

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/205882_OV
Zaaknummer: 14.0409.31.1.01
Datum: 17 februari 2016

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht naar aanleiding van het bezwaar van Juwel Betonbautiele GmbH tegen het besluit van 1 juni 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/202659 tot beboeting van overtredingen van het kartelverbod ex artikel 6 Mededingingswet en artikel 101 Verdrag inzake de werking van de Europese Unie.

Samenvatting van het Besluit

In dit besluit beoordeelt ACM de bezwaren van Juwel tegen het besluit van 1 juni 2015 met het kenmerk ACM/DJZ/2015/202659 en het verzoek van Juwel tot intrekking van de aan Rekers toegekende clementie. De gronden van Juwel hebben betrekking op de vaststelling van het feitencomplex, de wijze van onderzoek, de betrokkenheid van Großraumgaragen, de betrokken omzet, de ernstfactor, de verwijtbaarheid en de boeteverlagende omstandigheden. ACM verklaart de bezwaren ongegrond. ACM handhaaft haar besluit onder aanvulling van motivering en verklaart Juwel niet ontvankelijk voor wat betreft het verzoek tot intrekking.

Inhoudsopgave

1	Inleiding en opbouw van het besluit.....	3
2	Verloop van de procedure.....	4
3	Onbetwiste feiten	5
4	Bezwaargronden	5
5	Zienswijze Rekers	7
6	Beoordeling ACM.....	9
6.1	Feitenvaststelling door ACM.....	9
6.1.1	Feiten die worden betwist.....	9
6.1.2	Conclusie	18
6.2	Wijze van onderzoek	18
6.2.1	Inleiding	18
6.2.2	Proportionaliteit onderzoek.....	19
6.2.3	Bewijs.....	19
6.2.4	Horen directie Juwel en Rekers.....	23
6.2.5	Conclusie	23
6.3	Großraumgaragen.....	24
6.4	Betrokken omzet.....	25
6.5	Dwang	26
6.5.1	Juridisch kader	26
6.5.2	Verwijtbaarheid	27

**Besluit
Openbaar**

6.5.3	Directie wel betrokken	34
6.5.4	Conclusie	34
6.6	Ernstfactor	35
6.6.1	Nakomen van de afspraken	35
6.6.2	Beperking van de concurrentie van derden	38
6.6.3	Ernstfactor (relatief) niet te hoog	38
6.6.4	Conclusie	40
6.7	Boeteverlagende omstandigheden	40
6.8	Conclusie ten aanzien van de gronden van bezwaar	41
6.9	Verzoek tot intrekking clementie	41
6.10	Besluit	43

1. Inleiding en opbouw van het besluit

1. Bij besluit van 1 juni 2015 (hierna: het bestreden besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM)¹ vastgesteld dat Juwel Betonbautiele GmbH (hierna: Juwel) en Rekers Betonwerk GmbH & Co. KG en Rekers Betonwerk GmbH (hierna gezamenlijk: Rekers) in strijd hebben gehandeld met het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 101 van het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Voor deze overtredingen heeft ACM aan Juwel een boete opgelegd van EUR 306.500. ACM heeft op grond van de Clementieregeling aan Rekers naar aanleiding van haar clementieverzoek boete-immuniteit toegekend.² Omdat Juwel zich niet kan vinden in het oordeel van ACM, heeft zij bezwaar gemaakt tegen de opgelegde boete.
2. Juwel en Rekers zijn in Duitsland gevestigde producenten van betonnen prefab garages. Voor de verkoop van betonnen prefab garages maken zij gebruik van vertegenwoordigers in Nederland. Voor Juwel was dit de heer [F] en voor Rekers waren dit de heer [B] en de heer [C]. In het bestreden besluit komt ACM tot de conclusie dat Juwel en Rekers in ieder geval vanaf 18 februari 2010 tot en met 3 juli 2012 op het gebied van de verkoop van prefab betonnen garages in Nederland de markt hebben verdeeld. De twee Duitse ondernemingen bepaalden onderling aan wie van de twee de (potentiële) klant zou worden toebedeeld. Om dit te bewerkstelligen, maakten zij afspraken over de te offreren prijs en/of korting aan de klant. In dat kader hebben de betrokken ondernemingen informatie over offerteaanvragen van (potentiële) klanten op het gebied van prefab betonnen garages uitgewisseld en besproken. De informatie betrof de naam van de klant, het model van de garage (standaard garage of grote garage) en het aantal gewenste garages.
3. Om de afspraken overzichtelijk te houden hebben de betrokken ondernemingen in de eerste periode klantenlijsten bijgehouden en uitgewisseld. Na verloop van tijd wijzigde de werkwijze en werden de contacten tussen de betrokken ondernemingen heimelijker en bondiger. Uit het bestreden besluit blijkt dat Juwel en Rekers om dit te realiseren een groot aantal e-mails (minstens 55 e-mails), sms-berichten (minstens 75 sms-berichten) hebben verzonden.³ Met deze gedragingen werden de (potentiële) klanten tussen de betrokken ondernemingen verdeeld, met als doel om een hogere prijs te realiseren voor een prefab betonnen garage dan in de situatie waarin normale concurrentie zou bestaan. Daarnaast bestond er een gezamenlijk doel om de Nederlandse markt voor de betrokken ondernemingen te behouden en te voorkomen dat concurrerende producenten verder actief zouden kunnen worden in Nederland.

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 2013, nr. 102, (hierna: Instellingswet) in werking getreden. Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit. Op grond van artikel 42, eerste lid, Instellingswet zal het onderhavige besluit door ACM worden genomen. In dit besluit wordt voor de eenduidigheid steeds verwezen naar ACM, ook in de periode voor 1 april 2013.

² Ten tijde van het clementieverzoek: *Stcrt* 2009, nr. 14078, Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ/9146574, tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels.

³ Zie Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 73 en Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p. 29 – 100 en bijlage 11, p. 134 – 188. Zie ook de bijlagen bij VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, dossierstuk 2012203457.

Besluit Openbaar

4. ACM heeft geconstateerd dat de betrokken ondernemingen hebben deelgenomen aan één enkele en complexe voortdurende gedraging die kenmerken vertoont van zowel een overeenkomst als een onderling afgestemde feitelijke gedraging.⁴ De afspraken strekten ertoe de mededinging te beperken en konden de mededinging merkbaar beperken alsmede de tussenstaatse handel beïnvloeden. ACM heeft daarom een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 101 VwEU vastgesteld.
5. Dit besluit heeft de volgende opbouw. Allereerst beschrijft ACM het verloop van de procedure (hoofdstuk 2). Daarna volgen de onbetwiste feiten (hoofdstuk 3). Vervolgens worden de bezwaren van Juwel (hoofdstuk 4) en de zienswijze van Rekers hierop (hoofdstuk 5) weergegeven. Ten slotte volgt de beoordeling van de bezwaren van Juwel en haar verzoek tot intrekking van de clementie categorie A die aan Rekers is toegekend (hoofdstuk 6 en 7).

2. Verloop van de procedure

6. De verloop van de procedure voorafgaand aan het bestreden besluit is weergegeven in de hoofdstuk 1 van het bestreden besluit. Voor het verloop van de procedure tot het bestreden besluit volstaat ACM daarom met een verwijzing naar de hoofdstuk 1 van het bestreden besluit. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het bestreden besluit op 1 juni 2015 is op hoofdlijnen als volgt.
7. Bij faxbericht van 10 juli 2015, dat op 13 juli 2015 ook per brief door ACM is ontvangen, heeft Juwel een pro-forma bezwaarschrift ingediend. Op 14 september 2015 heeft Juwel de gronden van het bezwaar aangevuld.⁵
8. Bij brief van 9 oktober 2015 heeft ACM, gelet op het verzoek van Juwel om het onderzoek te heroverwegen en de toegekende clementie van Rekers in te trekken, Rekers uitgenodigd om deel te nemen aan de procedure.⁶ Van deze gelegenheid heeft Rekers gebruik gemaakt.
9. ACM heeft Juwel en Rekers uitgenodigd voor een hoorzitting om de bezwaren en standpunten mondeling toe te lichten.⁷ Op 10 november 2015 heeft daartoe ten kantore van ACM een hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 6 januari 2016 aan Juwel en Rekers is toegezonden.⁸ Juwel en Rekers zijn in de gelegenheid gesteld te reageren op het hoorzittingsverslag. Van deze gelegenheid heeft Juwel bij e-mailbericht van 12 januari 2016 gebruik gemaakt.⁹

⁴ Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 220.

⁵ Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429.

⁶ Brief d.d. 9 oktober 2016 met onderwerp: *14.0409.31.1.01 Bezwaar Juwel Betonbauteile GmbH*, dossierstuk: 2015205917.

⁷ Brief d.d. 13 oktober 2015 met onderwerp: *14.0409.31.1.01 Uitnodiging hoorzitting inzake het bezwaarschrift van Juwel betonbauteile GmbH*, dossierstuk 2015205967 en brief d.d. 19 oktober 2015 met onderwerp: *14.0409.31.1.01 Uitnodiging hoorzitting inzake het bezwaarschrift van Juwel betonbauteile GmbH*, dossierstuk 2015206105.

⁸ Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953 en Brieven d.d. 6 januari 2016, dossierstukken 2016200065 en 2016200066.

⁹ E-mailbericht d.d. 12 januari 2016 met onderwerp: *14.0409.31.1.01 Opmerkingen verslag hoorzitting inzake het bezwaar [BR-M.FID1031967]*, dossierstuk: 2016300209.

Besluit Openbaar

10. Rekers heeft op 24 november 2015 een zienswijze ingediend,¹⁰ waarop Juwel op 17 december 2015 een reactie heeft gegeven.¹¹

3. Onbetwiste feiten

11. Juwel betwist niet dat haar vertegenwoordiger in de periode van 18 februari 2010 tot en met 24 mei 2012 via e-mail- en SMS-berichten informatie over potentiële klanten en toe te passen kortingen heeft uitgewisseld met de vertegenwoordiger van Rekers ten behoeve van de verkoop van de standaard maat prefab betonnen garages.¹² Daarnaast betwist Juwel niet dat de heer [F] ten tijde van de overtreding in loondienst was bij Juwel en volledig voor rekening van Juwel handelde.¹³
12. Verder staat vast dat er op 18 februari 2010 een bijeenkomst heeft plaatsgevonden op Wasserschloss Wittringen te Gladbeck (hierna: Schloss Wittringen), Duitsland, waarbij vertegenwoordigers van Juwel en Rekers aanwezig waren.¹⁴ Namens de onderneming Rekers waren de heer [A] (salesmanager Rekers) en twee van haar vertegenwoordigers voor de Nederlandse markt aanwezig.¹⁵ Namens de onderneming Juwel waren aanwezig de heer [D] (managing director bij Juwel), de heer [E] (managing director bij Juwel) en de vertegenwoordiger voor de Nederlandse markt.¹⁶
13. ACM zal zich in het navolgende beperken tot de onderdelen en feiten die door Juwel betwist worden. Hiertoe zal ACM eerst een samenvatting geven van de gronden die door Juwel zijn aangevoerd en de zienswijze van Rekers hierop. Vervolgens zal ACM de gronden van bezwaar achtereenvolgens behandelen.

4. Bezwaargronden

14. In haar aanvullend bezwaarschrift¹⁷ heeft Juwel de volgende bezwaargronden aangevoerd, die tijdens de hoorzitting nader zijn toegelicht.¹⁸ Bovendien heeft Juwel naar aanleiding van de zienswijze van Rekers een nadere zienswijze ingebracht.¹⁹
15. ACM zou in de onderzoeksfase het beginsel van hoor en wederhoor hebben geschonden, althans haar onderzoek niet met de vereiste zorgvuldigheid hebben uitgevoerd, althans blijkt

¹⁰ Brief d.d. 24 november 2015, dossierstuk: 2015103093.

¹¹ Brief d.d. 17 december 2015 met onderwerp: *Reactie Juwel op zienswijze Rekers van 24 november 2015 (14.0409.31)*, dossierstuk 2015103297.

¹² Zie Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, par. 4.

¹³ Zie Hoorzittingsverslag Sanctiebesluit, dossierstuk 2014206839, p. 9 en 19.

¹⁴ Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, rnr. 26 en Toezending aangepaste verklaring van de vertegenwoordiger van Juwel van 10-06-2013, dossierstuk 2013203243, p. 4; Reactie op verzoek ondertekening verklaring van de vertegenwoordiger van Juwel, dossierstuk 2012104060, p. 1; Beantwoording aanvullende vragen van 14-11-2012 Juwel, dossierstuk 2012104064, p. 1 -2.

¹⁵ [VERTROUWELIJK]; zie ook de agenda van de vertegenwoordiger van Rekers: Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 5, p. 27; zie verder Toezending aangepast verslag hoorzitting van 2 september 2014, dossierstukken 2015200077 en 2015200075, bijlage 1, p. 6.

¹⁶ Reactie op verzoek ondertekening verklaring van de vertegenwoordiger van Juwel, dossierstuk 2012104060, p.1.

¹⁷ Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429.

¹⁸ Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953.

¹⁹ Brief d.d. 17 december 2015 met onderwerp: *Reactie Juwel op zienswijze Rekers van 24 November 2015*, dossierstuk 2015103297.

Besluit Openbaar

hebben gegeven van vooringenomenheid. Volgens Juwel volgt onder meer dit uit het feit dat ACM tijdens de onderzoeksfase geen verklaringen heeft afgenomen van de leden van de (Duitse) directie van Juwel. Ook zou ACM ten onrechte hebben nagelaten om de directieleden van Rekers te verhoren. En zou ACM niet kritisch genoeg zijn geweest bij de verhoren van de heer [B].

