subsidiair dat, zelfs indien de Raad een overtreding zou kunnen vaststellen, onvoldoende bewijs voorhanden is om te kunnen concluderen dat Pilkington daarbij betrokken was.
50. Meer subsidiair stelt Pilkington dat een causaal verband tussen de gestelde afstemming ten aanzien van prijsverhogingen en minimumprijzen en het marktgedrag van Pilkington ontbreekt.
51. Scheuten stelt subsidiair dat zij geen overeenkomst heeft gesloten met concurrenten over een prijsverhoging in het voorjaar van 2005 en dat zij zich evenmin schuldig heeft gemaakt aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot die prijsverhoging.
52. Voorts stelt Scheuten subsidiair dat zij geen overeenkomst heeft gesloten met concurrenten met betrekking tot minimumprijzen voor isolerend dubbelglas, althans dat zij aan die beweerde afspraak geen uitvoering heeft gegeven.

Beoordeling

53. De Adviescommissie ziet, met het oog op de leesbaarheid en bruikbaarheid van dit advies, aanleiding om bij de bespreking van de hiervoor samengevatte bezwaren een andere indeling te volgen dan bezwaarden en de Raad in hun diverse schriftelijke en mondelinge toelichtingen hebben aangehouden. De Adviescommissie zal achtereenvolgens ingaan op het gebruik van de clementieverklaringen als bewijs in algemene zin, het bewijs voor (betrokkenheid van bezwaarden bij) een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging inzake prijsverhogingen voor isolerend dubbelglas in 2004 en 2005 en het bewijs voor (betrokkenheid van bezwaarden bij) een overeenkomst inzake het hanteren van minimumprijzen voor isolerend dubbelglas. Daarna worden, voor zover nodig, de (overige) subsidiaire en meer subsidiaire bezwaren behandeld.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

Gebruik van clementieverklaringen als bewijs

54. Met betrekking tot het gebruik van de clementieverklaringen stelt de Adviescommissie allereerst vast dat volgens vaste rechtspraak van het Gerecht de verklaring van een onderneming die van deelneming aan een kartel wordt beschuldigd, waarvan de juistheid door verschillende andere beschuldigde ondernemingen wordt betwist, niet kan worden beschouwd als een voldoende bewijs dat deze laatste ondernemingen een inbreuk hebben gepleegd, indien zij niet door andere bewijselementen wordt gestaafd,¹¹ en dat een verklaring die is afgelegd in verband met een clementieverzoek op zich onvoldoende bewijs oplevert van de daarin gerelateerde feiten wanneer de juistheid van die verklaring wordt betwist.¹² De aan deze vaste rechtspraak van het Gerecht ten grondslag liggende beginselen gelden naar het oordeel van de Adviescommissie evenzeer met betrekking tot het in de onderhavige zaak door de Raad te leveren bewijs, temeer nu in het Besluit behalve een overtreding van artikel 6, lid 1 Mw tevens een overtreding van artikel 101, lid 1 VWEU is vastgesteld.
55. De Adviescommissie is daarom met bezwaarden van mening dat de verklaringen van (de medewerkers van) de clementieverzoekers in de onderhavige zaak, nog ongeacht hun betrouwbaarheid, door andere bewijselementen moeten worden gestaafd om het bestaan van de in het Besluit vastgestelde inbreuk(en) te kunnen aantonen, nu de juistheid van die verklaringen door bezwaarden wordt betwist.
56. Daarbij geldt dat verklaringen die als betrouwbaar moeten worden beschouwd een minder precieze en minder nadrukkelijke bevestiging door andere bewijsmiddelen vergen dan verklaringen die niet als bijzonder geloofwaardig moeten worden beschouwd.¹³
57. Op de betrouwbaarheid van de clementieverklaringen en de vraag of er voldoende ondersteunend bewijs voorhanden is om de vaststelling van de overtreding te rechtvaardigen zal worden ingegaan bij de hierna volgende behandeling van de bezwaren aangaande het bewijs van de specifieke vastgestelde onderdelen van de overtreding (overeenkomst / onderling afgestemde feitelijke gedraging inzake prijsverhogingen en overeenkomst inzake minimumprijzen voor isolerend dubbelglas).

Overeenkomst / onderling afgestemd feitelijk gedrag inzake prijsverhogingen

58. Bij de beoordeling van de bezwaren dient ten aanzien van het te leveren bewijs van de overtreding te worden vooropgesteld dat de Raad nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijzen aan dient te dragen die de vaste overtuiging kunnen dragen dat de inbreuk is gepleegd. Dit houdt onder meer in dat iedere twijfel ten aanzien van het bestaan van een gestelde overtreding en de betrokkenheid van een onderneming daarbij dient te worden uitgelegd in het voordeel van de betreffende onderneming.¹⁴ Niet elk van de door de Raad aangevoerde bewijzen hoeft echter noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de inbreuk aan deze criteria te voldoen. Het is voldoende dat de door de Raad aangevoerde verzameling aanwijzingen, in

¹¹ Zie onder meer arrest van het Gerecht d.d. 8 juli 2004 in gevoegde zaken T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, *JFE Engineering e.a. / Commissie*, Jur. 2004 II-4407, rov. 219 en daar geciteerde rechtspraak en het hiervoor genoemde arrest inz. *Aalberts Industries / Commissie*, rov. 47.

¹² Arrest van het Gerecht inz. *Aalberts Industries / Commissie*, supra, rov. 66.

¹³ Arrest van het Gerecht inz. *JFE Engineering e.a. / Commissie*, supra, rov. 220.

¹⁴ Zie o.a. HvJ 28 maart 1984 in gevoegde zaken 29/83 en 30/83 *CRAM en Rheinzink / Commissie*, Jur. 1984, 1679, rov. 20. Vgl. ook CbB 18 november 2010, LJN BO5197, rov. 3.2.4.1,

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

haar geheel beschouwd, aan dit vereiste voldoet. Gelet op het veelal heimelijke karakter van mededingingsversturende overeenkomsten, kan van de Raad bovendien niet worden geëist dat zij stukken overlegt waaruit met zoveel woorden blijkt dat de betrokken marktdeelnemers overleg hebben gepleegd. Voor zover de Raad beschikt over fragmentarische en schaarse bewijselementen, moeten die in elk geval kunnen worden vervolledigd via deductie, zodat de relevante omstandigheden kunnen worden gereconstrueerd. Het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst kan dus worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden. Wanneer de Raad echter uitsluitend op basis van het marktgedrag van de betrokken ondernemingen een inbreuk vaststelt, is het voldoende dat deze ondernemingen omstandigheden aantonen die een ander licht werpen op de door de Raad vastgestelde feiten en een andere plausibele verklaring van de feiten bieden die in de plaats kan worden gesteld van die op basis waarvan zou kunnen worden geconcludeerd dat er sprake is van een schending van de communautaire mededingingsregels. Het bestaan van een alternatieve verklaring van de feiten is alleen relevant wanneer de Raad zich uitsluitend baseert op het gedrag van de betrokken ondernemingen op de markt. Een dergelijke verklaring is dus irrelevant zodra de inbreuk niet enkel wordt vermoed, maar rechtens genoegzaam bewezen is door (al dan niet schriftelijke) bewijzen.¹⁵

59. De Raad heeft in het Besluit vastgesteld dat de betrokken ondernemingen (naast de bezwaarden ook Saint-Gobain en AGC) in 2004 en 2005 verscheidene keren bijeen zijn gekomen om te spreken over de prijzen van isolerend dubbelglas, en dat zij daarbij hebben afgesproken om de prijzen van isolerend dubbelglas in twee stappen met 10 tot 12% te verhogen. De Raad stelt in dat kader dat de betrokken ondernemingen tijdens een bijeenkomst op 18 mei 2004 in restaurant De Fuik in Aalst (waarbij aanwezig waren de heren [vertrouwelijk] (van AGC), [vertrouwelijk] (van Saint-Gobain), [vertrouwelijk] (Scheuten) en [vertrouwelijk] (Pilkington)), hebben afgesproken om de (bruto)prijzen van isolerend dubbelglas in twee stappen te verhogen met 10 tot 12% en dat deze (kader)afspraken tijdens een bespreking op 29 september 2004 [vertrouwelijk] nader is uitgewerkt, in die zin dat toen is afgesproken de totale prijsverhoging van 10 tot 12% in oktober/november 2004 en in het voorjaar van 2005 trapsgewijs door te voeren. Vervolgens heeft volgens de Raad op 18 januari 2005 een bijeenkomst plaatsgevonden bij AGC waarbij vertegenwoordigers van AGC ([vertrouwelijk]) en Saint-Gobain ([vertrouwelijk]) en diens opvolger de heer [vertrouwelijk] aanwezig waren en waar door [vertrouwelijk] aantekeningen zijn gemaakt waaruit de eerder gemaakte prijsverhogingsafpraak blijkt. Ten slotte zouden vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen elkaar tijdens een gesprek in de rand van een vergadering van brancheorganisatie GBO op 16 maart 2005 aan de gemaakte afspraak inzake een procentuele prijsverhoging hebben herinnerd. Voorts staat volgens de Raad vast dat de betrokken ondernemingen uitvoering hebben gegeven aan de gemaakte afspraken door in het najaar van 2004 en het voorjaar van 2005 bij brief prijsverhogingen van uiteindelijk in totaal 10 tot 12% aan te kondigen aan hun klanten.
60. De bovengenoemde bijeenkomsten op 18 mei 2004, 29 september 2004, 18 januari 2005 en 16 maart 2005 worden hierna kortheidshalve samen ook aangeduid als "de vier bijeenkomsten".