16. Volgens Juwel is ACM volledig op de verklaringen van de clementieverzoeker Rekers afgegaan zonder hierop kritisch door te vragen, terwijl het bewijs uit het dossier voor de gestelde overtreding en de betrokkenheid van Juwel niet sluitend, of zelfs niet bestaand, is. Ook zou ACM volledig zijn afgegaan op de verklaringen van Rekers waar het gaat om de betrokkenheid van de directie van Juwel. Daarbij zou ACM de feiten niet juist hebben vastgesteld. Derhalve zou ACM ten onrechte hebben geconstateerd dat de directie van Juwel betrokken was bij de overtreding. Dit terwijl volgens Juwel uit het bewijsmateriaal nu juist volgt dat haar directie niet betrokken was. Zo stelt Juwel dat alleen de zwartmaakpraktijken, die volgens haar alleen door Rekers werden gebezigd,²⁰ aanleiding hebben gevormd voor de bespreking op 18 februari 2010 in Schloss Witttringen. Op deze bijeenkomst zijn volgens Juwel dan ook geen mededingingsbeperkende afspraken gemaakt. En de verklaringen van Rekers hieromtrent zouden verdraaid en niet betrouwbaar zijn.
17. Ten aanzien van de bespreking van 7 september 2010 betoogt Juwel dat zij niet aanwezig is geweest op deze bijeenkomst. Deze stelling onderbouwt Juwel middels een verklaring van de broer van de heer [D] waaruit een alibi zou blijken. Voor de heer [E] en de heer [F] heeft Juwel geen alibi kunnen reconstrueren. Ook ontkent Juwel dat de quotering van 5:1 zou zijn besproken tussen Juwel en Rekers. ACM zou zich hier ten onrechte alleen hebben gebaseerd op aantekeningen van de heer [A]. Deze zouden niets zeggen over de betrokkenheid van de directie van Juwel.
18. ACM zou voorts geen aandacht hebben besteed aan de marktpraktijken van Rekers die volgens Juwel ongeoorloofd zijn. Hierbij wijst Juwel in het bijzonder op de marktmacht van Rekers in Nederland, het kartelverleden van Rekers in Duitsland, de (economische) dwang die Rekers op (de Nederlandse vertegenwoordiger van) Juwel uitoefende en de rooiprijzen die Rekers volgens Juwel in dat verband hanteerde. In verband met deze (economische) dwang zou de verwijtbaarheid aan de zijde van Juwel ontbreken dan wel verminderd zijn.
19. Volgens Juwel heeft Rekers in dit kader initiatieven genomen die gericht waren op terugtrekking van Juwel uit de Benelux-markt. Hierbij zou Rekers voorstellen hebben gedaan die zouden wijzen op evidente hard core mededingingsbeperkende afspraken. Juwel stelt dat zij deze voorstellen steeds zou hebben geweigerd, hetgeen zou volgen uit het bewijs dat Rekers heeft overlegd.
20. Ter onderbouwing dat Rekers rooiprijzen zou hebben gehanteerd, wijst Juwel op het feit dat Rekers tijdens een verhoor heeft aangegeven dat de kostprijs van een garage tussen de EUR [VERTROUWELIJK] en EUR [VERTROUWELIJK] zou liggen. Dit is exclusief montage en vervoerskosten. In het geval van de klant [VERTROUWELIJK] zou Rekers een prijs hebben geoffreerd van EUR [VERTROUWELIJK]. Op het moment dat Rekers vergelijkbare kosten voor transport en montage zou hanteren als Juwel, dan zou Rekers deze garages

²⁰ Zie brief d.d. 17 december 2015 met onderwerp: *Reactie Juwel op zienswijze Rekers van 24 november 2015 (14.0409.31.1.01)*, dossierstuk 2015103297, p. 4.

Besluit Openbaar

onder de kostprijs hebben aangeboden, hetgeen rooftprijzen zou aantonen volgens Juwel. Hierbij wijst Juwel er bovendien op dat Rekers structureel geen kosten in rekening zou brengen voor vervoer en montage, wat erop zou wijzen dat Rekers structureel onder de kostprijs zou hebben aangeboden. Hiertoe verwijst Juwel naar een tabel met de gemiddelde verkoopprijs die Rekers heeft ingebracht tijdens het verhoor op 23 mei 2013.

21. Ook zou ACM ten onrechte geconcludeerd hebben dat de gestelde overtreding tevens Großraumgaragen betrof, omdat Juwel in 2010 nog geen concurrent maar afnemer van Großraumgaragen zou zijn geweest. Hierdoor is het volgens Juwel niet mogelijk dat er op dit punt mededingingsrechtelijk bezwaarlijke, horizontale afspraken gemaakt zijn. Tijdens de hoorzitting heeft Juwel dit punt verduidelijkt. Hoewel zij de mogelijkheid had om Großraumgaragen bij andere producenten te betrekken, was zij wel van Rekers afhankelijk op het moment dat de garage een bodemplaats moest hebben. Dergelijke garages kon alleen Rekers produceren.
22. Verder stelt Juwel zich op het standpunt dat ACM zou hebben nagelaten om het feit mee te wegen dat de afspraken niet zijn nagekomen. Hiertoe wijst Juwel op het feit dat de heer [F] nepklanten zou hebben ingebracht, dat de 5:1 verhouding nooit is gemonitord en op het feit dat Rekers onjuiste bedragen zou hebben doorgegeven ten aanzien van de klant [VERTROUWELIJK] uit Echt. Dit had volgens Juwel in ieder geval moeten leiden tot een lagere ernstfactor.
23. Juwel stelt daarnaast dat de gestelde afspraken de concurrentie van derden niet merkbaar konden beïnvloeden, omdat de prijsstelling van Rekers voorafgaand aan de gestelde overtreding ervoor zou hebben gezorgd dat andere Duitse producenten de Nederlandse markt niet konden betreden.
24. Ten aanzien van de boetegrondslag merkt Juwel op dat ACM ten onrechte de omzet uit de verkoop van Großraumgaragen en de omzet uit de verkoop van garages in de periode van 25 mei 2012 tot en met 3 juli 2012 bij de betrokken omzet zou hebben betrokken. Hierdoor zou de boetegrondslag te hoog zijn vastgesteld.
25. Tot slot is Juwel van mening dat de boete te hoog is vastgesteld, omdat ACM een excessief hoge ernstfactor zou hebben toegepast. Daarnaast zou ACM ten onrechte het betoog van Juwel om voor boetevermindering in aanmerking te komen, hebben verworpen.

5. Zienswijze Rekers

26. Ten eerste stelt Rekers dat de context van de verboden gedragingen door Juwel op onjuiste wijze is weergegeven. Rekers heeft niet de vooropgezette intentie gehad Juwel uit de markt te drukken. De gebeurtenissen die aan het kartel vooraf zijn gegaan zijn in dit kader van belang.
27. Van een masterplan om Juwel uit de markt te drukken, waarbij Rekers zich bediende van psychische en economische dwang, is volgens Rekers geen sprake. De deelnemers aan het kartel hadden zowel een afzonderlijk als gezamenlijk belang de onderlinge concurrentie te vervangen door gecoördineerd optreden. Juwel, inclusief haar directie, is willens en wetens ingestapt.

Besluit Openbaar

28. Ten tweede staat de betrokkenheid van de directie van Juwel volgens Rekers vast. Daarvoor is volgens Rekers voldoende solide bewijs. Er zijn hierover consistente verklaringen van [B] en [A] en legio mails tussen [B] en [F]. Rekers acht hierbij van belang dat Juwel eerder ingenomen standpunten verlaat op het moment dat zij wordt geconfronteerd met nieuwe feiten. Juwel kiest dan steeds een nieuwe focus. De verklaringen omtrent klant [VERTROUWELIJK] zijn daarnaast onjuist en werpen volgens Rekers licht op de onbetrouwbaarheid van de heer [D]. Ook is de alternatieve uitleg van Juwel omtrent deze klant [VERTROUWELIJK] niet te volgen, daar [VERTROUWELIJK] een van de vele klanten was die [B] en [F] bespraken in het kader van de klantenverdeling en op de lijst stond. Ten slotte geeft Rekers aan dat ook in het geval [F] verwijzingen naar de directie alleen maar deed om zijn communicatie richting [B] meer gewicht te geven er nog voldoende overtuigend bewijs over blijft.
29. Nu de betrokkenheid van de directie van Juwel voldoende is bewezen, sneuvelt volgens Rekers ook het argument van Juwel omtrent de gestelde 'economische en psychische druk'.
30. Ten derde merkt Rekers op dat het bezwaar van Juwel sterk leunt op verklaringen van de heer [F] waarvan Rekers de betrouwbaarheid in twijfel trekt.
31. Rekers stelt dat de sommatiebrief nooit is verstuurd en er geen dwang van uit kan gaan. In het geval deze brief zou zijn verstuurd dan kan daar volgens Rekers nooit druk vanuit zijn gegaan die een acuut en reëel gevaar op markttuitreding tot gevolg zou hebben.
32. Rekers geeft aan dat van systematisch onderbieden geen sprake is geweest en zij slechts incidenteel en in reactie op Juwel (in het geval [VERTROUWELIJK]) een lage prijs heeft geboden. Bij de zinsnede uit de verklaring van [B] waarin hij zegt "puur uit principe" een lage prijs aan te bieden geeft Rekers aan dat de context van belang is. [B] geeft aan dat hij zich een paar specifieke opdrachten kan herinneren waar Juwel extreem laag had geboden. Rekers heeft toen in reactie hierop en gelet op Juwel's zwartmaakpraktijken "puur uit principe" de garages ook voor een lage prijs aangeboden²¹, namelijk voor EUR [VERTROUWELIJK] per garage.²² De stelling dat Rekers de kleinere concurrent puur uit principe onderbiedt is daardoor aantoonbaar onjuist.²³
33. De stelling dat er sprake was van rooftprijzen mist daarnaast feitelijke grondslag, daar de door Juwel daartoe aangehaalde tabel de totale gemiddelde verkoopprijzen zonder montage- en transportkosten betreft.²⁴
34. ACM heeft de feiten die de ongeoorloofde marktpraktijken van Rekers, haar marktmacht in Nederland, haar kartelverleden in Duitsland, de (economische) druk die zij op Juwel uitoefende en de rooftprijzen die duurzaam onder de kostprijs lagen volgens Rekers reeds in haar besluit betrokken, maar de argumenten die Juwel daaromtrent aanvoert gemotiveerd verworpen.

²¹ [VERTROUWELIJK].

²² Juwel heeft bij deze opdracht EUR [VERTROUWELIJK] geboden. Zienwijze Rekers bezwaarfase, dossierstuk 2015103093, bijlage 3: een rekening.

²³ Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, rnr. 4 onder iv en vii.

²⁴ Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, dossierstuk 2015102429, rnr. 77.

Besluit Openbaar

35. Voor het herroepen van het onderzoek bestaat gezien het voorgaande volgens Rekers geen aanleiding. Het dossier is duidelijk en draagt de conclusies van ACM in haar besluit. De notie dat de boete-immuniteit van Rekers moet worden ingetrokken heeft dan ook geen basis. De bezwaren van Juwel moeten volgens Rekers worden verworpen.

6. Beoordeling ACM

36. In dit hoofdstuk gaat ACM in op de bezwaren van Juwel, zoals samengevat weergegeven in hoofdstuk 4 van dit besluit, gericht tegen het bestreden besluit. ACM behandelt achtereenvolgens het feitencomplex (§ 6.1), de wijze van onderzoek (§ 6.2), Großraumgaragen (§ 6.3), de betrokken omzet (§ 6.4), de verwijtbaarheid (§ 6.5), de ernstfactor (§ 6.6) en de boeteverlagende omstandigheden (§6.7).

6.1 Feitenvaststelling door ACM

37. Juwel voert in haar bezwaarschrift aan dat ACM de feiten deels niet juist heeft vastgesteld. Hiertoe voert Juwel in de eerste plaats aan dat ACM haar onderzoek vooringenomen zou hebben uitgevoerd. Daarnaast betwist Juwel een aantal feiten die in het besluit zijn vastgesteld. In het navolgende gaat ACM op deze bezwaargronden in.

6.1.1 Feiten die worden betwist

38. Hoewel Juwel niet betwist dat de vertegenwoordigers van beide ondernemingen informatie hebben gedeeld over klanten en afspraken hebben gemaakt over de te hanteren kortingen, betwist zij delen van de feitenvaststelling die ACM heeft gedaan. ACM zou volgens Juwel ten onrechte hebben geconcludeerd dat de directie van Juwel betrokken was bij de overtreding. Het bewijs dat de clementieverklaring van Rekers ondersteunt en waarop ACM deze conclusie baseert, zou niet de wetenschap van en betrokkenheid bij de overtreding van de directie van Juwel aantonen. Zo zou de "lijst van Herr [D]" door de heer [F] geïntroduceerd zijn om zijn positie ten opzichte van Rekers kracht bij te zetten. Verder ontkent Juwel dat tijdens de bespreking van 18 februari 2010 in het bijzijn van de directie mededingingsbeperkende afspraken zijn gemaakt. Ten aanzien van de tweede bijeenkomst van 7 september 2010 betoogt Juwel dat zij daar niet bij aanwezig is geweest.
39. ACM volgt het betoog van Juwel niet. ACM stelt in dit kader voorop dat, voor zover Juwel hiermee wil stellen dat geen sprake is van een overtreding van het kartelverbod, dit betoog geen doel treft. Immers, uit hoofdstuk 3 volgt dat Juwel niet betwist dat haar vertegenwoordiger in Nederland heeft deelgenomen aan de vastgestelde mededingingsbeperkende gedragingen.
40. Uit de bezwaargrond maakt ACM op dat het hoofdargument van Juwel is dat haar directie niet betrokken was bij de overtreding en dat deze betrokkenheid niet door ACM is aangetoond. De overige argumenten dienen naar het oordeel van ACM ter ondersteuning van deze stelling.
41. Dit leidt echter niet tot een ander oordeel van ACM. Uit vaste jurisprudentie volgt dat geen handelen of zelfs kennis van de vennoten of de voornaamste beheerders van de betrokken

Besluit Openbaar

onderneming vereist is. Het is voldoende dat het handelen is verricht door iemand die gerechtigd is om voor rekening van de onderneming te handelen.²⁵ Ten slotte volgt uit de jurisprudentie dat de directie verantwoordelijk blijft voor haar werknemer.²⁶ Dat is in deze zaak ook het geval. De gedraging is immers “verricht in het kader van de normale bedrijfsvoering van de onderneming”.²⁷ Vast staat dat de heer [F] in Nederland gerechtigd was om uit naam en voor rekening van Juwel te handelen.

42. Hoewel het voor de vaststelling van de overtreding en de toerekening van de overtreding niet noodzakelijk is om de betrokkenheid van de directie vast te stellen, zal ACM de betrokkenheid van de directie van Juwel hieronder nader bezien in het licht van de aangevoerde bezwaren. Deze heroverweging leidt evenwel niet tot een andere conclusie omtrent de feitelijke toedracht zoals hierna in randnummer 58 e.v. zal blijken. Eerst zal ACM hieronder ingaan op de argumenten van Juwel die zich richten op haar betrokkenheid bij de twee bijeenkomsten te Schloss Witttringen. Vervolgens behandelt ACM de overige argumenten waarmee Juwel betoogt dat haar directie niet bij de overtreding betrokken was.

Bijeenkomst 18 februari 2010

43. Juwel stelt dat ACM ten onrechte zou hebben geconcludeerd dat de mededingingsbeperkende afspraken tijdens de bijeenkomst van 18 februari 2010 zijn gemaakt. Hiertoe voert Juwel onder meer aan dat de bespreking heeft plaatsgevonden in een openbaar restaurantgedeelte en dat daar geen onoorbare onderwerpen zijn besproken. Zoals reeds naar voren is gekomen in hoofdstuk 3 wordt niet betwist dat op 18 februari 2010 een bijeenkomst tussen Juwel en Rekers is geweest,²⁸ waarbij de heer [A], de heer [D], de heer [E], de heer [B], de heer [C] en de heer [F] aanwezig waren.²⁹ Volgens Juwel ging deze bespreking echter uitsluitend over de animositeit die tussen de vertegenwoordigers in Nederland was ontstaan.
44. Zoals ACM in het bestreden besluit heeft vastgesteld, verhevigde de concurrentie op de Nederlandse markt tussen Juwel en Rekers in de loop van 2008. Ook zijn beide ondernemingen zich in deze tijd negatief ten opzichte van (potentiële) klanten gaan uiten. Juwel verspreidde hiertoe bij potentiële klanten van prefab betonnen garages folders waarin negatieve publiciteit werd gemaakt over de producten van Rekers.³⁰ Tijdens de hoorzitting op 10 november 2015 heeft dhr. [F] nogmaals erkend dat hij deze folders verspreidde.³¹ Ook zou de vertegenwoordiger van Rekers op zijn beurt in zijn contacten met (potentiële) klanten

²⁵ Conclusie AG 3 december 2015, Zaak C-542-14 (VM Remonts” SIA-Konkurences padome), nr. 44 waarbij verwezen naar (*Musique Diffusion française e.a./Commissie*), 100/80–103/80, EU:C:1983:158, punt 97.

²⁶ Conclusie AG 3 december 2015, Zaak C-542-14 (VM Remonts” SIA-Konkurences padome), nr. 44 waarbij verwezen naar (*Musique Diffusion française e.a./Commissie*), 100/80–103/80, EU:C:1983:158, punt 97. Zie ook ECLI:NL:CBB:2014:118 (*Boomkwekerijen*) par. 4.7.3.

²⁷ ECLI:NL:CBB:2014:118 (*Boomkwekerijen*) par. 4.7.3.

²⁸ Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, nr. 26 en Toezending aangepaste verklaring van de vertegenwoordiger van Juwel van 10-06-2013, dossierstuk 2013203243, p. 4; Reactie op verzoek ondertekening verklaring van de vertegenwoordiger van Juwel, dossierstuk 2012104060, p. 1; Beantwoording aanvullende vragen van 14-11-2012 Juwel, dossierstuk 2012104064, p. 1 -2.

²⁹ [VERTROUWELIJK]; zie ook de agenda van de vertegenwoordiger van Rekers: Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 5, p. 27; zie verder Toezending aangepast verslag hoorzitting van 2 september 2014, dossierstukken 2015200077 en 2015200075, bijlage 1, p. 6; Reactie op verzoek ondertekening verklaring van de vertegenwoordiger van Juwel, dossierstuk 2012104060, p.1.

³⁰ [VERTROUWELIJK]; zie ook [VERTROUWELIJK].

³¹ Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 21.

Besluit Openbaar

negatieve uitlatingen hebben gedaan over Juwel.³² Dit heeft geleid tot animositeit tussen de Nederlandse vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen. Om deze animositeit op te lossen zijn Juwel en Rekers met elkaar in contact getreden. Dit gebeurde eerst op het niveau van de vertegenwoordigers en toen dit niet hielp op het niveau van de directie.³³ Tijdens deze contacten zijn door de twee ondernemingen drie scenario's besproken:³⁴

- Optie één was om een gezamenlijk verkoopkantoor op te starten voor Nederland.
- Optie twee was dat Rekers de vertegenwoordiger van Juwel in dienst zou nemen en Juwel een vergoeding zou geven om de verkoop in Nederland te staken. Dit zouden de betrokken ondernemingen in de praktijk brengen door het opkopen van de garages van Juwel die bestemd waren voor Nederland door Rekers.
- Optie drie was om een quotasysteem op te stellen dat als basis moest dienen voor een verdeling van de verkoop in Nederland tussen Juwel en Rekers aan de hand van een vastgestelde ratio.

45. Uit de verklaringen van zowel Rekers als Juwel volgt weliswaar dat de animositeit tussen beide vertegenwoordigers de aanleiding vormde om op directieniveau in contact te treden. Dit betekent echter niet dat er op die bijeenkomst uitsluitend is gesproken over deze animositeit. Immers, uit de e-mailberichten die op deze bijeenkomst volgden, blijkt juist dat tijdens de bijeenkomst op 18 februari 2010 en/of in de periode voorafgaand aan deze bespreking³⁵ mededingingsbeperkende afspraken zijn besproken en gemaakt. Zoals ACM in het bestreden besluit heeft uiteengezet, bevat het dossier hiervoor voldoende bewijs.³⁶ Bovendien volgt uit het bewijs dat de vertegenwoordigers sinds de bijeenkomst van 18 februari 2010 conform de afspraken zijn gaan handelen. Zo verwijzen zowel de vertegenwoordiger van Rekers als die van Juwel op 19 februari 2010 naar de bespreking die de dag ervoor heeft plaatsgevonden.³⁷ De vertegenwoordiger van Rekers schrijft op 19 februari 2010 om 9:52 uur:

"Ik hoop dat jij ons gesprek van gistermiddag net zo prettig hebt ervaren als wij en ben blij dat de donkere wolken uit de lucht zijn en we een nieuwe gezamenlijke start kunnen maken.

Alles op basis van openheid, eerlijkheid en vertrouwen. Aan ons zal het niet liggen en aan jullie ook niet ben ik overtuigt!

*Hierbij doe ik je een lijst van actuele en recent uitgebrachte offertes.
Gelieve hier rekening mee houden en indien nodig even een belletje.*

[.....]

³² Reactie op verzoek ondertekening verklaring vertegenwoordiger van Juwel, dossierstuk 2012104060, p. 1-2; Beantwoording aanvullende vragen van 14-11-2012 Juwel, dossierstuk 2012104064, p.1. Zie ook Zienswijze Juwel bezwaarfase, dossierstuk 2015103297, p. 10.

³³ [VERTROUWELIJK].

³⁴ [VERTROUWELIJK]. De aantekeningen van de verkoopdirecteur van Rekers over deze optie, zijn door Rekers overlegd. Zie Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaringen, dossierstuk 2012104043, bijlage 3, p. 18 e.v. Zie in dit kader ook Zienswijze Juwel Sanctiefase, dossierstuk 2014101794, p. 5.

³⁵ Hetgeen Juwel tijdens de hoorzitting van 10 november 2015 heeft bevestigd. Zie Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 4.

³⁶ Zie par. 3.2 van het bestreden besluit, dossierstuk 2015202659.

³⁷ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p. 29 en 32.

Besluit Openbaar

En zoals besproken vanaf heden lijstprijzen minus maximaal 5% korting. Bij projecten van 3 of meer boxen even contact onderling.

'Großraumgaragen' voorlopig voor ons. Wanneer jullie kunnen produceren overleggen we nader betreffende deze modellen.

Ik denk dat het verstandig is en raadzaam om de zoveel tijd (1 keer in de 2, 3 weken) elkaar even te zien (of hier of in Venlo) om eea even door te spreken.³⁸

46. Hierop reageert de vertegenwoordiger van Juwel op dezelfde dag om 19:18 uur:

“Ook ik heb ons gesprek als positief ervaren. Ik hoop dan ook op een goede samenwerking. De hieronder genoemde klant [VERTROUWELIJK] was ons reeds toegezegd via de eerder besproken lijst met de directie.

Ik heb een erg leuk contact met deze man in ons limburgs dialect. De projectieactie is bovendien bijna bij mij voor de deur.

Dit is dan ook de enige waar tot de zomer grote garages aan bod komen voor ons.

Ik zal op de andere mail de genoemde klanten van tekst voorzien.³⁹

47. Noch uit de verklaring van Rekers noch uit eerdere verklaringen van Juwel volgt dat de afspraken op een ander moment zijn gemaakt. Het dossier bevat geen aanwijzingen dat er op 18 februari 2010 een tweede bijeenkomst heeft plaatsgevonden waar de afspraken zouden zijn gemaakt. In het bezwaarschrift brengt Juwel nu echter voor het eerst naar voren dat deze e-mailberichten zouden verwijzen naar een gesprek tussen de vertegenwoordigers tijdens een rookpauze. Hierover heeft Juwel verder tijdens de hoorzitting verklaard dat tijdens die rookpauze niet in detail is getreden of over lijsten is gesproken.⁴⁰
48. ACM acht deze laatste verklaring een onvoldoende ontkrachting van hetgeen ACM in het betreden besluit heeft vastgesteld. De expliciete verwijzingen die staan opgenomen in de e-mailberichten die tussen de beide vertegenwoordigers na 18 februari 2010 zijn uitgewisseld, bekrachtigen dat de bestuurders wel degelijk betrokken waren bij de gemaakte afspraken. Zoals blijkt uit deze e-mailwisseling tussen 19 februari 2010 en 1 maart 2010 zijn er op 18 februari 2010 gedetailleerde afspraken gemaakt. Uit deze e-mailberichten volgt dat de afspraken niet alleen op hoofdlijnen zijn gemaakt⁴¹, maar dat er ook individuele klanten zijn afgestemd op directieniveau⁴² en dat er afspraken zijn gemaakt omtrent de monitoring door de bestuurders in Duitsland van de afgesproken 5:1 verhouding.⁴³
49. Gelet op het voorgaande concludeert ACM dat zij in het bestreden besluit terecht heeft vastgesteld dat de mededingingsbepalende afspraken tijdens de bijeenkomst op 18 februari 2010 op Slot Wittringen en/of voorafgaand aan deze bijeenkomst zijn besproken dan wel bevestigd. Verder staat vast dat de vertegenwoordigers sindsdien conform deze afspraken hebben gehandeld.

³⁸ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p. 29.

³⁹ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p. 32.

⁴⁰ Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 16.

⁴¹ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p. 29.

⁴² Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p. 32, 33 en 34.

⁴³ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p. 34, 37 en 38.