¹⁵ Zie o.a. arrest van het Gerecht van 3 maart 2011 in zkr T-110/07 *Siemens AG / Commissie*, rov. 47 - 51 en daar aangehaalde rechtspraak.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

61. De Adviescommissie acht in de eerste plaats van belang dat bezwaarden niet hebben betwist dat de hiervoor genoemde personen (deels) bij (sommige van) de vier bijeenkomsten aanwezig zijn geweest. Zij betwisten echter wel dat daar is besproken en/of afgesproken wat de Raad stelt dat besproken/afgesproken is, althans dat dit mede door en in het bijzijn van vertegenwoordigers van bezwaarden is gebeurd.
62. Het bewijs van de bovengenoemde afspraak / onderling afgestemde feitelijke gedraging tot het doorvoeren van een procentuele prijsverhoging wordt volgens de Raad in de eerste plaats geleverd door de verklaringen van de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], ondersteund door de aantekeningen die de heer [vertrouwelijk] heeft gemaakt van de bijeenkomst van 18 januari 2005, notulen, agenda's en de door de betrokken ondernemingen verstuurd prijsverhogingsbrieven.

Betrouwbaarheid verklaringen [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]

63. Met betrekking tot de verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] merkt de Adviescommissie allereerst op dat, terwijl de verklaringen van [vertrouwelijk] redelijk gedetailleerd en stellig zijn waar het betreft de data, locaties en aanwezigen van de vier bijeenkomsten en hetgeen daar is besproken, de verklaringen van [vertrouwelijk] op deze punten aanmerkelijk minder specifiek, gedetailleerd en stellig zijn. Zo heeft [vertrouwelijk] verklaard dat hij alleen [vertrouwelijk]; met betrekking tot de besprekingen in 2004 verklaarde hij dit niet specifiek te kunnen aangeven.¹⁶ Daar waar [vertrouwelijk] wel uitspraken doet over hetgeen tijdens de vier bijeenkomsten is besproken, door wie en waar en hoe dat gebeurde is dat (vrijwel) steeds naar aanleiding van een vraag van de NMa waarbij in de vraagstelling informatie wordt gegeven over hetgeen volgens de NMa is voorgevallen, en in een enkel geval zelfs de verklaring van [vertrouwelijk] door de ondervragende ambtenaren wordt gecorrigeerd.
64. Zo blijken de verhorende NMa-ambtenaren regelmatig een (zeer) gesloten manier van vragen stellen te hebben gehanteerd waarbij zij reeds bij het stellen van de vraag (eigener beweging, dus niet door eerdere antwoorden van de ondervraagde persoon samen te vatten) veel informatie geven met betrekking tot hetgeen volgens hen heeft plaatsgevonden. Daarbij lijkt veelal eerder sprake te zijn van het verifiëren van een volgens de ambtenaren kennelijk reeds vaststaand gegeven dan van een onbevagen beroep op de herinnering van de heer [vertrouwelijk], terwijl [vertrouwelijk] bij het geven van antwoorden lijkt te hebben voortgeborduurd op de in de vraagstelling vervatte informatie, waarbij hij niet zeker van zijn zaak lijkt. Bijvoorbeeld:
[vertrouwelijk]¹⁷

en

[vertrouwelijk].

65. Ook hebben de ambtenaren van de NMa tijdens het tweede verhoor van [vertrouwelijk], nadat hij naar aanleiding van de vraag of tijdens de bespreking van 18 mei 2004 was afgesproken welke onderneming het eerst met de prijsverhoging naar buiten zou treden, verklaarde

[vertrouwelijk]

¹⁶ [vertrouwelijk].

¹⁷ [vertrouwelijk].

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

[vertrouwelijk] aldus gecorrigeerd:

[vertrouwelijk]

waarop [vertrouwelijk] verklaart:

[vertrouwelijk].¹⁸

66. Waar de heer [vertrouwelijk] in algemene zin verklaart ("dat werd altijd afgesproken") houden de vraagstellers hem voor – veeleer in de vorm van een statement dan in de vorm van een vraag - wat volgens hun informatie tijdens een specifieke bijeenkomst (18 mei 2004) is besproken.
67. Ook in de processen-verbaal van de verhoren van de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] zijn voorbeelden van de bovenstaand weergegeven wijze van vragen stellen terug te vinden, zij het dat de heer [vertrouwelijk] wat zekerder van zijn zaak lijkt dan de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] bij het bevestigen van de door de verhorende ambtenaren voorgelegde informatie.
68. Deze manier van vragen stellen (gesloten vragen, voorleggen van niet aan eerdere antwoorden van de betrokkene ontleende statements en in een enkel geval zelfs "corrigeren" van de verklaring van de betrokken (ex)medewerker), waarvan het dossier meer voorbeelden bevat dan de bovenstaande, is naar het oordeel van de Adviescommissie door bezwaarden terecht aangemerkt als een "sturende" vraagstelling, die vraagtekens doet rijzen ten aanzien van de betrouwbaarheid van de resulterende verklaringen. De Adviescommissie hecht er aan te benadrukken dat, hoewel het stellen van gesloten vragen op zich geen sturend effect hoeft te hebben indien daarmee gevraagd wordt eerder door de ondervraagde persoon gedane uitspraken te bevestigen, het dossier veel voorbeelden bevat van vragen waarbij de aan de ondervraagde persoon voorgelegde informatie / statements niet zijn ontleend aan diens eerdere verklaringen/antwoorden maar (hooguit) aan verklaringen van andere personen. In die gevallen heeft het stellen van een gesloten vraag naar het oordeel van de Adviescommissie wel degelijk een ongewenste sturende werking.
69. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat met name de verklaringen van [vertrouwelijk], en in mindere mate ook die van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], als minder betrouwbaar moeten worden beschouwd. Daarbij neemt de Adviescommissie mede in aanmerking dat rekening dient te worden gehouden met de mogelijkheid dat, zoals bezwaarden hebben aangevoerd, Saint-Gobain en AGC als clementieverzoekers en belangrijke concurrenten van bezwaarden een duidelijk eigen belang hebben bij hun stelling dat bezwaarden hebben deelgenomen aan het beweerde kartel gedurende de boeteperiode.

Bijeenkomst op 18 mei 2004

70. Meer in het bijzonder met betrekking tot de bespreking van 18 mei 2004 in restaurant De Fuik, volgens de Raad het begin van de inbreuk, hebben bezwaarden onder meer aangevoerd dat uit de verklaring van [vertrouwelijk] niet blijkt dat de door de Raad gestelde afspraak, namelijk dat de prijs voor isolerend dubbelglas in twee etappes met 10 à 12% zou worden verhoogd, tijdens die bijeenkomst is gemaakt, terwijl de verklaring van [vertrouwelijk], nu die wordt betwist, onvoldoende bewijs oplevert op dat punt en bovendien in tegenspraak is met de clementieverklaring van AGC zelf,

¹⁸ [vertrouwelijk].

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

waarin staat dat op 18 mei 2004 slechts algemene kaders voor de prijsverhoging zouden zijn besproken. Zowel Pilkington als Scheuten heeft er bovendien op gewezen dat, doordat de heer [vertrouwelijk] (Pilkington) later arriveerde en de heer [vertrouwelijk] (Scheuten) eerder is vertrokken er maar een beperkte overlap is geweest van de aanwezigheid van de vertegenwoordigers van alle vier de betrokken ondernemingen.