Besluit Openbaar

Bijeenkomst 7 september 2010

50. Ten aanzien van de bijeenkomst van 7 september 2010 stelt Juwel dat zij niet aanwezig is geweest bij deze bijeenkomst. ACM zou ten onrechte geconcludeerd hebben dat deze bijeenkomst heeft plaatsgevonden en dat hier mededingingsbeperkende onderwerpen zijn besproken. Volgens Juwel heeft ACM onvoldoende bewijs geleverd voor deze bijeenkomst en ten onrechte geconstateerd dat de verklaring van de heer [G], de broer van het directielid [D], er niet aan in de weg staat dat er een bijeenkomst heeft plaatsgevonden.
51. ACM volgt Juwel niet in haar betoog. Voordat ACM nader zal ingaan op het bewijs voor haar constatering dat er op 7 september 2010 een bijeenkomst heeft plaatsgevonden, gaat ACM eerst in op de verklaring van de heer [G] die door Juwel in de sanctiefase is overgelegd.⁴⁴ Uit deze verklaring van [G] had ACM volgens Juwel moeten afleiden dat de bijeenkomst niet plaatsgevonden kan hebben. Deze stelling is onjuist. Ten eerste heeft de verklaring van de heer [G] enkel betrekking op de verblijfplaats van de heer [D] zelf en niet op de aanwezigheid van de heer [E] en de heer [F]. In dat kader heeft ACM in het bestreden besluit dan ook terecht vastgesteld dat de verklaring niet weerlegt dat er op 7 september 2010 een bijeenkomst heeft plaatsgevonden tussen Juwel en Rekers. Verder baseert de verklaring zich op de gewoonte dat de heer [D] ieder jaar in het eerste weekend van september op bezoek gaat in Gifhorn. Om die reden zou de heer [D] niet aanwezig kunnen zijn geweest bij de bijeenkomst van 7 september 2010 in slot Wittringen. De verklaring van de heer [G] ziet echter niet specifiek op het jaar 2010. ACM kan niet vaststellen of het bezoek in 2010 heeft plaatsgevonden. Indien dit het geval is geweest kan het bezoek aan Gifhorn anders verlopen zijn of vroeger afgesloten zijn dan voorgaande jaren. ACM acht het dan ook in het licht van het overige bewijsmateriaal waarschijnlijk dat het bezoek aan Gifhorn in 2010 anders is verlopen, vroeger is afgesloten of in het geheel niet heeft plaatsgevonden. Zoals ACM reeds in het bestreden besluit heeft geconstateerd ligt slot Wittringen op de weg van Gifhorn, de woonplaats van de heer [G], naar Kamp-Lintfort. Het is dan ook niet uitgesloten dat de heer [D] aanwezig is geweest op deze bijeenkomst.
52. In het dossier heeft ACM immers voldoende bewijs gevonden die de verklaring van Rekers⁴⁵ en haar vertegenwoordiger⁴⁶ ondersteunen. Hiervoor wijst ACM onder meer naar de agenda⁴⁷ van de vertegenwoordiger van Rekers, waarin “[D] Wittringen” staat vermeld. Bovendien volgt uit de rekening⁴⁸ van de lunch dat er een bijeenkomst tussen Juwel en Rekers op 7 september 2010 op slot Wittringen heeft plaatsgevonden. In het bijzonder blijkt uit de rekening van de lunch op Slot Wittringen dat er zes hoofdgerechten zijn afgerekend.⁴⁹ Volgens de verklaring van Rekers waren dezelfde personen bij dit overleg aanwezig als bij het overleg op 18 februari 2010. Tegenover de clementiefunctionaris van ACM verklaart Rekers hierover:

⁴⁴ Brief d.d. 13 juni 2014 met onderwerp: 14.0409.31 – *Zienswijze Juwel Betonbauteile GmbH*, bijlage 1, dossierstuk 2014101794.

⁴⁵ [VERTROUWELIJK].

⁴⁶ [VERTROUWELIJK].

⁴⁷ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 10, p. 131.

⁴⁸ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 10, p. 132 en 133.

⁴⁹ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 10, p. 132 en 133.

Besluit Openbaar

“[VERTROUWELIJK].”⁵⁰

53. Over deze bijeenkomst verklaart de vertegenwoordiger van Rekers het volgende aan ACM:

“[VERTROUWELIJK].”⁵¹

54. Verder wordt de verklaring van Rekers gesteund door de communicatie tussen de vertegenwoordigers vóór 7 september 2010, waarin zowel de heer [F] als de heer [B] aansturen op een bijeenkomst met de directie.⁵² Het is derhalve onjuist, zoals Juwel stelt, dat ACM zich slechts op de verklaring van Rekers heeft gebaseerd bij het vaststellen dat er op 7 september 2010 een tweede bijeenkomst heeft plaatsgevonden.
55. Gelet op het voorgaande concludeert ACM dat zij in het bestreden besluit terecht heeft vastgesteld dat er op 7 september 2010 op Slot Wittringen een bespreking heeft plaatsgevonden tussen de betrokken ondernemingen waar de gemaakte afspraken zijn besproken.

Klant [VERTROUWELIJK]

56. Ter onderbouwing van haar stelling dat de directie niet betrokken zou zijn bij de mededingingsbepenkende afspraken, geeft Juwel een verklaring voor het feit dat de directies van Juwel en Rekers omstreeks november 2009 wel zou zijn gesproken over de klant [VERTROUWELIJK] te Echt. Vanwege de complexiteit van dit project was Juwel niet in staat om dit project uit te voeren. Hierover zouden de heer [D] en de heer [A] hebben overlegd.⁵³
57. Deze verklaring blijkt echter niet te zien op [VERTROUWELIJK] uit Echt, maar op een ander project⁵⁴ van, zo blijkt uit de zienswijze van Rekers, een andere klant.⁵⁵ Het verwijt van Juwel dat ACM eerder kennis van deze informatie had kunnen nemen indien zij de directie van Juwel had gehoord, gaat hier dan ook niet op. Bovendien bevestigt het betoog van Juwel juist dat de directie van Juwel en Rekers in november 2009 contact hadden met elkaar over concrete klanten op de Nederlandse markt. Hiermee weerspreekt Juwel haar verklaring van 28 november 2012, waarin zij stelt dat zij voor de bijeenkomst van februari 2010 nooit contact zou hebben gehad met Rekers over de Nederlandse markt.⁵⁶

Feitelijke betrokkenheid directie Juwel

58. Hetgeen Juwel in haar bezwaarschrift naar voren heeft gebracht toont naar het oordeel van ACM niet aan dat de directie van Juwel geen weet heeft gehad van de gemaakte afspraken. Vast staat dat de directie van Juwel ervan op de hoogte was dat in de periode voorafgaand aan de bespreking van 18 februari 2010 animositeit heerste tussen de vertegenwoordigers

⁵⁰ [VERTROUWELIJK].

⁵¹ [VERTROUWELIJK].

⁵² Zie onder meer: VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, ID_D_7511_01_Email915 [VERTROUWELIJK]-item-4pdf, dossierstuk 2012203457 en VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, ID_D_7511_01_Email787 RE_ [VERTROUWELIJK]-item-62, dossierstuk 2012203457.

⁵³ Zie Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, dossierstuk 2015102429, nr. 31 e.v..

⁵⁴ Tijdens de hoorzitting is door Juwel aangegeven dat dit een ander project betrof, te weten [VERTROUWELIJK] uit Harlingen. Zie hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 20.

⁵⁵ Zienswijze Rekers bezwaarfase, dossierstuk 2015103093, bijlage 2.

Uit de offerte die Rekers met haar reactie op het bezwaarschrift heeft ingebracht volgt dat de beschrijving van Juwel inderdaad niet over de heer [VERTROUWELIJK] uit Echt ging, nu deze geen gestapelde garages besteld heeft.

⁵⁶ Beantwoording aanvullende vragen d.d. 14-11-2012 Juwel, dossierstuk 2012104064, p. 2.

Besluit Openbaar

van Juwel en Rekers en dat dit leidde tot een hevige concurrentie strijd en negatieve publiciteit over de ander. Tijdens de hoorzitting op 10 november 2015 heeft de directie van Juwel ook verklaard bekend te zijn met de sommatiebrieven die door de vertegenwoordiger van Rekers zijn gestuurd.⁵⁷ Het betoog van Juwel dat haar directie niet feitelijk betrokken zou zijn geweest bij de mededingingsbeperkende afspraken kan naar het oordeel van ACM reeds daarom niet slagen. ACM heeft bovendien in randnummer 41 reeds uiteengezet dat geen handelen of zelfs kennis van de vennoten of de voornaamste beheerders van de betrokken onderneming vereist is om een overtreding aan een onderneming toe te rekenen.

59. Voorts weerspreekt Juwel niet dat Rekers contact heeft gezocht om de situatie op de Nederlandse markt te bespreken en dat Juwel concrete voorstellen heeft ontvangen omde Nederlandse markt over te nemen.⁵⁸ In dit kader heeft Juwel tijdens de hoorzitting van 10 november 2015 verklaard:

“De heren [D] en [E] ... [D] met name ... zeggen: ‘Er is wel degelijk aan ons meerdere keren gesuggereerd: trek je terug van die markt en dan nemen we een aantal garages af. Je ziet ook het aantal van 200 garages ergens genoemd, hier, 200 garages. Dit is een suggestie voor een inkoopprijs. Ik heb het nog aan [D] voorgelegd: ‘Heeft u dit ooit gezien?’ Nederlanden, België. Heeft natuurlijk niks met marktverdeling te maken maar niemand heeft ooit gesteld dat de marktverdeling betrekking zou hebben op België. Dit is een gedachte geweest ... wat zouden wij aan Juwel willen betalen ... zo moet je het denk ik lezen ... als wij hen van de markt zouden drukken en wij zouden bij hen die garages inkopen. Daar past dit bij. Het is een afspraak die nooit gemaakt is. Het is een afspraak die überhaupt nooit verder is gekomen dan ‘Goh, zijn jullie geïnteresseerd?’ [D] heeft gezegd: ‘Uiteraard niet.’”⁵⁹

En:

“De directie van Juwel had teruggekoppeld naar de heer [F] dat Rekers had geventileerd dat zij ervoor voelde om de marktpositie van Juwel op de Nederlandse markt over te nemen, al dan niet onder de toezegging dat de heer [F] eventueel zou kunnen overstappen naar Rekers. Er was een mogelijkheid om dat wel of niet te doen. Het was voor de heer [F] overigens geen aantrekkelijk scenario om in een team te moeten werken met de heer [B].”⁶⁰

60. Dit voorstel heeft de directie van Juwel weliswaar geweigerd,⁶¹ maar zij is wel bereid geweest om de situatie op de Nederlandse markt nader te bespreken op de bijeenkomst van 18 februari 2010. Ook staat vast dat de directie van Juwel en de directie van Rekers concrete klanten op de Nederlandse markt hebben besproken. Uit het e-mailbericht 22 februari 2010 van de vertegenwoordiger van Juwel blijkt zelfs dat er reeds op 12 november 2009 tussen de directieleden van Juwel en Rekers is overlegd over concrete klanten, in dit geval [VERTROUWELIJK] te Echt.⁶² Dit alles is bevestigd in het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting van 10 november 2015, waarbij nog een andere klant wordt aangedragen

⁵⁷ Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 6.

⁵⁸ Zie Verzoek ondertekening verklaring dhr. [F] d.d. 02-10-2012, dossierstuk: 2012203455, p. 20. Dit is door Juwel bevestigd nogmaals tijdens de hoorzitting op 10 november 2015, zie Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 4.

⁵⁹ Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 9.

⁶⁰ Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 6.

⁶¹ Zie Hoorzittingsverslag Sanctiebesluit, dossierstuk 2014206839, p. 11.

⁶² Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, dossierstuk 2012104043, p. 34.

Besluit Openbaar

waarover in de periode voorafgaand aan de afspraken is overlegd tussen de directieleden van Juwel en Rekers.⁶³

61. De stelling van Juwel dat de directie niet op de hoogte was van de gemaakte afspraken wordt voorts weersproken door de e-mailberichten die in de periode na 18 februari 2010 zijn gewisseld tussen de heer [F] en de heer [B]. Beide vertegenwoordigers halen in hun e-mailberichten diverse malen de afspraken met de directies⁶⁴ aan en in deze e-mailcontacten verwijzen de vertegenwoordigers ook direct naar de heer [D]⁶⁵, de heer [E]⁶⁶ en de heer [A]⁶⁷. Zo schrijft de heer [B] op 27 februari 2010 31 juli 2010 aan de heer[F]:

*"Verder nog even belangrijk: voelt goed om open en eerlijk kaart te spelen. Beter dan voorheen! We moeten ook in de gaten houden (zoals tussen onze directies besproken) dat we de quotering van 5:1 aanhouden. Daar waren zij het over eens."*⁶⁸

En op 31 juli 2010:

*"Daar waar jouw meerdere(n) (Dhr. [D]) en de mijne (Dhr. [A]) uiterste voorzichtigheid en discreetheid verlangen/eisen van ons en zelfs voorzichtigheid betrachten per mail, lijkt het me onhandig om klanten te bellen een half uur of daags na een belletje of bezoek."*⁶⁹

62. ACM heeft zich in het bestreden besluit onder meer gebaseerd op verklaringen van zowel de directie als de vertegenwoordiger van Rekers, de directie en de vertegenwoordigers van Juwel en emailberichten die in deze periode zijn gewisseld.⁷⁰ Daarnaast bevat het dossier aantekeningen die de directie van Rekers heeft opgesteld ter voorbereiding op de besprekingen met Juwel⁷¹, de agenda van de vertegenwoordiger van Rekers⁷² en de rekening van de bespreking op 7 september 2010.⁷³ Deze stukken bevestigen het beeld dat de directie van Juwel betrokken was bij de geconstateerde overtreiding.
63. Daarnaast erkent Juwel in haar bezwaarschrift dat zij in de aanloop naar de bijeenkomst op 18 februari 2010 op de hoogte was van de animositeit die heerste op de Nederlandse markt

⁶³ Zie Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, p. 17 en Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p.9, 19-21. Uit de verklaring van Rekers volgt overigens dat deze communicatie betrekking had op derde klant, te weten de heer Janssen uit de gemeente Westland. Zienswijze Rekers, dossierstuk 2015103093, p. 7.

⁶⁴ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 7a, p. 43, 44, 46, 48, 51, 53 en VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, ID_D_7511_01_Email786 RE_[VERTROUWELIJK]-item-60, dossierstuk 2012203457.

⁶⁵ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 7a, p. 44 en VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, ID_D_7511_01_Email915 [VERTROUWELIJK]-item-4pdf, ID_D_7511_01_Email914 [VERTROUWELIJK]-item-3, ID_D_7511_01_Email787 RE_[VERTROUWELIJK]-item-62, dossierstuk 2012203457.