71. De Adviescommissie stelt vast dat, hoewel de heer [vertrouwelijk] heeft verklaard dat tijdens de bijeenkomst op 18 mei 2004 is afgesproken de prijzen met 10 à 12% te verhogen¹⁹ en dat dit zou worden doorgevoerd in twee etappes, één in 2004 en één in 2005²⁰, dit door de heer [vertrouwelijk] niet is bevestigd. Hij heeft, zoals hiervoor weergegeven, weliswaar verklaard dat [vertrouwelijk], maar wat er precies is besproken zegt hij niet meer te weten. Ook heeft hij verklaard dat hij niet weet of de prijsverhoging in twee stappen op 18 mei 2004 is besproken of later.
72. Voorts is van belang dat bezwaarden - onderbouwd en onbetwist - hebben gesteld dat de heer [vertrouwelijk] van Pilkington later dan de aanvang (volgens de Raad om 18.00 uur) van de bijeenkomst is gearriveerd (volgens Pilkington in ieder geval niet vóór 19.00 uur) en dat de heer [vertrouwelijk] eveneens na de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] is gearriveerd, kort na het arriveren van de heer [vertrouwelijk] is vertrokken en niet heeft meegegeten. Met betrekking tot het tijdstip waarop er over prijsverhogingen zou zijn gesproken heeft [vertrouwelijk] verklaard dat dit volgens hem is gebeurd voordat de aanwezigen aan tafel gingen, in woon- of zitkamer, en dat er aan tafel niet over prijzen is gesproken. [vertrouwelijk] heeft verklaard dat hij met betrekking tot 18 mei 2004 niet meer weet of de aanwezigen elkaar hebben gesproken voordat ze aan tafel gingen. Uit de hiervoor geciteerde verklaring van de heer [vertrouwelijk] blijkt dat hij ten tijde van het afleggen daarvan niet meer wist hoeveel personen aanwezig waren bij de bijeenkomst, laat staan wie wanneer is gearriveerd. Aan de hand van de verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] is dus niet vast te stellen op welk tijdstip en in welke samenstelling (qua aanwezige vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen) er over prijsverhogingen zou zijn gesproken, terwijl dit ook overigens niet blijkt uit het dossier. Uit het voorgaande volgt dat, zelfs indien er van zou moeten worden uitgegaan dat op enig moment tijdens de bijeenkomst van 18 mei 2004 is gesproken over het verhogen van de prijzen voor isolerend dubbelglas met 10 à 12%, op grond van de verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] niet (voldoende) bewezen kan worden geacht dat vertegenwoordigers van Pilkington en Scheuten daarbij aanwezig zijn geweest.
73. De Adviescommissie brengt in dit verband in herinnering dat onder meer uit de uitspraak van het CBb in de zaak *Mobiele operators*²¹ volgt dat de Raad, indien vertegenwoordigers van ondernemingen tijdens onderdelen van een bijeenkomst waar mededingingsbeperkende afspraken zouden zijn gemaakt dan wel feitelijke gedragingen onderling zouden zijn afgestemd niet aanwezig zijn geweest, dient vast te stellen op welk moment tijdens de betreffende bijeenkomst gesproken is over de verweten afspraken of gedragingen, wil het feit dat de betrokken personen bij een bespreking aanwezig waren kunnen bijdragen aan het bewijs van een overtreding.
74. Gelet op het voorgaande kan uit de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] naar het oordeel van de Adviescommissie niet met zekerheid worden afgeleid dat tijdens de bijeenkomst op 18 mei 2004 in Aalst in het bijzijn van vertegenwoordigers van Pilkington en Scheuten is gesproken over het verhogen van

¹⁹ [vertrouwelijk].

²⁰ [vertrouwelijk].

²¹ CBb 31 december 2007, *T-Mobile e.a. / RvB NMa*, LJN BC1396, rov. 9.3.2.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

de brutoprijzen van isolerend dubbelglas met 10 tot 12%, laat staan dat daarover mede door Pilkington en Scheuten wilsovereenstemming is bereikt.

Bijeenkomst op 29 september 2004

75. Met betrekking tot de bijeenkomst van 29 september 2004 hebben bezwaarden onder meer aangevoerd dat de heer [vertrouwelijk] zich over deze bespreking niet of nauwelijks iets weet te herinneren ([vertrouwelijk]) en dat uitsluitend de heer [vertrouwelijk] daarover een inhoudelijke verklaring heeft afgelegd. Scheuten heeft bovendien betwist dat de heer [vertrouwelijk] bij deze bijeenkomst aanwezig is geweest.
76. De adviescommissie stelt vast dat de heer [vertrouwelijk] niet heeft verklaard dat, zoals de Raad heeft gesteld, er tijdens een bespreking op 29 september 2004 [vertrouwelijk] is afgesproken wie van de betrokken ondernemingen wanneer met een prijsverhoging naar buiten zou treden. De heer [vertrouwelijk] gaat er van uit dat daarover is gesproken op dezelfde bijeenkomst waar ook gesproken is over de prijsverhoging met 10 à 12% in twee etappes en kan zich niet voorstellen dat men het daar bij twee bijeenkomsten over gehad heeft.²² De verklaring van de heer [vertrouwelijk] is het enige voorhanden bewijsmiddel waaruit kan worden afgeleid dat op 29 september 2004 door vertegenwoordigers van alle betrokken ondernemingen is afgesproken wanneer de betrokken ondernemingen eerder onderling overeengekomen prijsverhogingen aan hun klanten bekend zouden maken en welke percentages zij daarbij zouden hanteren. Van belang is dat [vertrouwelijk] heeft verklaard dat tijdens deze bijeenkomst geen prijsverhoging werd afgesproken met Pilkington, omdat die reeds een energietoeslag had bekendgemaakt aan haar klanten. Volgens [vertrouwelijk] was de heer [vertrouwelijk] wel aanwezig bij deze bijeenkomst.²³

Bijeenkomst op 18 januari 2005

77. Met betrekking tot de bijeenkomst op 18 januari 2005 stelt de Adviescommissie allereerst vast dat, zoals door bezwaarden terecht is aangevoerd, bij deze overeenkomst geen vertegenwoordigers van Pilkington en Scheuten aanwezig waren; de aanwezigen waren de heren [vertrouwelijk] (AGC), [vertrouwelijk] (Saint-Gobain) en [vertrouwelijk] (die per 1 februari 2005 de functie van [vertrouwelijk] bij Saint-Gobain heeft overgenomen). Daaruit volgt reeds dat tijdens deze bijeenkomst geen afspraken kunnen zijn gemaakt of afstemming van marktgedrag kan hebben plaatsgevonden waarbij bezwaarden betrokken waren. Aan de aantekeningen die de heer [vertrouwelijk] van deze bijeenkomst heeft gemaakt en zijn verklaring daarover komt reeds daarom slechts een beperkte bewijswaarde toe ten aanzien van de betrokkenheid van bezwaarden bij een overeenkomst dan wel onderlinge afstemming van feitelijk gedrag met betrekking tot de verhoging van prijzen voor isolerend dubbelglas.
78. Daar komt bij dat in de aantekeningen van [vertrouwelijk] (voor de daarin genoemde verhogingspercentages) staat: "Vooraf met iedereen afkaarten: [vertrouwelijk]", waarmee volgens de heer [vertrouwelijk] wordt bedoeld op [vertrouwelijk] van AGC, [vertrouwelijk] van Scheuten en [vertrouwelijk] van Pilkington.²⁴ De Adviescommissie kan zonder nadere toelichting, die ontbreekt, het feit dat de prijsverhogingen kennelijk (nog) moesten worden "afgekaart" met de (overige) betrokken ondernemingen niet

²² [vertrouwelijk].

²³ [vertrouwelijk].

²⁴ [vertrouwelijk].

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

rijmen met de vaststelling door de Raad dat op 18 februari 2004 en/of 29 september 2004 tussen de betrokken ondernemingen reeds wilsovereenstemming zou zijn bereikt over de percentages waarmee de prijzen voor dubbelglas zouden worden verhoogd. Voorts staat in de aantekeningen van [vertrouwelijk] ook "*Duitsers per februari omhoog 4-6%*", terwijl gesteld noch gebleken is dat (ook) Duitse ondernemingen deel uitmaakten van het in het Besluit vastgestelde kartel. Naar het oordeel van de Adviescommissie kan gelet op het voorgaande niet worden uitgesloten dat de genoemde percentages betrekking hadden op inschattingen van voorgenomen marktgedrag van concurrenten en/of afspraken die AGC en Saint-Gobain (nog) wensten te maken en niet zozeer op (reeds) bereikte wilsovereenstemming dan wel (reeds) afgestemd marktgedrag. Dit temeer nu de in de aantekeningen genoemde percentages ([vertrouwelijk] 4%, [vertrouwelijk] 6%, [vertrouwelijk] 5% en [vertrouwelijk] 5%) voor drie van de vier ondernemingen afwijken van de percentages waarmee zij volgens het besluit in het voorjaar van 2005 hun prijzen voor isolerend dubbelglas hebben aangekondigd te zullen verhogen (AGC 6%, Scheuten 5,4%, Saint-Gobain 6% en Pilkington 5%).²⁵

79. [vertrouwelijk] heeft weliswaar verklaard dat hij tijdens een gesprek in januari 2005 tussen [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] de percentages heeft gehoord waarmee de concurrenten de prijsverhoging voor dubbelglasproducten in Nederland in 2005 zouden doorvoeren en dat hij daar toen aantekeningen van heeft gemaakt, maar hij heeft daar niet bij verteld hoe [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] dit wisten.²⁶ Uit de verklaring en aantekeningen van [vertrouwelijk] volgt kortom niet noodzakelijkerwijs dat AGC en Saint-Gobain met bezwaarden voorafgaand aan de bijeenkomst op 18 januari 2005 wilsovereenstemming hadden bereikt over prijsverhogingen, dan wel dat zij hun gedrag op dat punt onderling hadden afgestemd, zoals in het Besluit vastgesteld. Dit blijkt evenmin uit de verklaring van [vertrouwelijk], nu hij heeft verklaard zich niet specifiek te kunnen herinneren wat er tijdens de betreffende bijeenkomst is besproken,²⁷ en evenmin uit de verklaring van [vertrouwelijk], die heeft verklaard niet meer te weten wat er op 18 januari 2005 is besproken over prijsverhogingen en minimumprijzen.²⁸

Bijeenkomst op 16 maart 2005

80. Met betrekking tot de bijeenkomst van 16 maart 2005 hebben bezwaarden onder meer aangevoerd dat het hier een officiële bijeenkomst van de brancheorganisatie GBO betrof, dat hun vertegenwoordigers alleen tijdens het officiële gedeelte van deze vergadering aanwezig zijn geweest en dat, zoals uit de notulen blijkt, tijdens het officiële gedeelte van de vergadering niet over mededingingsrechtelijk relevante onderwerpen is gesproken. Pilkington heeft er voorts op gewezen dat de verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] met betrekking tot het moment waarop er tussen vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen over prijsverhogingen zou zijn gesproken (voor of na de GBO-vergadering) met elkaar in tegenspraak zijn en dat die verklaringen bovendien zijn afgelegd in reactie op sturende vragen van de NMa-ambtenaren.
81. De Adviescommissie constateert om te beginnen dat de Raad de vaststelling in het Besluit dat vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen elkaar in de rand van de GBO-bijeenkomst op 16 maart 2005 hebben gesproken en daarbij de eerder gemaakte afspraken over prijsverhogingen hebben bevestigd baseert op de

²⁵ Zie randnr. 122 van het Besluit.

²⁶ [vertrouwelijk].

²⁷ [vertrouwelijk].

²⁸ [vertrouwelijk].

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]. [vertrouwelijk] heeft verklaard dat er na de vergadering, "bij het handen schudden", een kwartier is gesproken en dat de betrokkenen daarbij hebben gezegd dat ze zouden uitvoeren wat was afgesproken. Op de vraag van de NMa of de deelnemers elkaar toen hebben herinnerd aan de gemaakte afspraken over prijsverhogingen heeft [vertrouwelijk] bevestigend geantwoord.²⁹ [vertrouwelijk] heeft verklaard dat tijdens de betreffende bijeenkomst met Pilkington, Glaverbel en Scheuten is gesproken over een voorgenomen prijsverhoging van dubbelglasproducten in Nederland. Hij heeft tot twee keer toe verklaard dat dit gebeurde tijdens een bijeenkomst voorafgaand aan de GBO-vergadering.³⁰ Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor is opgemerkt met betrekking tot de uit de uitspraak van het CBB in de zaak *Mobiele operators* te destilleren regels voor de bewijsvoering is de Adviescommissie van oordeel dat de Raad, nu de verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] zodanig uiteen lopen ten aanzien van het moment waarop en de context waarin (vooraf of bij het afscheid nemen) de betrokken ondernemingen elkaar aan de gemaakte prijsverhogingsafspraken zouden hebben herinnerd, hierop had dienen door te vragen teneinde op zijn minst vast te stellen of de betreffende bespreking vóór of na het officiële GBO-overleg plaatsvond, te meer nu bezwaarden hebben betwist besprekingen te hebben gehad met vertegenwoordigers van Saint-Gobain en AGC buiten het officiële gedeelte van de vergadering. Daar komt bij dat naar het oordeel van de Adviescommissie niet alleen de bovengenoemde tegenstrijdigheid tussen de verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] vragen doet rijzen omtrent hun betrouwbaarheid, maar dat de relevante delen van beide verklaringen bovendien zijn afgelegd naar aanleiding van een vraagstelling die als "sturend" kan worden gekenschetst in de hiervoor gegeven zin.

Tussenconclusie

82. Het voorgaande is voor de Adviescommissie aanleiding om te concluderen dat de in het kader van clementieverzoeken afgelegde verklaringen van de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] met betrekking tot het bestaan van de in het Besluit vastgestelde prijsverhogingsafpraak tussen de betrokken ondernemingen dan wel onderling afgestemd gedrag tot verhoging van prijzen - mede gelet op de mate van geloofwaardigheid daarvan - een beperkte bewijswaarde hebben, in ieder geval waar het de betrokkenheid van bezwaarden betreft. Dit betekent dat deze verklaringen krachtens de hiervoor aangehaalde vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht een precieze en nadrukkelijke bevestiging door andere bewijsmiddelen behoeven, wil de overtreding als bewezen kunnen worden aangemerkt.

Beoordeling van de overige bewijsmiddelen – overeenkomst tot prijsverhoging

83. Met betrekking tot het voor de vaststelling van een mededingingsbeperkende overeenkomst vereiste bestaan van wilsovereenstemming tussen de betrokken ondernemingen over het verhogen van de prijzen voor isolerend dubbelglas in Nederland met 10 à 12% in twee stappen in 2004 en 2005 leveren de documenten waarover de Raad beschikt naar het oordeel van de Adviescommissie, ook in onderling verband beschouwd, onvoldoende bewijs op om iedere twijfel ten aanzien van het bestaan van een dergelijke overeenkomst te kunnen wegnemen. Het volgende is daartoe van belang.
84. Uit de aantekeningen die de heer [vertrouwelijk] heeft gemaakt tijdens de bijeenkomst van 18 januari 2005 volgt, zoals hiervoor reeds is toegelicht, naar het oordeel van de

²⁹ [vertrouwelijk].

³⁰ [vertrouwelijk].

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

Adviescommissie niet dat tussen de betrokken ondernemingen is afgesproken de gestelde prijsverhogingen door te voeren, althans niet dat (niet alleen tussen Saint-Gobain en AGC maar ook) met bezwaarden daarover wilsovereenstemming bestond. De Adviescommissie acht in dat verband met name relevant dat bij de bewuste bespreking geen vertegenwoordigers van Scheuten en Pilkington aanwezig waren, zodat hetgeen [vertrouwelijk] daar heeft gehoord en genoteerd niet rechtstreeks gebaseerd kan zijn op (wils)uitingen van laatstgenoemde ondernemingen, en voorts dat de tekst van de aantekeningen, zoals hiervoor uiteengezet, aanwijzingen bevat dat (nog) geen sprake was van een overeenkomst.

85. De notulen van de bijeenkomsten van brancheorganisaties leveren evenmin het vereiste bewijs, nu daaruit niet blijkt dat partijen de gestelde afspraken hebben gemaakt maar hooguit dat zij bij (de officiële gedeelten van) die bijeenkomsten aanwezig zijn geweest. Hetzelfde geldt voor de agenda's van de vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen: ook daaruit kan hooguit hun (voorgenomen) aanwezigheid bij de vier bijeenkomsten worden afgeleid maar niet waarover in hun (eventuele) aanwezigheid is gesproken.
86. Ook uit de in het Besluit³¹ genoemde brieven van de betrokken ondernemingen aan hun klanten blijkt niet dat de daarin aangekondigde prijsverhogingen/energietoelagen hun oorsprong vinden in een overeenkomst tussen de betrokken ondernemingen zoals in het Besluit is vastgesteld, nu daarin niets staat dat wijst op het bestaan van een dergelijke afspraak.

Beoordeling van de overige bewijsmiddelen – onderling afgestemde feitelijke gedraging?

87. Op grond van dezelfde overwegingen als hiervoor uiteengezet met betrekking tot het bestaan van wilsovereenstemming is de Adviescommissie van oordeel dat de aantekeningen van de heer [vertrouwelijk] niet het vereiste bewijs leveren dat Pilkington en Scheuten betrokken zijn geweest bij afspraken of afstemming van marktgedrag met Saint-Gobain en AGC ter zake van de verhoging van brutoprijzen voor isolerend dubbelglas zoals vastgesteld in het Besluit, ook niet indien ze in samenhang met de verklaringen van [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] worden beschouwd.
88. Voor de notulen en agenda's geldt, om de hiervoor genoemde redenen, hetzelfde.
89. Met betrekking tot de brieven waarin de betrokken ondernemingen prijsverhogingen dan wel energietoelagen hebben aangekondigd aan hun klanten (hierna kortheidshalve aangeduid als de prijsverhogingsbrieven) acht de Adviescommissie het volgende van belang. Deze brieven zijn uitingen van marktgedrag van de betrokken ondernemingen (het aankondigen van prijsverhogingen dan wel energietoelagen). Nu, zoals hiervoor overwogen, op grond van de andere door de Raad aangevoerde bewijsmiddelen niet genoegzaam bewezen kan worden geacht dat Pilkington en Scheuten hebben deelgenomen aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging als in het Besluit vastgesteld, is relevant of bezwaarden omstandigheden hebben aangetoond die een ander licht werpen op deze prijsverhogingsbrieven en daarvoor een andere plausibele verklaring bieden die in de plaats kan worden gesteld van de door de Raad gegeven verklaring (inhoudende dat sprake is geweest van een (verboden) onderlinge afstemming van marktgedrag).
90. Bezwaarden hebben in dat kader onder meer gewezen op de directe correlatie tussen de olieprijs en de prijs van floatglas als grondstof voor isolerend dubbelglas.

³¹ Randnrs. 114-123.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

De prijs van isolerend dubbelglas wordt [vertrouwelijk] (zoals Scheuten onbetwist heeft gesteld voor ongeveer [vertrouwelijk]) bepaald door de prijs van floatglas. Dit blijkt ook uit de verklaringen van diverse door de NMa geïnterviewde voormalige medewerkers van de betrokken ondernemingen, waaronder de heer [vertrouwelijk].³² [vertrouwelijk]. Scheuten heeft in dit verband onder meer aangevoerd dat zij op 4 en 5 oktober 2004 (dus na de bijeenkomst van 29 september 2004 alwaar de afspraak tot prijsverhoging zou zijn gefinaliseerd) van haar belangrijkste leveranciers van floatglas (waaronder Glaverbel, het latere AGC) aankondigingen van prijsverhogingen heeft ontvangen en dat zij naar aanleiding daarvan de eerste van de twee door de NMa aangehaalde prijsverhogingsbrieven heeft verzonden. In de prijsverhogingsbrieven wordt, zoals bezwaarden terecht hebben opgemerkt, de verhoging van de energieprijzen als reden voor de prijsverhogingen genoemd.