⁶⁶ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 7a, p. 48.

⁶⁷ VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, ID_D_7511_01_Email915 [VERTROUWELIJK]-item-4pdf, ID_D_7511_01_Email914 [VERTROUWELIJK]-item-3, dossierstuk 201220345.

⁶⁸ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p 37.

⁶⁹ VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012,

ID_D_7511_01_Email914 [VERTROUWELIJK]-item-3.

⁷⁰ Zie randnummer 61.

⁷¹ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 3, p. 13 – 25.

⁷² Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 5 en 8, p. 27 en 123 – 131.

⁷³ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 10, p. 132 – 133.

Besluit Openbaar

en ook concrete voorstellen van Rekers heeft gehad over de Nederlandse markt.⁷⁴ Hetgeen ook volgt uit randnummer 44 en 45 van dit besluit.

64. Desondanks ontkent Juwel dat haar directie feitelijk betrokken was bij de afspraken die daadwerkelijk zijn gemaakt. Zij onderbouwt de stelling dat de heer [F] geheel op eigen houtje heeft gehandeld echter niet. Zij stelt alleen dat de verwijzingen naar de directie van Juwel in de e-mailberichten van de heer [F] dienen om zijn positie in de onderhandelingen kracht bij te zetten. Maar ook die uitleg overtuigt niet. Dit betoog komt niet overeen met de gedragingen van de heer [F] en de e-mailberichten die hij gestuurd heeft.
65. Aan de ene kant strookt het betoog van Juwel niet met de stelling van Juwel dat mededingingsbeperkende afspraken binnen haar bedrijf absoluut niet zouden zijn toegestaan en dat de heer [F] zijn baan hiermee op het spel zou hebben gezet.⁷⁵ Dit terwijl nu juist door Juwel wordt aangevoerd dat de heer [F] economische dwang heeft ondervonden en ter bescherming van zijn baan deelgenomen zou hebben aan het kartel. Indien de directie absoluut niet op de hoogte zou mogen worden gesteld van het kartel, dan zou de heer [F] juist afwijzend hebben gereageerd op het voorstel van Rekers om de situatie met klant [VERTROUWELIJK] met de directieleden te bespreken. In het e-mailcontact bevestigt de heer [F] echter dat het wenselijk is om nogmaals met de directieleden om de tafel te gaan zitten.

“Vreemd is echter, dat er desondanks de afspraken weer een klant naar jou gaat.

Wij hebben reeds voor de vakantie over deze kwestie gesproken en ik wil dit graag eens, in aanwezigheid van de leidinggevende bespreken.”⁷⁶

66. Ook valt uit de contacten op te maken dat beide vertegenwoordigers verwijzen naar de afspraken die met de directieleden zijn gemaakt. De vertegenwoordiger van Rekers reageert dan ook niet verbaasd als Juwel op 19 februari 2010⁷⁷ aangeeft dat het project [VERTROUWELIJK] te Echt is toegezegd via de eerder besproken lijst met de directie. De vertegenwoordiger reageert hier op door te stellen dat deze klant bij hem ontbrak op de lijst die hij ontvangen had.⁷⁸ Uit deze reactie valt op te maken dat de heer [B] bekend was met de lijst die op directieniveau besproken is. Dit zou niet het geval kunnen zijn als de bespreking van deze lijst met de directie in het geheel niet heeft plaats gevonden. Tot slot volgt uit de communicatie tussen de vertegenwoordigers niet dat er sprake zou zijn van onderlinge afspraken die niet gedeeld zouden mogen worden met de directie. In tegendeel zelfs, beide vertegenwoordigers verwijzen juist uitdrukkelijk naar de directie.

⁷⁴ Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 6, 21-22 en Zienswijze Juwel bezwaarfase, dossierstuk 2015103297. Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, p. 3- 5.

⁷⁵ Zie o.a. Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, p. 16; Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 22.

⁷⁶ : VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, ID_D_7511_01_Email786_RE_[VERTROUWELIJK]-item-60, dossierstuk 2012203457.

⁷⁷ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p. 32.

⁷⁸ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 6, p. 34.

Besluit Openbaar

6.1.2 Conclusie

67. ACM is van oordeel dat in het betreden besluit terecht is geconstateerd dat door Juwel een overtreding is begaan van artikel 6 Mw en 101 VWEU. Deze vaststelling volgt reeds uit het handelen van haar vertegenwoordiger, los van de feitelijke betrokkenheid van haar directie. ACM heeft verder vastgesteld dat er voorafgaand aan de bespreking op directieniveau voorstellen zijn gedaan om op de Nederlandse markt te opereren en hierbij zijn ook individuele klanten besproken. Voorts staat vast dat beide vertegenwoordigers na de bijeenkomst van 18 februari 2010 conform de afspraken zijn gaan handelen en dat zij hierbij ook expliciet verwijzen naar de bijeenkomst op 18 februari 2010 en de aldaar gemaakte afspraken. Hieruit heeft ACM terecht geconstateerd dat de directieleden van beide ondernemingen actief betrokken waren bij de aanloop naar de afspraken en op de hoogte waren van de gemaakte afspraken. Hierbij merkt ACM overigens nog op dat de betrokken ondernemingen in het bestreden besluit zijn beboet voor de gedragingen tussen 18 februari 2010 en 3 juli 2012; de aanloop en onderhandelingen over de overtreding dienen ertoe het ontstaan en de context van de overtreding te beschrijven. Hetgeen Juwel op dit punt naar voren heeft gebracht is derhalve ongegrond.

6.2 Wijze van onderzoek

6.2.1 Inleiding

68. ACM zou volgens Juwel vooringenomen zijn geweest bij het onderzoek ten gunste van de clementieverzoeker Rekers, wat geresulteerd zou hebben in een ondeugdelijke vaststelling van de feiten. Hoewel dit betoog ogenschijnlijk als een procedureel punt wordt aangevoerd, is het betoog in grote mate verweven met inhoudelijke argumenten. Derhalve behandelt ACM deze bezwaargrond in samenhang met de voorgaande paragraaf.
69. Om haar standpunt te onderbouwen, stelt Juwel dat ACM in het bestreden besluit de verklaringen van Rekers zijn gevolgd zonder dat deze door enig bewijsmiddel zouden worden ondersteund. Dit terwijl de verklaringen zouden zijn weersproken door Juwel.
70. Hierbij voert Juwel onder meer aan dat ACM ten onrechte alleen de heer [B] en de heer [F] zou hebben gehoord tijdens het onderzoek voorafgaand aan het rapport en dat zij zou hebben nagelaten om de directies van beide ondernemingen te betrekken. Dit had volgens Juwel op de weg van ACM gelegen nu er volgens Juwel sterke aanwijzingen waren dat Rekers (i) intimiderend gedrag zou hebben geuit richting de heer [F] (ii) gericht onder de kostprijs heeft geboden (iii) een overheersend marktaandeel van [VERTROUWELIJK]% heeft en (iv) voorstellen heeft gedaan om Juwel uit de Nederlandse markt te werken.
71. Daarnaast heeft ACM volgens Juwel in het bestreden besluit de positie van Rekers als clementieverzoeker ten onrechte miskend. ACM zou derhalve niet de geboden argwaan hebben gehad ten aanzien van de verklaringen van Rekers. Juwel wijst hierbij op de betrokkenheid van Rekers bij andere mededingingsbeperkende gedragingen. Door onvoldoende aandacht te besteden aan deze positie van Rekers, zou ACM tevens het belang miskennen dat Rekers zou hebben bij de toerekening van de gestelde overtreding aan Juwel.

Besluit Openbaar

72. Voor ACM ingaat op het betoog van Juwel, merkt zij op dat dit betoog niet direct ziet op de overtreding zelf. Immers, er staat niet ter discussie dat de vertegenwoordigers gedurende de periode van 18 februari 2010 tot en met 3 juli 2012 informatie hebben gedeeld over (potentiële) klanten. Hetgeen Juwel op dit punt aanvoert ziet op de wijze waarop ACM heeft vastgesteld hoe de mededingingsbeperkende afspraken zijn ontstaan en meer in het bijzonder op de aanloop naar de mededingingsbeperkende gedragingen en de periode voorafgaand aan de afspraken en de bespreking die op 7 september 2010 heeft plaatsgevonden. Dit doet echter geen afbreuk aan de vastgestelde overtreding. Bovendien volgt uit paragraaf 6.1 dat ook deze onderdelen zijn bewezen.
73. ACM kan zich in het standpunt van Juwel niet vinden. ACM stelt zich ten eerste op het standpunt dat ACM op basis van het beschikbare bewijs de overtreding kon vaststellen. Verder is de stelling dat het besluit louter zou zijn gebaseerd op de ondernemingsverklaring van Rekers onjuist. Hierbij stelt ACM vast dat de ondernemingsverklaring wordt ondersteund door voldoende andere schriftelijke bewijsmiddelen, terwijl de argumenten van Juwel geen steun vinden in de feiten en het bewijsmateriaal. Gelet daarop bestond er geen aanleiding om de directieleden van Juwel en Rekers te horen ten tijde van het onderzoek.

6.2.2 Proportionaliteit onderzoek

74. ACM heeft de gedragingen kunnen vaststellen aan de hand van diverse oorspronkelijke schriftelijke stukken en informatie verkregen in diverse gesprekken. Het gaat hierbij om stukken die door Rekers zijn aangeleverd in het kader van haar clementieverzoek, stukken die zijn aangetroffen tijdens het bedrijfsbezoek bij Juwel en stukken die nadien nog zijn nagezonden door Juwel. ACM heeft daarnaast gesprekken gevoerd met betrokken partijen, waaronder de gemachtigden van Juwel en Rekers en de vertegenwoordigers van beide partijen.⁷⁹ ACM is van oordeel dat zij hiermee zorgvuldig te werk is gegaan. ACM heeft in redelijkheid kunnen vaststellen dat de inzet van verdergaande onderzoeksinstrumenten, zoals bijvoorbeeld het horen van de individuele directieleden, in dit geval niet tot een andere conclusie geleid zou hebben.

6.2.3 Bewijs

75. In de tweede plaats is de stelling van Juwel, dat de overtreding in grote mate zou rusten op de mondelinge verklaringen van Rekers en dat ACM onvoldoende argwaan zou hebben getoond richting deze verklaring, onjuist.
76. ACM deelt de stelling van Juwel dat in geval van clementieverklaringen geldt dat behoedzaamheid bij het gebruik daarvan als bewijs geboden is, gelet op de mogelijkheid dat de clementieverzoekers geneigd zouden kunnen zijn vooral belastende omstandigheden te noemen die het gedrag van hun concurrenten betreffen. Dit betekent echter niet dat de verklaringen van clementieverzoekers op zichzelf als ongeloofwaardig dienen te worden beschouwd. De omstandigheid dat een onderneming om toepassing van clementie verzoekt teneinde een verlaging van de geldboete te verkrijgen, zet haar er niet noodzakelijkerwijze toe

⁷⁹ Zie: [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], Verzoek ondertekening verklaring dhr. [F] d.d. 02-10-2012, dossierstuk: 2012203455 en Verklaring van de vertegenwoordiger van Juwel van 2 oktober 2012, dossierstuk 2012203455.

Besluit Openbaar

aan bewijzen vertekend weer te geven wat de deelneming van de andere kartelleden betreft. Immers, de clementie wordt voorwaardelijk toegekend. Iedere poging om ACM te misleiden kan immers twijfels doen rijzen over de oprechtheid en de volledigheid van de medewerking van de verzoeker, en kan bijgevolg de mogelijkheid tot clementie verkrijgen en het behouden hiervan, juist in gevaar brengen.⁸⁰

77. Uit het bestreden besluit volgt dat de vaststelling van de overtreding voor een groot deel rust op oorspronkelijk bewijs van communicatie tussen Juwel en Rekers. ACM heeft het bestreden besluit gebaseerd op de verklaringen van de vertegenwoordigers en gemachtigde van beide ondernemingen, die worden ondersteund door onder meer (i) e-mail- en SMS-berichten,⁸¹ (ii) de agenda van de vertegenwoordiger van Juwel⁸² en (iii) schriftelijke bewijsmiddelen, waaronder de schriftelijke aantekeningen van de heer [A] ter voorbereiding van de besprekingen⁸³ en de afrekening van de tweede bijeenkomst.⁸⁴ De juistheid van de verklaringen van Rekers op dit punt worden ondersteund door onder meer de communicatie tussen de vertegenwoordigers en de overige bewijsmiddelen die zijn opgenomen in het dossier. ACM had geen aanleiding om te twijfelen aan de verklaringen die door Rekers zijn afgegeven, nu deze steun vonden in het bewijs.
78. Daarentegen vinden de verklaringen van Juwel, die zijn opgenomen in het dossier en die tijdens de behandeling van het bestreden besluit en het bezwaar zijn gegeven, geen steun in overige bewijsmiddelen.
79. De verklaringen van de zijde van Juwel zijn bovendien niet consistent. Zo valt op dat de vertegenwoordiger van Juwel zich aanvankelijk niets meer kan herinneren van het ontstaan van de mededingingsbeperkende afspraken ook niet wanneer hij werd geconfronteerd met e-mailberichten die naar deze bespreking verwezen.⁸⁵ Maar ook nadat de directie van Juwel op deze bespreking had gewezen,⁸⁶ kon hij zich er nog niet veel van herinneren. Zo kan hij zich niet herinneren (i) wat de locatie was, (ii) of er klanten zijn besproken, (iii) of er is gesproken over Großraumgaragen en (iv) hoe de afspraak met Rekers tot stand is gekomen.⁸⁷
80. Het enige wat de heer [F] zich lijkt te herinneren is dat hij dit zonder medeweten van zijn directie zou hebben gedaan. Wanneer hij geconfronteerd wordt met directe verwijzingen in de e-mailberichten naar de directie, geeft de heer [F] geen inhoudelijk antwoord.⁸⁸ De vertegenwoordiger stelt slechts dat hij zijn directie heeft aangehaald om zijn positie en

⁸⁰ zie arrest van 12 juli 2011, Toshiba Corp/Commissie, T-113/07, EU:T:2011:343, punt 94, en het arrest van 16 november 2006, Peróxidos Orgánicos/Commissie, T-120/04, EU:T:2006:350, punt 70.

⁸¹ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a, 7b, 11 en 12, dossierstuk 2012104043, p. 42 t/m 121 en 134 t/m 186. VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012.

⁸² Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 5 en 8, dossierstuk 2012104043, p. 27 en 122 t/m 127.

⁸³ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 3, dossierstuk 2012104043, p. 12 t/m 25.

⁸⁴ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 10, dossierstuk 2012104043, p.132 t/m 133.

⁸⁵ Verzoek ondertekening verklaring dhr. [F] d.d. 02-10-2012, dossierstuk: 2012203455, p. 21 en 29 Tijdens dit verhoor ontkent de heer [F] aanvankelijk dat hij de heer [A] kent en dat de heer [B] de heren [D] en [E] heeft ontmoet. Verzoek ondertekening verklaring dhr. [F] d.d. 02-10-2012, dossierstuk: 2012203455, p. 18 – 19.

⁸⁶ Reactie op verzoek ondertekening verklaring dhr. [F], dossierstuk: 2012104060, p.1-2.

⁸⁷ Verklaring dhr. [F] d.d. 10-06-2013 ondertekend, dossierstuk 2013302665, p. 4 -6.

⁸⁸ Verklaring dhr. [F] d.d. 10-06-2013 ondertekend, dossierstuk 2013302665, p. 7.

Besluit Openbaar

claims meer kracht te geven. Dit argument is echter om twee redenen niet aannemelijk. In de eerste plaats zou het een reactie van Rekers moeten uitlokken indien de heer [F] hen opeens met een lijst confronteert die zou zijn afgestemd met de directie. Dit is echter niet het geval. Verwijzingen naar de directie worden door beide partijen gemaakt en de afspraken lijken ook over en weer bekend te zijn. Zo stuurt Juwel op 19 februari 2010 het volgende bericht aan Rekers:

“De hieronder genoemde klant: [VERTROUWELIJK] was ons reeds toegezegd via de eerder besproken lijst met de directie.”⁸⁹

81. Hierop reageert Rekers door te stellen dat de klant [VERTROUWELIJK] niet op de lijst stond die hij had ontvangen en hij somt vervolgens de projecten op de wel op de lijst stonden.⁹⁰ Het komt dus niet als een verrassing dat de heer [F] claimt dat er aan de directie van Juwel reeds een aantal projecten was toegezegd. Sterker nog, de heer [B] is bekend met de afstemming van individuele projecten die op directieniveau heeftplaatsgevonden.
82. Daarnaast strookt deze manier van communiceren niet met de stelling dat mededingingsbepurende handelingen binnen Juwel onbespreekbaar waren en dat de heer [F] zijn baan zou kwijtraken indien de directie achter de gemaakte afspraken zou komen.⁹¹ Indien dit het geval zou zijn dan ligt het in de rede om juist voorzichtig te handelen en te voorkomen dat de directie weet zou krijgen van de gemaakte afspraken. Maar ook hier laat Juwel een tegenstrijdig beeld zien. Zo is het de vertegenwoordiger van Juwel die als eerst verwijst naar een lijst die op directieniveau is afgestemd en hij verwijst ook met enige regelmaat naar deze lijst⁹², neemt hij het initiatief om een lijst bij te houden die mede diende om verantwoording af te leggen aan de directies⁹³ en hij reageert niet afhoudend op het moment dat de vertegenwoordiger van Rekers voorstelt om de directie verder te betrekken in de afspraken.⁹⁴ Sterker nog, naar aanleiding van een incident met klant [VERTROUWELIJK] dringt hij daar zelfs op aan, omdat hij weer een klant zou zijn misgelopen die aan Juwel zou zijn toegewezen.

“Wij hebben reeds voor de vakantie over deze kwestie gesproken en ik wil dit graag eens, in aanwezigheid van de leidinggevende bespreken. Het overhalen van klanten waarover een afspraak bestaat en het discuten over potentiële klanten die aan mijn zijde staan ervaar ik, zoals reeds telefonisch aangegeven, als uiterst storend Het is vandaag mijn eerste dag na de vakantie en ik moet eerst een berg spullen wegwerken.

Daarna neem ik contact met jou op.” [onderstreping ACM]⁹⁵

⁸⁹ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a, dossierstuk 2012104043, p. 46.

⁹⁰ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a, dossierstuk 2012104043, p. 47.

⁹¹ Zie o.a. Verzoek ondertekening verklaring dhr. [F] d.d. 02-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 44; Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, p. 16; Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 22.

⁹² Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a, dossierstuk 2012104043, p. 44, 48.

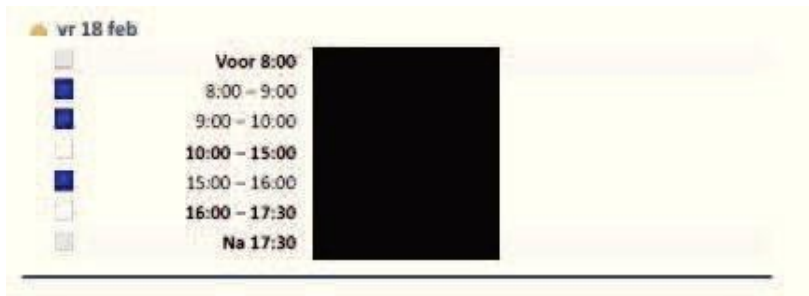
⁹³ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a, dossierstuk 2012104043, p. 48 en 53.

⁹⁴ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a, dossierstuk 2012104043, p. 51, 52 en VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012: ID_D_7511_01_Email786 RE_[VERTROUWELIJK]-item-60, ID_D_7511_01_Email787 RE_[VERTROUWELIJK]-item-62, dossierstuk 2012203457.

⁹⁵ VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012: ID_D_7511_01_Email786 RE_[VERTROUWELIJK]-item-60, dossierstuk 2012203457.

Besluit Openbaar

83. Tot slot bevat het dossier een e-mailbericht van de heer [F] aan de heer [D], waarin hij zijn agenda ter verantwoording opstuurt. Deze agenda bevat een afspraak met de heer [A] op 18 februari 2011.⁹⁶ Ook hieruit valt op dat de heer [F] communiceert over afspraken die hij met Rekers heeft, terwijl deze contacten nu juist niet zouden zijntoegestaan.⁹⁷



84. Juwel geeft hiervoor als verklaring dat de heer [F] haar directie aanhaalde om de schijn op te houden dat haar directie achter de afspraken stond⁹⁸ en daarmee meer gewicht in de schaal te leggen. Hoewel zij deze stelling steeds heeft ingenomen, vindt deze geen steun in het bewijsmateriaal. Ook heeft Juwel geen nader bewijs hiervoor kunnenleveren.
85. Ook de verklaringen die Juwel na overdracht van het rapport heeft afgelegd, geven geen aanleiding om terug te komen op conclusies of zelfs het onderzoek te heropenen. Op de specifieke punten die zij in dit kader aanvoert (vermeende intimidatie, economische dwang en pogingen om Juwel uit de markt te werken) gaat ACM in paragraaf 6.5 nader in. Maar ook in zijn algemeenheid leidt hetgeen Juwel heeft aangevoerd niet tot andere conclusies.
86. In de eerste plaats wordt het betoog van Juwel dat haar directie niet betrokken was, niet nader onderbouwd. Juwel baseert zich slechts op de verklaringen die door haar verkoper en bestuurders zijn gegeven. Verder tracht zij de verklaring van Rekers te ontcrachten, maar ook hierbij voert zij geen feiten en bewijzen aan die haar stellingen onderbouwen. Zo verwijst Juwel naar het kartelverleden van Rekers, het verschil in werkwijze bij offerren, de communicatie over klant [VERTROUWELIJK], en de aantekeningen die de heer [A] heeft gebruikt bij de onderhandelingen. Alleen ten aanzien van de tweede bijeenkomst voert Juwel een nadere verklaring van de broer van de heer [D] aan.
87. Deze punten vormen echter geen tegenbewijs voor de geconstateerde overtreding en de aanloop hiernaar toe. Zo is het voor het vaststellen van de overtreding niet van belang of een van de partijen eerder een overtreding heeft begaan. Ook de stelling dat vertegenwoordiger van Juwel niet elke opdracht in Duitsland dient in te boeken, is niet relevant. Immers, hier volgt niet uit dat de directie geen enkele vorm van betrokkenheid heeft met de Nederlandse markt. Daarnaast zegt deze stelling ook niets over de geconstateerde overtreding, omdat vaststaat en erkend is dat de beide directies als gevolg van de

⁹⁶ VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012: ID_D_7511_01_Email257 Agenda van [VERTROUWELIJK]–item-502, dossierstuk 2012203457.

⁹⁷ Zie Hoorzittingsverslag Sanctiebesluit, dossierstuk 2014206839, p. 17.

⁹⁸ Zie Hoorzittingsverslag Sanctiebesluit, dossierstuk 2014206839, p. 14.

Besluit Openbaar

animositeit tussen de vertegenwoordigers nu juist wel in overleg zijn getreden over de situatie op de Nederlandse markt. Ten aanzien van hetgeen Juwel stelt met betrekking tot de klant [VERTROUWELIJK] verwijst ACM naar paragraaf 6.1.1.3 van dit besluit. De verklaring van Juwel op dit punt geeft geen weerlegging van het feit dat op of omstreeks 12 november 2009 reeds over deze klant is gecommuniceerd op directie niveau. Het betoog van Juwel onderstreept juist dat in die periode meerdere klanten zijn besproken. Ten aanzien van de verklaring van de broer van de heer [D] verwijst ACM naar paragraaf 6.1.1.2.

6.2.4 Horen directie Juwel en Rekers

88. Voorts is ACM van oordeel dat de stelling van Juwel dat ACM de heren [D] en [E] had moeten horen tijdens het onderzoek, niet opgaat. Bij e-mailbericht⁹⁹ van 10 oktober 2010 heeft Juwel te kennen gegeven dat zij zich liet vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Sindsdien heeft Juwel bij monde van haar gemachtigde schriftelijk meerdere verklaringen afgelegd.¹⁰⁰ Daarmee heeft zij voldoende gelegenheid gehad om haar standpunt naar voren te brengen. Voor een nader verhoor met de directieleden van Juwel bestond dan ook geen aanleiding. Hierbij merkt ACM op dat Juwel niet in haar verdediging is geschaad, nu zij zowel bij de behandeling van het bestreden besluit als in de onderhavige procedure in de gelegenheid is gesteld om haar zienswijze mondeling en schriftelijk in te dienen. Van deze gelegenheid heeft Juwel overigens ook gebruik gemaakt.¹⁰¹
89. Ook de stelling dat de directie van Rekers zou moeten zijn verhoord,¹⁰² treft geen doel. De directie van Rekers heeft tot twee maal toe bij monde van haar gemachtigde een verklaring afgelegd en bovendien schriftelijk nadere vragen beantwoord.¹⁰³ Gelet op de coöperatieve houding van Rekers en het feit dat haar verklaringen steun vonden in het bewijs, bestond er geen aanleiding om de betrokken directieleden persoonlijk te verhoren.

6.2.1 Conclusie

90. ACM concludeert dat het onderzoek niet vooringenomen of onzorgvuldig is geweest endat ACM ook voldoende behoedzaam is geweest ten opzichte van de clementieverzoeker. De stukken die zich bevinden in het dossier onderschrijven de ondernemersverklaring van Rekers in voldoende mate. De bezwaren van Juwel op dit punt zijn naar het oordeel van ACM dan ook ongegrond.

⁹⁹ Toezending volmacht Juwel, dossierstuk 2012104058.

¹⁰⁰ Reactie op verzoek ondertekening verklaring dhr. [F], dossierstuk 2012104060; Beantwoording aanvullende vragen d.d. 14-11-2012 Juwel, dossierstuk 2012104064; Verklaring dhr. [F] d.d. 10-06-2013 ondertekend, dossierstuk 2013302665.

¹⁰¹ Zienswijze Juwel Sanctiefase, dossierstuk 2014101794; Reactie naar aanleiding van brief Rekers van 22 augustus en correctie verkoopcijfers Juwel, dossierstuk 2014102566; Hoorzittingsverslag Sanctiebesluit, dossierstuk 2014206839; Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429; Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953; Zienswijze Juwel bezwaarfase, dossierstuk 2015103297.

¹⁰² Zie Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, rnr. 12 en 13.

¹⁰³ [VERTROUWELIJK]; Beantwoording aanvullende vragen, dossierstuk 2012104044; Nazending ontbrekende bijlagen ondernemingsverklaring, dossierstuk 2013100596; [VERTROUWELIJK].