91. Bezwaarden hebben bovendien onbetwist aangevoerd, en dit blijkt bijvoorbeeld ook uit de verklaring van [vertrouwelijk],³³ dat zij allen naast concurrenten ook klanten van elkaar waren en dat zij om die reden elkaars brieven inzake prijsverhogingen ontvingen. Scheuten heeft in dit verband aangevoerd dat zij de marktleiders Saint-Gobain en AGC slechts is gevolgd in het gedeeltelijk doorberekenen van de gestegen grondstofkosten aan haar klanten. Tussen de data van verzending van de in het najaar van 2004 door AGC en Saint-Gobain verstuurd prijsverhogingsbrieven enerzijds (respectievelijk 5 en 11 oktober 2004) en de door Scheuten en Pilkington verstuurd brieven anderzijds (respectievelijk 19 en 21 oktober 2004) zit een periode van meer dan een week. Dit betekent dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat partijen de hoogte van de percentages van hun prijsverhogingen mede hebben laten bepalen door elkanders aangekondigde prijsverhogingen (al dan niet (ook) met betrekking tot floatglas) zonder dat daaraan een verboden afstemming van marktgedrag ten grondslag ligt: met andere woorden, dat (al dan niet deels) sprake is van volggedrag. Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de tweede "ronde" prijsverhogingen.
92. Door de NMa is naar het oordeel van de Adviescommissie, mede in het licht van de hiervoor geconstateerde afwijking tussen de percentages in de prijsverhogingsbrieven en de beweerdelijk door partijen overeengekomen/afgestemde verhogingspercentages als vermeld in de aantekeningen van de heer [vertrouwelijk], onvoldoende onderzocht of en weerlegd dat de prijsverhogingen zoals in de prijsverhogingsbrieven aangekondigd een gevolg kunnen zijn van de stijgende energiekosten en de daaruit voortvloeiende stijging van de prijzen voor floatglas, waarmee de betrokken ondernemingen als gebruikers van floatglas als grondstof in vergelijkbare mate te maken kregen en in verband waarmee zij elkaar in hun onderlinge leverrelaties ook prijsverhogingsbrieven stuurden. De Raad heeft tijdens de mondelinge behandeling weliswaar benadrukt dat het feit dat er sprake was van een stijging van de prijs van floatglas niet *hoef*t te betekenen dat bezwaarden unilateraal handelden bij het vaststellen van hun prijzen, maar de vraag is naar het oordeel van de Adviescommissie – gelet op de hiervoor aangehaalde jurisprudentie en het feit dat het bestaan van wilsovereenstemming niet bewezen kan worden geacht - veeleer of die prijsstijging een voldoende aannemelijke alternatieve verklaring vormt voor het marktgedrag van de betrokken ondernemingen, althans van bezwaarden. Dit betekent dat bezwaarden niet hoeven te bewijzen dat de door hen aangekondigde prijsverhogingen en energietoelagen hun verklaring vinden in de gestegen energie- en floatglasprizen: zij hoeven dit slechts aannemelijk te maken. Naar het oordeel van de adviescommissie zijn zij daarin (vooralsnog) geslaagd.

³² [vertrouwelijk].

³³ [vertrouwelijk].

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

93. Dit klemt temeer nu Pilkington reeds vóórdat de door de Raad vastgestelde afstemming zou hebben plaatsgevonden, een energietoeslag heeft aangekondigd en Scheuten in maart 2005 geen generieke prijsverhoging maar een energietoeslag heeft aangekondigd. De Raad heeft, zowel in het Besluit als in haar schriftelijke toelichting en tijdens de mondelinge behandeling, benadrukt dat zij in het feit dat Pilkington aanvankelijk een energietoeslag heeft aangekondigd en vervolgens, na de bijeenkomst van 29 september 2004, alsnog een generieke prijsverhoging, juist een bevestiging ziet van het feit dat de betrokken ondernemingen een prijsverhoging zijn overeengekomen, althans hun marktgedrag onderling hebben afgestemd. Zij verwijst in dat kader naar de verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk].
94. De heer [vertrouwelijk] heeft met betrekking tot de bijeenkomst op 29 september 2004 onder meer het volgende verklaard:
[vertrouwelijk]³⁴
95. De heer [vertrouwelijk], die zich blijkens zijn verklaringen nog maar weinig kon herinneren van de bijeenkomst op 29 september 2004, heeft naar aanleiding van een vraag van de NMa als volgt verklaard:
[vertrouwelijk]
96. Daargelaten de betrouwbaarheid van deze verklaringen en de mate waarin zij kunnen bijdragen aan het bewijs (zie hiervoor) kan daaruit naar de mening van de Adviescommissie hoe dan ook niet worden afgeleid dat afstemming van marktgedrag met de (overige) betrokken ondernemingen voor Pilkington aanleiding is geweest om haar energietoeslag alsnog te vervangen door een procentuele prijsverhoging. Weliswaar verklaren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] dat zij niet blij waren met de door Pilkington aangekondigde energietoeslag, maar zij stellen niet dat zij Pilkington hebben verzocht of onder druk gezet om alsnog een procentuele prijsverhoging toe te passen, noch dat Pilkington dit eigener beweging toegezegd heeft. Uit de verklaring van [vertrouwelijk] volgt juist veeleer dat de overige betrokken ondernemingen zich zouden hebben neergelegd bij de energietoeslag voor zover die al was doorgevoerd.
97. Pilkington heeft, met stukken onderbouwd, aangevoerd dat de reden dat zij de energietoeslag heeft vervangen door een generieke prijsverhoging niet is gelegen in de door de Raad vastgestelde afspraak / afstemming, maar in een technisch (software)probleem bij de invoering van de energietoeslag. De Raad heeft daarop in haar schriftelijke toelichting geantwoord dat het feit dat de "omzetting" van energietoeslag naar prijsverhoging wellicht mede werd veroorzaakt door het bedoelde technische probleem er niet aan afdoet dat die omzetting duidt op betrokkenheid van Pilkington bij de gemaakte afspraak. De Adviescommissie adviseert de Raad om, indien zij dit standpunt handhaaft, dat nader te motiveren.
98. Daartoe is naar het oordeel van de Adviescommissie te meer aanleiding nu de Raad de door Scheuten in maart 2005 doorgevoerde energietoeslag juist als de facto implementatie van de vastgestelde afspraak/afstemming beschouwt. De Adviescommissie acht die redenering in tegenspraak met de redenering dat uit het "omzetten" van de energietoeslag in een generieke prijsverhoging door Pilkington de vastgestelde afspraak / afstemming blijkt omdat een energietoeslag in strijd zou zijn met hetgeen de betrokken ondernemingen op 18 mei 2004 hadden afgesproken / afgestemd. De Raad heeft tijdens de mondelinge behandeling uiteengezet dat zij deze onverenigbaarheid niet ziet, aangezien het geen teken van distantiëring is als men een prijsverhoging in een iets andere vorm doorvoert dan is afgesproken, zoals Scheuten heeft gedaan, en aangezien daaruit niet volgt dat Scheuten niet betrokken

³⁴ [vertrouwelijk].

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

is geweest bij afstemming. Ook heeft de Raad aangevoerd dat Scheuten zich door de door de afstemming geboden "comfort" vrij heeft gevoeld haar prijs te verhogen, in welke vorm dat ook gebeurd is. Naar het oordeel van de Adviescommissie is het echter van tweeën één: ofwel was een energietoeslag duidelijk in strijd met wat de betrokken ondernemingen waren overeengekomen / hadden afgesteld (zoals de Raad stelt ten aanzien van Pilkington), ófwel was een energietoeslag een uitwerking van die afspraken / afstemming (zoals de Raad stelt ten aanzien van Scheuten). Nu beide uitgangspunten door bezwaarden gemotiveerd zijn betwist (het eerste door Pilkington, het tweede door Scheuten) zou de Raad naar het oordeel van de Adviescommissie een (onderbouwde) keuze dienen te maken voor één van beide standpunten, met de bijkomende consequenties voor de beoordeling van de feiten en de bewijsmiddelen.

99. In dat verband merkt de Adviescommissie nog op dat zij in de eerste plaats niet zozeer van belang acht of de door Scheuten doorgevoerde energietoeslag als distantiëring van de vastgestelde afspraken/afstemming kan worden gezien maar of de bekendmaking van deze toeslag door Scheuten bijdraagt aan het bewijs dat überhaupt afstemming heeft plaatsgevonden, zoals in het Besluit tot uitgangspunt wordt genomen.