Besluit Openbaar

6.3 Großraumgaragen

91. ACM volgt Juwel niet in haar betoog dat de overtreding niet de verkoop van Großraumgaragen betrof. Juwel kon tot mei 2011 zelf geen Großraumgaragen produceren en slechts als wederverkoper garages van een andere producent verkopen.¹⁰⁴ Daarom zou er wat betreft de Großraumgaragen sprake zijn van een verticale relatie en niet van een horizontale relatie. Deze verticale relatie speelde dan wel bij de inkoop van de Großraumgaragen, maar niet bij de wederverkoop aan afnemers. In die situatie was Juwel, net als Rekers, verkoper van een grote garage en was er sprake van een horizontale relatie.
92. ACM stelt vast dat Juwel zich niet in een complete afhankelijkheidsrelatie bevond ten opzichte van Rekers als leverancier van Großraumgaragen.¹⁰⁵ Juwel heeft in de hoorzitting nogmaals bevestigd dat zij de Großraumgaragen in de periode van de overtreding voornamelijk bij een ander kocht, tenzij de garage een vloerplaat moest hebben.¹⁰⁶ Alleen in dat laatste geval moest Juwel de garage bij Rekers inkopen. Van een volledige afhankelijkheidsrelatie op het gebied van alle Großraumgaragen was dan ook geen sprake.
93. Daarnaast volgt ACM Juwel niet in de stelling dat van een mededingingsrechtelijk bezwaarlijke afspraak geen sprake zou kunnen zijn geweest, daar er geen concurrentie bestond op de markt voor Großraumgaragen. Ten eerste staat vast dat, hoewel hetblijkbaar moeilijk was te concurreren met Rekers, er door Juwel toch verkoop van Großraumgaragen plaatsvond in Nederland.¹⁰⁷ Ten tweede houdt een dergelijke afspraak, op het moment dat er geen concurrentie op de markt voor Großraumgaragen zou zijn, deze situatie in stand.
94. Vast staat dat Großraumgaragen onder de afspraak vielen. ACM heeft in haar sanctiebesluit aangetoond dat de afspraak, zowel voordat als nadat de mogelijkheid bij Juwel bestond Großraumgaragen te produceren, Großraumgaragen betrof en deze ook is nageleefd.¹⁰⁸ Uit verschillende bewijsmiddelen bleek dat de afspraak gold voordat Juwel zelf Großraumgaragen kon produceren.¹⁰⁹ Op het moment dat Juwel de Großraumgaragen zelf kon produceren, bracht Juwel ook offertes uit voor deze Großraumgaragen en werden deze meegenomen in de verdeling. Dit blijkt uit verschillende bewijsmiddelen.¹¹⁰

¹⁰⁴ Zie Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, nr. 86.

¹⁰⁵ Juwel stelt dat dit wel het geval is, zie Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, nr. 90.

¹⁰⁶ Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 24-25. Zie ook [VERTROUWELIJK] en Verklaring van de vertegenwoordiger van Juwel van 2 oktober 2012, dossierstuk 2012203455, p. 42 e.v..

¹⁰⁷ De volgende aantallen grote garages zijn er in de jaren verkocht: 2008: 14, 2009: 2, 2010: 1, 2011: 8, 2012: 10, 2013: 17 zie zienswijze Juwel, dossierstuk 2014101794, p. 9.

¹⁰⁸ Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, par. 3.4.

¹⁰⁹ Zie de verschillende bewijsmiddelen:

- Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a, dossierstuk 2012104043, p. 43, 53, 58-58, 59, 72, 73, 74, 81, 83, 85, 86.
- Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7b, dossierstuk 2012104043, p. 111.

¹¹⁰ Zie de bewijsmiddelen:

- [VERTROUWELIJK].
- Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 12, dossierstuk 2012104043, p. 154, 162.
- VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, 7511_01_20121002104315794, dossierstuk 2012203457.
- Bijvoorbeeld de volgende offertes voor grote garages: 14 december 2011, dossierstuk 2012203457, VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, 10,

Besluit Openbaar

6.4 Betrokken omzet

95. Juwel voert aan dat ACM de betrokken omzet voor Juwel ten onrechte zou hebben vastgesteld op [VERTROUWELIJK]. Juwel voert hiertoe aan dat ACM ten onrechte de netto-omzet uit Großraumgaragen heeft meegewogen. Daarnaast zou Juwel de overtreding reeds op 24 mei 2012 uit eigen beweging hebben beëindigd, waardoor de omzet na 24 mei 2012 niet door de overtreding zou zijn getroffen. ACM had dus slechts de betrokken netto-omzet voor standaard garages in de periode van 19 februari 2010 tot en met 24 mei 2012 in aanmerking dienen te nemen.
96. ACM volgt Juwel niet in haar stelling. Zoals ACM in paragraaf 6.3 heeft overwogen acht ACM bewezen dat de afspraak ook op Großraumgaragen zag.¹¹¹ ACM heeft de netto-omzet uit Großraumgaragen dan ook terecht meegewogen bij het vaststellen van de betrokken omzet.
97. ACM stelt zich daarnaast op het standpunt dat Juwel de overtreding niet reeds op 24 mei 2012 heeft beëindigd.¹¹² Uit het sms-bericht van 24 mei 2012 of uit enig ander bewijsstuk blijkt namelijk niet dat Juwel zich heeft gedistantieerd van de overtreding en de overtreding is beëindigd. In het bericht wordt namelijk aangegeven dat Juwel een opdracht heeft gehad en Juwel sluit vervolgens af met een (vragende) opmerking: *“Dag [B], heb desondanks mijn hoge prijzen een opdracht van de molen. Je was volgens een klant stuk goedkoper, maar de afspraken liepen niet. Iets met vakantie? Gr. [F]”*.¹¹³ Rekens heeft hierna nog een aantal sms berichten verstuurd aan Juwel, waarop Juwel niet heeft gereageerd.¹¹⁴ Daaruit blijkt geen beëindiging, Juwel heeft immers nog informatie over het marktgedrag van Rekens ontvangen zonder aan te geven daarop geen prijs meer te stellen.
98. Daarnaast wijst ACM erop, dat het uit eigen beweging beëindigen van een overtreding op zichzelf geen boeteverlaging rechtvaardigt.¹¹⁵ Een overtreder heeft geen recht op boetematiging enkel door te doen waartoe hij op grond van de Mededingingswet gehouden is. ACM is niet gebonden voor alle overtredingen die zij pas na beëindiging daarvan op het spoor komt of waarbij zij pas na aflopen van de overtreding een rapport uitbrengt, een boetevermindering toe te kennen. Er zijn hiervoor bijzondere omstandigheden vereist.¹¹⁶ Van dergelijke omstandigheden is in deze zaak geen sprake.
99. Gelet op het voorgaande komt ACM tot de conclusie dat zij de betrokken omzet terecht heeft vastgesteld op [VERTROUWELIJK].

7511_01_20121002104934250 en - 5 juli 2012; dossierstuk 2012203457, VvA bedrijfsbezoek (woning) van de vertegenwoordiger van Juwel van 22 oktober 2012, 7511_01_20121002124605451.

¹¹¹ Zie ook Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 256-257.

¹¹² Zie ook Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 232-233.

¹¹³ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 12, p. 187.

¹¹⁴ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, dossierstuk 2012104043, bijlage 12, p. 187.

¹¹⁵ Zie besluit Raad van Bestuur NMa van 29 juni 2006, zaak 3938_624 (*De Combi Brabocon B.V.*), r.o 30.

¹¹⁵ Zie besluit Raad van Bestuur NMa van 29 juni 2006, zaak 3938_624, *De Combi Brabocon B.V.*, r.o 30. Rechtbank Rotterdam 26 juni 2009 (*De Combi Brabocon B.V.*), ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1478. Zie tevens Rechtbank Rotterdam 14 mei 2009, *Kindeg B.V.*, ECLI:NL:RBROT:2009:BI4893.

¹¹⁶ Zie besluit Raad van Bestuur NMa van 29 juni 2006, zaak 3938_624, (*De Combi Brabocon B.V.*), r.o 30.

¹¹⁶ Zie besluit Raad van Bestuur NMa van 29 juni 2006, zaak 3938_624, (*De Combi Brabocon B.V.*), r.o 30. Rechtbank Rotterdam 26 juni 2009, *De Combi Brabocon B.V.*, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1478. Zie tevens Rechtbank Rotterdam 14 mei 2009, *Kindeg B.V.*, ECLI:NL:RBROT:2009:BI4893.

Besluit Openbaar

6.5 Dwang

100. Juwel voert aan dat zij door Rekers tot deelname aan het kartel is gedwongen. Er zou sprake zijn geweest van economische dwang in de zin van de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels uit 2009 (hierna Beleidsregels 2009).¹¹⁷ Daardoor zou enerzijds Rekers niet in aanmerking komen voor clementie categorie A en anderzijds verwijtbaarheid bij Juwel ontbreken dan wel verminderd zijn.
101. Juwel heeft eerder gesteld dat Rekers gepoogd heeft Juwel van de markt te verdringen en heeft in het kader van de clementie categorie A gesteld dat Rekers niet voor deze categorie in aanmerking komt wegens dwang. ACM is hierop in randnummer 177-188 en 285 van het sanctiebesluit in gegaan.
102. Daarbij wil ACM opmerken dat de regels omtrent het al dan niet toewijzen van clementie in de categorie A aan Rekers zijn geschreven voor toekenning van clementie aan de clementieverzoeker. Het gaat er daarbij om dat ACM in het geval van dwang de clementieverzoeker geen categorie A kan toekennen, daar zij daarvoor te verwijtbaar heeft gehandeld. Op in het verzoek van Juwel tot intrekking van de clementie zal ACM ingaan in hoofdstuk 7.
103. De door Juwel gestelde dwang welke betrekking heeft op de verwijtbaarheid van Juwel zal ACM in het navolgende bespreken.

6.5.1 Juridisch kader

104. Van economische dwang in de zin van de Beleidsregels 2009 is sprake indien de clementieverzoeker economische druk heeft uitgeoefend die een reëel risico op markttuitreding doet ontstaan.¹¹⁸ In de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM uit 2013 is dit overgenomen.¹¹⁹ De Beleidsregel clementie uit 2014 (hierna: Beleidsregel clementie 2014) zijn vervolgens een voortzetting van de regels uit 2013.¹²⁰ Daarin zijn maar twee belangrijke wijzigingen aan te wijzen, namelijk een boetevermindering voor de eerste melder van 100% en de bestaande reductiebandbreedte tussen 10 en 40% is vervangen door drie getrapte boetereducties. De veranderingen die hebben plaats gevonden zien dus niet op de betekenis van economische dwang.¹²¹
105. In de toelichting bij artikel 4 van de Clementiebeleidsregels 2014 is aangegeven dat het bij dwang gaat om een economisch dreigement dat het voortbestaan van de gedwongen onderneming acuut, reëel en blijvend in gevaar brengt. Met betrekking tot deze soort dwang vermeldt de beleidsregel het volgende: *“Dit laatste lijkt alleen denkbaar in zeer extreme gevallen, als bijvoorbeeld degene die dwang uitoefent een essentiële grondstof levert aan de gedwongen onderneming en deze levering dreigt te staken. In feite moet de tot de*

¹¹⁷ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels, *Stcrt.* 2009, 14078.

¹¹⁸ Toelichting bij Beleidsregels 2009 onder I.4.

¹¹⁹ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM, *Stcrt.* 2013, 11214. Zie Toelichting bij deze beleidsregels 2013 in hoofdstuk 2 onder 1.

¹²⁰ Beleidsregel clementie, *Stcrt.* 2014, 19745.

¹²¹ Toelichting bij Beleidsregel clementie 2014 onder I.1.

Besluit Openbaar

deelname aan het kartel gedwongen onderneming kunnen aantonen dat sprake was van een vorm van ‘objectieve overmacht’. Hieruit blijkt dat de dwang niet alleen door de betrokken onderneming op deze wijze moet worden beleefd, maar objectief bepaalbaar moet zijn dat een onderneming aan dwang onderworpen wordt en redelijkerwijs op geen andere wijze zou kunnen handelen.

106. In zowel 2009, 2013 en 2014 staat in de beleidsregels vermeld dat het voortbestaan van de onderneming in gevaar moet zijn. Dat gevaar moet reëel zijn.
107. Van dwang in de zin van de beleidsregels, een reëel risico op marktuittrekking, was in dit geval geen sprake.

6.5.2 Verwijtbaarheid

108. Juwel betoogt dat er sprake was van dwang, bestaande uit economische dwang en intimidatie, welke een reëel risico op marktuittrekking deed ontstaan voor de start van het kartel. De economische dwang zou bestaan uit een voorstel tot marktverdelingsafspraken en een dreiging met rooftprijzen. Juwel stelt dat er daadwerkelijk sprake was van rooftprijzen en heeft daarom gelijktijdig met haar bezwaar een afzonderlijk verzoek om handhaving ingediend. Zij heeft aangegeven dat in het kader van deze procedure door ACM niet vastgesteld hoeft te worden of er mogelijk sprake is geweest van rooftprijzen. ACM dient in het kader van deze procedure te kijken naar de dreiging met rooftprijzen in het kader van de gestelde dwang.¹²² Ten eerste zal ACM ingaan op het voorstel tot marktverdelingsafspraken en de omstandigheden die aan het voorstel vooraf gingen. Ten tweede zal ACM ingaan op de vermeende intimidatie en (dreiging met) rooftprijzen.