Conclusie met betrekking tot het bewijs inzake afgesproken/afgestemde prijsverhogingen

100. Het voorgaande leidt tot de conclusie de naar het oordeel van de Adviescommissie de beschikbare bewijsmiddelen, ook in onderling verband beschouwd, de bewezenverklaring als vervat in het besluit niet kunnen dragen. Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat de Raad niet het vereiste nauwkeurige en onderling overeenstemmende bewijs heeft aangedragen dat steun biedt aan de vaste overtuiging dat (ook) Scheuten en Pilkington betrokken zijn geweest bij een overeenkomst tot verhoging van de brutoprijzen voor isolerend dubbelglas met 10-12% in twee stappen in 2004 en 2005, althans bij een onderling afgestemde gedraging van die strekking. De Adviescommissie adviseert de Raad dan ook het bezwaar op dit punt gegrond te verklaren.
101. Ten overvloede merkt de Adviescommissie nog op dat Scheuten gemotiveerd heeft betwist dat de door haar in april 2004 aangekondigde energietoeslag heeft geleid tot een prijsverhoging van – afgerond – 5,4%, zoals de Raad in het Besluit heeft geconcludeerd op basis van een door Scheuten verstrekt lijstje van afnemers en aan hen berekende prijzen. De Raad heeft naar aanleiding daarvan in haar schriftelijke toelichting opgemerkt dat Scheuten in elk geval bij één van haar afnemers in het najaar van 2005 een prijsverhoging van 5,4% heeft doorgevoerd. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Raad daaraan toegevoegd dat, wanneer de afnemers aan wie geen energietoeslag is berekend buiten beschouwing worden gelaten en de bedragen berekend aan de overige in het lijstje van Scheuten genoemde afnemers steeds middelt, men uitkomt op een prijsverhoging van tussen de 5 en 7%. De Adviescommissie acht deze onderbouwing van de stelling dat Scheuten door het doorvoeren van de energietoeslag uitvoering heeft gegeven aan de afspraken / afstemming als in het Besluit vastgesteld, mede gelet op hetgeen Scheuten daartegen ook tijdens de mondelinge behandeling heeft aangevoerd, niet voldoende. De wijze waarop de energietoeslag volgens het door Scheuten aan de NMa verstrekte lijstje is toegepast zou naar het oordeel van de Adviescommissie slechts kunnen bijdragen aan het bewijs van de gestelde afstemming van marktgedrag indien de prijsverhoging als gevolg van de energietoeslag gemiddeld (dat wil zeggen gerekend over alle klanten) tussen de 5 en 7% zou hebben bedragen. Scheuten heeft onderbouwd aangevoerd dat de gemiddelde verhoging veel lager is. Aan een constatering dat bij één afnemer een prijsverhoging van 5,4% is

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

doorgevoerd of dat bij een (selectief gekozen) deelgroep van klanten een dergelijke prijsverhoging is doorgevoerd kan naar mening van de Adviescommissie geen bewijskracht of betekenis worden toegekend. De Adviescommissie adviseert daarom, voor het geval de Raad mocht besluiten het bovenstaande advies tot gegrondverklaring van het bezwaar aangaande het bewijs niet te volgen, (met name ook) op dit punt haar besluit nader te motiveren.

Overeenkomst inzake minimumprijzen voor isolerend dubbelglas

102. De Raad heeft in het Besluit vastgesteld dat de betrokken ondernemingen tijdens de bijeenkomsten van 18 mei en 29 september 2004 (behalve over prijsverhogingen ook) hebben gesproken over minimumprijzen voor verschillende isolerend-dubbelglasproducten, en dat zij tijdens de bijeenkomst van 29 september 2004 informatie hebben uitgewisseld over gewenste minimumprijzen en ook daadwerkelijk minimumprijzen hebben vastgesteld.
103. De Raad baseert deze vaststelling met name op verklaringen van de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] en op een tweetal prijslijsten, waarvan er één [vertrouwelijk] en één is gevonden tijdens een bedrijfsbezoek bij Pilkington.
104. De Adviescommissie stelt bij de beoordeling van de hiervoor weergegeven bezwaren van partijen aangaande het bewijs op dit punt voorop, dat met betrekking tot het gebruik en de betrouwbaarheid van de verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] ook met betrekking tot dit onderdeel van de vastgestelde overtreding geldt dat deze verklaringen niet als enig bewijs van de overtreding kunnen dienen, en dat gelet op de door de NMa gehanteerde ondervragingsmethode beide verklaringen als minder betrouwbaar dienen te worden beschouwd. Daaruit volgt dat hetgeen de Raad in deze verklaringen als bewijs voor dit onderdeel van de inbreuk heeft aangemerkt naar het oordeel van de Adviescommissie een precieze en nadrukkelijke bevestiging door andere bewijsmiddelen behoeft, wil de overtreding als bewezen kunnen worden aangemerkt.
105. Met betrekking tot de bewijswaarde van de verklaringen van [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] merkt de Adviescommissie voorts het volgende op. Hoewel zowel [vertrouwelijk] als [vertrouwelijk] heeft verklaard dat er tijdens de bijeenkomst op 18 mei 2004 over minimumprijzen is gesproken kan, zoals hiervoor reeds opgemerkt, aan de hand van de in het dossier aanwezige bewijsmiddelen niet met zekerheid worden vastgesteld dat dit in aanwezigheid van de vertegenwoordigers van bezwaarden ([vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]) is gebeurd.
106. Met betrekking tot de bijeenkomst van 29 september 2004 heeft [vertrouwelijk] weliswaar verklaard dat bij die gelegenheid door de betrokken ondernemingen minimumprijzen zijn vastgesteld en door ieder van de aanwezigen voor zich zijn genoteerd aan de hand van een door [vertrouwelijk] opgestelde lijst van voorgestelde minimumprijzen,³⁵ maar [vertrouwelijk] heeft niet eigener beweging verklaard dat dit op 29 september 2004 is gebeurd. Hij heeft, naar aanleiding van de door de NMa gestelde vraag of er op 29 september 2004 is gesproken over minimumprijzen, verklaard dat hij zich dat niet kan herinneren. Vervolgens heeft hij, naar aanleiding van de vraag of hij stukken had klaarliggen voor de betreffende bijeenkomst, verklaard:

³⁵ [vertrouwelijk].

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

[vertrouwelijk]³⁶ Daar waar [vertrouwelijk] bevestigt dat op 29 september 2004 minimumprijzen voor dubbelglas zijn vastgesteld doet hij dat naar aanleiding van (naar het oordeel van de Adviescommissie als sturend aan te merken) stellingen die hem worden voorgelegd door de verhorende ambtenaren, terwijl hij op andere momenten juist aangeeft niet meer te weten wanneer dit is gebeurd.³⁷

107. Uit de overige in het besluit geciteerde verklaringen (van de heer [vertrouwelijk] van Scheuten en de heer [vertrouwelijk] van Pilkington) kan naar het oordeel van de Adviescommissie niet worden afgeleid dat (onder meer) Scheuten en Pilkington gedurende de boeteperiode met hun concurrenten Saint-Gobain en AGC hebben gesproken over minimumprijzen. Die verklaringen zijn daarvoor te algemeen en refereren niet aan een specifieke datum of periode.
108. Voorts neemt de Adviescommissie in aanmerking dat bij Scheuten geen lijst met minimumprijzen is aangetroffen. Ten aanzien van Scheuten is er dus geen schriftelijk bewijs dat zij betrokken is geweest bij het overeenkomen, dan wel onderling afstemmen van minimumprijzen. De bij Pilkington aangetroffen prijslijst en de [vertrouwelijk] prijslijst kunnen niet bijdragen aan het tegen Scheuten te leveren bewijs, nu daarin op geen enkele wijze aan Scheuten wordt gerefereerd.
109. Met betrekking tot de bij Pilkington aangetroffen prijslijst,³⁸ merkt de Adviescommissie allereerst op dat deze lijst op zichzelf beschouwd geen bewijs oplevert van de gestelde inbreuk door Pilkington. Dat een onderneming (intern) een lijst van minimumprijzen hanteert voor haar verkopen aan klanten komt de Adviescommissie noch ongebruikelijk, noch mededingingsrechtelijk ontoelaatbaar voor. Het gaat er om of uit deze lijst (of uit een ander tot het dossier behorend bewijsmiddel) met de vereiste zekerheid kan worden opgemaakt dat de in de lijst genoemde minimumprijzen de uitkomst zijn van een verboden afstemming van marktgedrag met (één of meerdere van) andere betrokken ondernemingen. Daarvan is naar het oordeel van de Adviescommissie geen sprake. Het volgende is daartoe van belang.
110. Op de lijst van Pilkington staan totaal vijftien dubbelglasproducten vermeld; op de lijst van [vertrouwelijk] achttien. Van de prijzen die achter de producten op beide lijsten staan vermeld komen er slechts vier overeen. De Raad heeft erop gewezen dat het prijsverschil voor zes andere producten maximaal € 0,50 bedraagt en wijt het verschil tussen de op de beide lijsten vermelde prijzen aan het feit dat, zoals [vertrouwelijk] heeft verklaard, de op de bijeenkomst van 29 september 2004 aanwezige vertegenwoordigers ieder zelf de overeengekomen minimumprijzen zouden hebben genoteerd, waardoor de lijsten kunnen afwijken. De Adviescommissie is van oordeel dat, hoewel niet onmogelijk is dat het verschil tussen de beide lijsten wellicht ook daardoor kan worden verklaard, het verschil tussen de beide lijsten dermate aanzienlijk is dat niet met de vereiste mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat zij beide de uitkomst zijn van verboden afstemming tussen de betrokken ondernemingen. Dit klemmt temeer nu op de lijst van Pilkington een andere ingangsdatum vermeld staat ("*1 okt. The above prices are minimum*") dan op de lijst van [vertrouwelijk] ("*Nieuwe bodemprijzen per 15 november 2004*"), terwijl de lijst van Pilkington geen jaartal vermeldt.
111. Nu de beide prijslijsten (ook) overigens geen aanwijzingen bevatten voor het bestaan van een daaraan ten grondslag liggende afspraak of afstemming tussen de betrokken ondernemingen leveren zij naar het oordeel van de Adviescommissie niet de vereiste

³⁶ [vertrouwelijk].

³⁷ [vertrouwelijk].

³⁸ Achter verklaring [vertrouwelijk] d.d. 11 maart 2009, prismanr. 5965_5/39.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

uitdrukkelijke en nauwkeurige bevestiging op van hetgeen [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] in het kader van de clementieverzoeken hebben verklaard.

112. Aangezien in het Besluit niet gesteld wordt dat door de betrokken ondernemingen afgestemde minimumprijzen door bezwaarders in de praktijk zouden zijn toegepast, behoeft het daarop ziende bezwaar van Scheuten geen bespreking.
113. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de Adviescommissie ook met betrekking tot de door de Raad vastgestelde overtreding bestaande uit het overeenkomen dan wel afstemmen van minimumprijzen (mede) door de bezwaarders niet het vereiste nauwkeurige en overeenstemmende bewijs aanwezig acht, zodat de Raad wordt geadviseerd het bezwaar (ook) ten aanzien van het bewijs met betrekking tot de minimumprijzen gegrond te verklaren.

Subsidiaire bezwaren aangaande het bewijs

114. Gelet op het hiervoor gegeven advies behoeven de overige (al dan niet subsidiaire) bezwaren van bezwaarders aangaande het bewijs met betrekking tot de prijsverhogingen en de minimumprijzen, voor zover deze in het voorgaande niet zijn beoordeeld, naar het oordeel van de Adviescommissie geen bespreking meer.

Beoordeling van de overige (subsidiaire) bezwaren

115. Hoewel de subsidiair aangevoerde bezwaren met betrekking tot de toerekening van de overtreding en met betrekking tot de (hoogte van de) boete in het door de Raad te nemen besluit op bezwaar niet aan de orde hoeven te komen indien de Raad zou besluiten het bovenstaande advies met betrekking tot het bewijs te volgen – er zou dan immers geen overtreding van artikel 6, lid 1 Mw en artikel 101, lid 1 VWEU (meer) worden vastgesteld – zal de Adviescommissie met het oog op het eventuele niet volgen van dat advies ook de (meer) subsidiair aangevoerde bezwaren beoordelen.

Onderdeel C – bezwaren tegen de (hoogte van de) boete

Toerekening van de boete

116. Pilkington stelt dat de Raad de overtreding ten onrechte heeft toegerekend aan de moeder- en "grootmoeder"maatschappij van Pilkington Benelux, Pilkington International Holdings B.V. ("PIH") en Pilkington Nederland (No.3) B.V. ("PN3"), zonder enig onderzoek te doen naar de feitelijke verhouding tussen deze vennootschappen. Pilkington stelt dat de Raad op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel wel gehouden was dergelijk onderzoek te verrichten ondanks het weerlegbare vermoeden dat feitelijke invloed is uitgeoefend. PIH en PN3 hebben in de periode van de gestelde overtreding feitelijk geen invloed uitgeoefend op de ondernemingsstrategie en het beleid van Pilkington Benelux. De organisatorische, economische en juridische banden tussen PIH en PN3 enerzijds en Pilkington Benelux zijn dermate beperkt dat Pilkington Benelux geen onderdeel is van dezelfde economische eenheid als PIH en PN3, aldus Pilkington.
117. Inmiddels hebben overigens zowel Pilkington als de Raad erop gewezen dat PIH en PN3 na de datum van het Besluit zijn gefuseerd, waardoor PN3 is opgehouden te bestaan.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

Beoordeling

118. Bij de beoordeling van dit bezwaar stelt de Adviescommissie voorop dat, anders dan door Pilkington bepleit, de NMa in geval van (een) 100% dochtermaatschappij(en) van de onderneming die een overtreding heeft begaan in het kader van de toerekening geen ambtshalve onderzoek hoeft te verrichten naar de feitelijke verhoudingen tussen de betrokken onderneming en haar moedermaatschappij(en). Dit volgt uit de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarin is bepaald dat indien een moedermaatschappij 100 % van het kapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming die een inbreuk op de communautaire mededingingsregels heeft gepleegd, de moedermaatschappij beslissende invloed kan uitoefenen op het gedrag van deze dochter, terwijl er in een dergelijk geval tevens een weerlegbaar vermoeden bestaat dat die moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter.³⁹
119. Dat de Raad in het Besluit vaststelde dat PIH en PN3 100% (groot)moedermaatschappijen waren van Pilkington Benelux (hetgeen door Pilkington niet is betwist) volstond derhalve om te kunnen aannemen dat PIH en PN3 daadwerkelijk beslissende invloed uitoefenden op het commerciële beleid van Pilkington Benelux. Het was dan ook aan PIH en PN3 om dit vermoeden van daadwerkelijke beïnvloeding te weerleggen door – deugdelijk onderbouwd –aan te voeren dat van een daadwerkelijke beslissende invloed geen sprake was. Dat hebben zij in de procedure voorafgaand aan het Besluit niet gedaan, zodat de Raad kon volstaan met hetgeen zij in het Besluit met betrekking tot de toerekening aan PIH en PN3 heeft overwogen – waarin de Adviescommissie anders dan Pilkington wel degelijk leest dat volgens de Raad uitgaat van het hiervoor bedoelde weerlegbare vermoeden. Naar het oordeel van de Adviescommissie lijdt het Besluit op dit punt dan ook niet aan een motiveringsgebrek.
120. Nu Pilkington in haar bezwaarschrift evenwel feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit naar haar mening volgt dat van een daadwerkelijke feitelijke beïnvloeding van het commerciële beleid van Pilkington Benelux door PIH en PN3 geen sprake was, dient de Raad naar oordeel van de Adviescommissie in haar besluit op bezwaar de door Pilkington aangevoerde argumenten en overgelegde (bewijs)stukken alsnog te beoordelen.⁴⁰
121. In dat kader wijst de Adviescommissie er op dat naar haar oordeel – mede gelet op de uit artikel 6 EVRM voortvloeiende presumptie van onschuld – niet mag worden gevergd dat een bewijsvermoeden zoals het onderhavige wordt weerlegd met onomstotelijk bewijs; vereist is slechts dat het vermoeden door hetgeen door Pilkington is aangedragen wordt ontkracht.⁴¹
122. Bij de beoordeling of Pilkington Benelux ten opzichte van PIH en PN3 autonoom haar marktgedrag heeft bepaald dient bovendien rekening te worden gehouden met alle

³⁹ Onder meer HvJ 10 september 2009 in zk C-97/08 *AKZO Nobel c.s. / Commissie*, rov. 60-62 en aldaar genoemde jurisprudentie en HvJ 29 september 2011 in zk C-521/09 *Elf Aquitaine SA / Commissie*, rov. 55-60.

⁴⁰ Nu zij op grond van artikel 7:11 Awb naar aanleiding van het bezwaar van Pilkington tot een heroverweging van het bestreden besluit gehouden is.

⁴¹ Vgl. CBb 12 augustus 2010, LJN BN3895 *Mobiele operators*, rov.7.5.2; weliswaar gaat het in die uitspraak over een bewijsvermoeden met betrekking tot de invloed van afstemming op marktgedrag, maar hetgeen het CBb in dat kader heeft overwogen gaat naar mening van de Adviescommissie evenzeer op voor het onderhavige bewijsvermoeden.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

relevante factoren betreffende de economische, organisatorische en juridische banden tussen Pilkington en de genoemde (gewezen) moedermaatschappijen.⁴²

123. Voorts wenst de Adviescommissie te benadrukken dat het aan de Raad is om naar aanleiding van hetgeen door Pilkington is aangevoerd eventueel nader onderzoek te doen naar de feitelijke beïnvloeding van Pilkington Benelux door haar (gewezen) moedermaatschappijen, voor zover zij twijfelt aan de juistheid van hetgeen Pilkington daaromtrent heeft gesteld. De Adviescommissie kan dan ook in zoverre geen eendoordeel geven omtrent hetgeen door Pilkington concreet is aangevoerd, maar beperkt zich ertoe de Raad te adviseren in het besluit op bezwaar de door Pilkington in randnr. 220-225 van het (aanvullend) bezwaarschrift en randnr. 57 van haar pleitnota genoemde gegevens – op zijn minst – te bespreken en beoordelen.

Hoogte en berekening van de boete

124. Scheuten en Pilkington hebben beide (subsidiair) bezwaar gemaakt tegen de hoogte en berekening van de boete. Zij stellen dat die op grond van onjuiste uitgangspunten is berekend en disproportioneel is. Dit bezwaar valt uiteen in de volgende onderdelen.
125. Volgens Scheuten is de Raad uitgegaan van een onjuist aanvangstijdstip én een onjuist eindtijdstip van de overtreding.
126. Zowel Scheuten als Pilkington stellen dat de ernstfactor door de Raad te hoog is vastgesteld. De ernst van de overtreding hangt af van de invloed die met de overtreding kan worden uitgeoefend op de structuur van de markt. Het is onaannemelijk dat de gestelde overtreding enig effect op de markt zou hebben gehad, gelet op de beperkte duur en frequentie van de afstemming, het feit dat de beweerde prijsafspraken niet waren gesplitst over de verschillende isolerend dubbelglasproducten en dat er geen afstemming was over de brutoprijs. De beweerde afspraken hebben de onzekerheid tussen de betrokken ondernemingen over elkaanders marktgedrag niet weggenomen. De beweringen van de NMa dat de afspraken potentiële schade aan afnemers en maatschappelijke schade hebben veroorzaakt zijn niet onderbouwd. Dat de betrokken ondernemingen over een sterke marktpositie beschikten heeft de NMa onvoldoende onderbouwd nu zij geen onderzoek heeft gedaan naar de relevante markt. Gelet op het voorgaande kwalificeert de beweerde overtreding niet als “zeer zwaar” maar als “zwaar”, althans had de NMa de laagste ernstfactor voor een zeer zware overtreding moeten hanteren, aldus bezwaarden.
127. Bezwaarden stellen voorts beide dat de Raad ten onrechte geen rekening heeft gehouden met boeteverlagende factoren. Die houden volgens Scheuten wat haar betreft in dat de (beweerde) rol van Scheuten beperkt en passief was en dat zij de overtreding eigener beweging heeft beëindigd ruim vóórdát het onderzoek van de NMa bij haar bekend werd. De NMa had gelet daarop slechts een symbolische boete mogen opleggen. In verband met de inspanningen en kosten voor Scheuten die gemoeid waren met de verificatie van de door de NMa gevraagde omzetcijfers door een externe accountant heeft zij recht op een boeteverlaging van ten minste 2%, aldus Scheuten. Pilkington voert als boeteverlagende omstandigheden aan haar beperkte rol en haar inspanningen voor de verificatie van de betrokken omzet, die een boeteverlaging van ten minste 2% rechtvaardigen.
128. Volgens Pilkington heeft de Raad de met de “project business” behaalde omzet van Pilkington ten onrechte meegenomen in de berekening van de betrokken omzet.

⁴² Vgl. GvEA 16 juni 2011 in zkr T-185/06 *L'air liquide / Commissie*, rov. 25.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

129. Voorts heeft de Raad volgens Pilkington haar betrokken omzet verkeerd geschat en is hij zonder enige onderbouwing afgeweken van de door Pilkington ingediende omzetcijfers. De discrepanties tussen de door Pilkington bij de NMa ingediende omzetcijfers en de (alsnog) door Ernst&Young geverifieerde betrokken omzet zijn verwaarloosbaar.⁴³
130. Ten slotte heeft Pilkington aangevoerd dat, aangezien de overtreding niet toegerekend kan worden aan PIH en PN3, de door de NMa opgelegde boete het boetemaximum van 10% van de totale omzet van Pilkington Benelux in het boekjaar voorafgaand aan het besluit overschrijdt.

Beoordeling

131. Met betrekking tot het bezwaar van Scheuten dat de Raad van een onjuist aanvangs- en eindmoment van de gestelde overtreding is uitgegaan, volstaat de Adviescommissie ermee op te merken dat gelet op hetgeen hiervoor met betrekking tot het bewijs van de overtreding is overwogen en geadviseerd naar het oordeel van de Adviescommissie het bewijs van een overtreding niet geleverd is, zodat van een begin- en einddatum geen sprake is en dit bezwaar verder geen bespreking behoeft.
132. Ten aanzien van de door de Raad gehanteerde ernstfactor is de Adviescommissie van oordeel dat de kwalificatie "zeer zwaar" en de gehanteerde rekenfactor 2 – er van uitgaande dat de overtreding zou zijn bewezen – (ook) in het licht van hetgeen door bezwaarden is aangevoerd niet als kennelijk onjuist of onredelijk kunnen worden beschouwd. De Raad wordt dan ook geadviseerd om dit bezwaar – indien dit nog aan de orde zou komen – ongegrond te verklaren.
133. Met betrekking tot de boeteverlagende omstandigheden waarop bezwaarden zich beroepen overweegt de Adviescommissie om te beginnen dat uit hetgeen hiervoor met betrekking tot het bewijs is overwogen en geadviseerd volgt dat naar het oordeel van de Adviescommissie niet bewezen kan worden geacht dat bezwaarden überhaupt enige rol hebben gehad bij de in het Besluit vastgestelde inbreuk, zodat op het bezwaar in zoverre niet verder zal worden ingegaan. Wat betreft de gestelde extra inspanningen en kosten van bezwaarden in verband met de verificatie van de betrokken omzet acht de Adviescommissie de bezwaren onvoldoende geadstrueerd en met feiten onderbouwd, zodat zij adviseert die in zoverre ongegrond te verklaren.
134. Met betrekking tot het meenemen van de zogenoemde "project business" bij het berekenen van de betrokken omzet van Pilkington merkt de Adviescommissie om te beginnen op dat de Raad bij het afbakenen van de relevante markt de "project business" niet als aparte relevante markt heeft aangemerkt. Wel heeft de Raad zich op het standpunt gesteld dat de minimumprijzen bij afnemers in het kader van grote projecten de rol speelden die de procentuele prijsverhogingen speelden bij kleinere afnemers met een slechtere onderhandelingspositie. De Raad baseert dit op de verklaring van de heer [vertrouwelijk].⁴⁴ Pilkington heeft tijdens de mondelinge behandeling haar stelling dat de door haar aangekondigde procentuele prijsverhogingen geen betrekking hadden op de project business en de bij haar aangetroffen lijst met minimumprijzen evenmin uitgebreid onderbouwd.

⁴³ Pilkington heeft ter onderbouwing van dit onderdeel van haar bezwaar (alsnog) een verificatie van de omzetcijfers door Ernst&Young overgelegd (bijlage 5 bij aanvullende gronden van bezwaar).

⁴⁴ Als aangehaald in randnr. 73 van de schriftelijke toelichting van de Raad.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

135. Wat betreft de procentuele prijsverhogingen is de Adviescommissie van oordeel dat de Raad – gelet op de verklaring van [vertrouwelijk] waarop de Raad zich expliciet beroept en waaruit volgt dat de aangekondigde procentuele prijsverhogingen nu juist niet zagen op de afnemers in het kader van grote projecten – onvoldoende heeft gemotiveerd dat (ook) met betrekking tot dit onderdeel van de overtreding de in het kader van de project business behaalde omzet tot de betrokken omzet behoort. Indien in het te nemen besluit op bezwaar de overtreding alleen wat betreft de prijsverhogingen en niet wat betreft de minimumprijzen bewezen wordt geacht, zou de in het kader van de project business behaalde omzet naar het oordeel van de Adviescommissie dan ook niet dienen te worden meegenomen bij het berekenen van de betrokken omzet.
136. Indien in het besluit op bezwaar (al dan niet ook) bewezen wordt geacht dat Pilkington betrokken is geweest bij het overeenkomen / afstemmen van minimumprijzen adviseert de Adviescommissie de Raad, gelet op hetgeen door Pilkington op de mondelinge behandeling naar voren is gebracht ten aanzien van onder meer de geringe overlap tussen de in de minimumprijzlijst van Pilkington genoemde glassoorten en de in het kader van een drietal grote projecten geleverde glassoorten,⁴⁵ nader te motiveren waarom de omzet uit de project business in dat verband als betrokken omzet dient te worden beschouwd.
137. Met betrekking tot het bezwaar van Pilkington inhoudende dat de Raad haar betrokken omzet verkeerd heeft geschat en zonder enige onderbouwing is afgeweken van de door Pilkington ingediende omzetcijfers, stelt de Adviescommissie om te beginnen vast dat de Raad onbetwist heeft gesteld dat Pilkington ondanks de haar gegunde termijn van 6 1/2 week (die de Adviescommissie voldoende lang acht) heeft nagelaten de door de NMa verzochte goedkeuringsverklaring van een externe accountant met betrekking tot de door haar verstrekte omzetcijfers over te leggen. De Raad stelt zich op het standpunt dat zij daarom de betrokken omzet door middel van een schatting heeft moeten bepalen. Inmiddels heeft Pilkington evenwel alsnog door accountantskantoor Ernst&Young geverifieerde en goedgekeurde omzetgegevens aan de Raad overgelegd en de Raad heeft in haar schriftelijke toelichting en tijdens de mondelinge behandeling toegezegd deze geverifieerde omzetgegevens bij haar besluitvorming in bezwaar te zullen betrekken. Gelet op die toezegging acht de Adviescommissie het niet opportuun nog nader in te gaan op dit onderdeel van het bezwaar.
138. Met betrekking tot het bezwaar van Pilkington dat – gelet op het feit dat de overtreding niet (mede) kan worden toegerekend aan PIH en PN3 – de opgelegde boete het boetemaximum van 10% van de totale omzet van Pilkington Benelux in het boekjaar voorafgaand aan het besluit overschrijdt, volstaat de Adviescommissie met op te merken dat de vraag of dit bezwaar gegrond is afhangt van de uitkomst van de in bezwaar door de Raad uit te voeren (her)beoordeling op het punt van de toerekening, zoals hiervoor geadviseerd. De Raad heeft immers niet betwist dat, indien de overtreding niet aan PIH en PN3 zou kunnen worden toegerekend, het boetemaximum met de in het Besluit opgelegde boete inderdaad overschreden zou zijn.

⁴⁵ Zie randnrs. 41-48 pleitnota Pilkington.

ADVIES IN ZAAK 5965, PRODUCENTEN ISOLEREND DUBBELGLAS

Advies

139. De Adviescommissie adviseert de Raad in voege als voormeld.

21 februari 2012

mr J.P. Fokker
Voorzitter
namens deze: E. Boerwinkel

mr E. Boerwinkel
Secretaris