Marktverdelingsafpraak

109. Juwel geeft aan dat Rekers in 2009 het voorstel heeft gedaan 200 garages af te nemen in ruil voor terugtrekking van de Nederlandse markt door Juwel en daarnaast heeft voorgesteld de heer [F] te ontslaan dan wel in dienst te nemen.¹²³ Deze voorstellen komen overeen met optie twee uit de verklaring van Rekers over de gesprekken tussen de salesmanager van Rekers en de managing director van Juwel.¹²⁴ Aan de zijde van Juwel zijn deze voorstellen echter altijd geweigerd. De heer [F] is van deze voorstellen op de hoogte gesteld door zijn directie.¹²⁵ Daarbij is duidelijk geworden dat de directie hier niet op in zou gaan.
110. De hiervoor genoemde voorstellen werden niet zomaar door Rekers aan Juwel voorgelegd. Het is van belang mee te nemen welke omstandigheden hebben geleid tot de gesprekken waarin onder andere dit voorstel aan de orde is gekomen.¹²⁶ Voorafgaand aan deze voorstellen was, zoals al in paragraaf 6.1.1 aan de orde is gekomen, volgens partijen zelf namelijk sprake van een hevige concurrentiestrijd tussen Juwel en Rekers en lieten beide

¹²² Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 15.

¹²³ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 19 en

Toezending aangepast verslag hoorzitting van 2 september 2014, dossierstukken 2015200077 en 201520075, bijlage 1, p. 10. Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 4, 6.

¹²⁴ [VERTROUWELIJK]. De aantekeningen van de verkoopdirecteur van Rekers over deze optie, zijn door Rekers overlegd. Zie Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaringen, dossierstuk 2012104043, bijlage 3, p. 18 e.v.

¹²⁵ De heer [F] dacht dat de heer [E] hem dit heeft verteld, Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 19. Zie ook Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 6.

¹²⁶ Zie ook Zienswijze Rekers bezwaarfase, dossierstuk 2015103093, nr. 20-21.

Besluit Openbaar

ondernemingen zich negatief uit over de ander onderneming ten opzichte van (potentiële) klanten.¹²⁷

111. Naar aanleiding van deze negatieve publiciteit heeft Rekers een brief opgesteld waarin zij Juwel sommeert om met haar negatieve publiciteit te stoppen.¹²⁸ Directeur van Juwel, de heer [E], heeft ter hoorzitting verklaard dat hij kennis heeft genomen van de inhoud van deze brief.¹²⁹ Hij was dus kennelijk op de hoogte van dit onderdeel van de gestelde dwang. Ook in het geval deze brief verzonden is staat volgens ACM vast dat de brief gericht was op het stoppen van de negatieve publiciteit. De brief is niet geschreven in het kader van een plan het uit de markt drukken van Juwel.
112. De gestelde concurrentiestrijd zal ACM bespreken in het kader van de door Juwel gestelde dreiging met rooftprijzen.
113. Volgens de verklaring van Rekers hebben deze twee ontwikkelingen er in ieder geval toe geleid dat partijen de noodzaak zagen met elkaar in contact te treden. Deze contacten vonden ten eerste plaats op verkopersniveau.¹³⁰ Toen dit niet hielp en de negatieve publiciteit niet ophield, zijn er vervolgens op directieniveau contacten geweest waarin aan de orde kwam dat beide partijen de marktsituatie in Nederland zorgwekkend vonden. Daarbij is gezocht naar een mogelijke oplossing, waarbij uiteindelijk ook het voorstel optie twee aan bod is gekomen.¹³¹

Intimidatie en (dreiging met) rooftprijzen

114. Juwel voert aan dat er voorafgaand aan de overtreding sprake was van (dreiging met) rooftprijzen. Daarbij zou de heer [B], vertegenwoordiger van Rekers, de heer [F] ook persoonlijk hebben geïntimideerd. De heer [F] is redelijk autonoom in het bepalen van prijzen en moet voor zijn 'eigen hachie' opkomen. Daarom zou de heer [F] deze druk met name ondervinden.¹³²
115. ACM stelt vast dat Juwel verschillende gebeurtenissen als elementen van de intimidatie en dreiging met rooftprijzen heeft aangedragen. De heer [F] zou deze druk gevoeld hebben daar (i) Rekers een grote speler is;¹³³ (ii) Rekers hem en Juwel-producten in een kwaad daglicht zou stellen bij klanten;¹³⁴ (iii) de verklaringen van [F] over het boos zijn van en de intimiderende opmerkingen van de heer [B] tijdens telefoongesprekken;¹³⁵ (iv) Rekers van normaal level naar een level gaat waarbij ze extra gas geven waarbij ze enorm met de

¹²⁷ Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, mr. 61-67.

¹²⁸ [VERTROUWELIJK].

¹²⁹ Zienswijze Juwel bezwaarfase, dossierstuk 2015103297, p. 18-19 en Hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015, p. 6.

¹³⁰ De vertegenwoordiger van Rekers heeft verklaard dat hij in eerste instantie de vertegenwoordiger van Juwel in een telefoongesprek confronteerde met voornoemde negatieve publiciteit. Het telefoongesprek zorgde echter niet voor verandering van de situatie in Nederland. [VERTROUWELIJK].

¹³¹ Ten eerste is besproken te stoppen met de negatieve publiciteit over en weer. Daarnaast zijn in deze onderlinge contacten volgens Rekers 3 opties besproken. [VERTROUWELIJK]. Één van deze opties werd door Juwel als onderdeel van de dwang ervaren.

¹³² Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, par. 7.2: Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 9 en 29.

¹³³ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 11.

¹³⁴ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 11-12.

¹³⁵ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 12 en Reactie Juwel naar aanleiding brief Rekers van 22 augustus en correctie verkoopcijfers Juwel d.d. 28 augustus 2014, dossierstuk 2014102566, p. 5.

Besluit Openbaar

prijzen omlaag gaat;¹³⁶ (v) de sommatiebrief van de heer [B] en de twee andere brieven naar aanleiding van de negatieve publiciteit;¹³⁷ (vi) verklaring [B]: “puur uit principe” garages ver beneden richtprijs verkopen^{138, 139}.

Intimidatie

116. ACM benadrukt met betrekking tot element (i) dat in een situatie waarbij er maar twee spelers van belang actief zijn op een markt, waarbij de ene partij [VERTROUWELIJK]% marktaandeel heeft en de andere partij [VERTROUWELIJK]%, de kleine partij en dus ook zeker de vertegenwoordiger van deze partij op deze markt een grote concurrentiedruk ondervindt van de grote partij. Dat blijkt ook uit de door Juwel aangehaalde verklaringen in haar bezwaarschrift in randnummer 66.¹⁴⁰ Deze druk is geen dwang in de zin van de beleidsregels.
117. De elementen (ii) en (iii) tonen volgens ACM ook niet aan dat er sprake is van dwang. Juwel stelt dat de heer [F] druk zou hebben gevoeld, daar Rekers zich negatief heeft uitgelaten over producten van Juwel.¹⁴¹ De vertegenwoordiger van Juwel, de heer [F], heeft zich echter ook negatief over de producten van Rekers uitgelaten.¹⁴² Dat was, zoals eerder aangegeven, een reden voor Rekers om met elkaar in contact te treden en uiteindelijk om de tafel te gaan zitten.¹⁴³ De directies van beide ondernemingen waren dus van deze negatieve uitlatingen op de hoogte. Daarover zou volgens Juwel juist zijn gesproken op de bijeenkomst van 18 februari 2010.¹⁴⁴ In een dergelijke situatie waarin men over en weer negatief spreekt over elkaar bleek uiteindelijk Rekers de partij te zijn die ervoor wilde zorgen dat deze uitlatingen niet meer werden gedaan. Daarbij is de directie van Juwel op de hoogte geweest van deze negatieve publiciteit. Daarom kan van een puur door de heer [F] gevoelde druk, mocht deze druk er al zijn, geen sprake kan zijn.
118. In het kader van deze negatieve uitlatingen over elkaars product wekt het geen verwondering dat dat er intensieve telefoongesprekken hebben plaatsgevonden waarin er boos richting elkaar werd gecommuniceerd.
119. ACM stelt op grond van het voorgaande vast dat van dwang bestaande uit de elementen (i),(ii) en (iii) die zien op de intimidatie geen sprake is.

Roofprijzen

120. ACM zal hieronder bekijken of er (aanwijzingen voor) roofprijzen bestonden. Daarbij komen de elementen (iv)/(v)/(vi) van de gestelde dwang aan de orde. Juwel stelt dat zij dit eerder heeft aangedragen en ACM hier ongemotiveerd aan voorbij zou zijn gegaan.¹⁴⁵ Juwel heeft dit inderdaad in het kader van het niet kunnen toekennen van de categorie A aan de

¹³⁶ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 12.

¹³⁷ Bijlage 2 bij mondelinge ondernemingsverklaring ,dossierstuk 2012104043, p. 1-6.

¹³⁸ [VERTROUWELIJK].

¹³⁹ Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, nr. 67-70.

¹⁴⁰ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 11-12

¹⁴¹ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 11-12. En Reactie op verzoek ondertekening verklaring de heer [F] , dossierstuk 2012104060, p. 1-2.

¹⁴² [VERTROUWELIJK]; zie ook [VERTROUWELIJK], p. 8 en hoorzittingsverslag bezwaar, dossierstuk 2015207953, p. 21.

¹⁴³ Zie sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 65.

¹⁴⁴ Zienswijze Juwel, dossierstuk 2014101794, p. 9.

¹⁴⁵ Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, par. 7.3.

Besluit Openbaar

clementieverzoeker aangevoerd. Hierop is ACM in haar sanctiebesluit wel ingegaan. Juwel heeft in haar bezwaar tevens (dreiging met) rooftprijzen aangevoerd in het kader van dwang en de daardoor ontbrekende dan wel verminderde verwijtbaarheid. ACM zal de gestelde rooftprijzen dan ook in dit kader behandelen.

121. Juwel geeft immers aan dat Rekers tenminste tussen 2007 en 2011 onder de kostprijs, dus onder de gemiddelde totale kosten, verkocht. Dit zou Rekers gedaan hebben met het oogmerk Juwel de markt uit te drukken.
122. Het hanteren van zeer lage prijzen levert misbruik op indien de prijzen een bepaalde tijd beneden de gemiddelde variabele kosten liggen of prijzen onder de gemiddelde totale kosten liggen maar boven de gemiddelde variabele kosten liggen en zijn vastgesteld in het kader van een plan een concurrent uit te schakelen.¹⁴⁶ Dit plan zou bewezen kunnen worden met bijvoorbeeld een dreiging met prijzen onder de gemiddelde totale kosten indien een bepaalde partij zich niet uit een bepaalde markt zou terugtrekken.¹⁴⁷
123. Zoals al in de zaak Akzo in rechtsoverweging 71 aan de orde kwam, heeft een onderneming met een machtspositie er belang bij rooftprijzen te hanteren, *“indien zij haar concurrenten wil uitschakelen om vervolgens haar prijzen te kunnen verhogen door te profiteren van haar monopolistische positie, omdat elke verkoop voor haar verlies oplevert...”*
124. ACM stelt vast dat de periode waarover Juwel stelt dat Rekers rooftprijzen gehanteerd zou hebben, tenminste vijf jaar bedraagt. Gelet op de lange duur acht ACM het niet aannemelijk dat er sprake zou zijn (geweest) van (een strategie van) rooftprijzen. Daarbij vind ACM steun in randnummer 72 van de richtsnoeren handhavingsprioriteiten artikel 82 van de Commissie¹⁴⁸, waarin staat dat het *“minder te verwachten [valt] dat de onderneming met een machtspositie zich aan rooftprijsgedrag begeeft indien de gedraging betrekking heeft op een lage prijs die over het algemeen over een lange tijdsperiode wordt gehanteerd.”*

Verkoop onder gemiddelde totale kosten

125. ACM kan daarnaast vaststellen dat in de gestelde periode van systematische verkoop onder de gemiddelde totale kosten prima facie geen sprake lijkt te zijn. Juwel verwijst in haar bezwaarschrift naar een tabel met 'gemiddelde verkoopprijzen'. Dit betreft echter de verkoopprijzen zonder montage- en transportkosten.¹⁴⁹ De laagste gemiddelde verkoopprijs zonder montage- en transportkosten tussen 2007 en 2011 betreft EUR [VERTROUWELIJK] in 2007. De gemiddelde totale kosten bij Rekers zonder montage- en transportkosten ligt volgens de vertegenwoordiger van Rekers gemiddeld rond de EUR [VERTROUWELIJK] à [VERTROUWELIJK].¹⁵⁰ Dit wordt gesteund door het feit dat er in het dossier berekeningen van de heer [A] zitten die hij heeft gemaakt om de inkoopprijs bij afname van 200 garages bij Juwel te berekenen. Daarbij komt de heer [A] op een fabrieksverkoopprijs van EUR [VERTROUWELIJK] en een inkoopprijs die Rekers aan Juwel zou moeten betalen van EUR

¹⁴⁶ Richtsnoeren handhavingsprioriteiten artikel 82 EG-Verdrag, nr. 63-65.

¹⁴⁷ HvJ 3 juli 1991, 62/86, (AKZO Chemie t. Commissie), r.o. 72.

¹⁴⁸ Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, COM(2008) 832.

¹⁴⁹ Zienswijze Rekers bezwaarfase, dossierstuk 2015103093, nr. 51.

¹⁵⁰ [VERTROUWELIJK].

Besluit Openbaar

[VERTROUWELIJK].¹⁵¹ Daaruit blijkt dat de gemiddelde verkoopprijs van de standaard modellen zonder montage- en transportkosten in de periode 2007-2011 van Rekers zeker niet onder de gemiddelde totale kosten zonder montage- en transportkosten ligt. Van systematische verkoop onder gemiddelde totale kosten zonder montage- en transportkosten lijkt dus geen sprake.¹⁵²

126. Hoewel ACM hiermee niet de gemiddelde totale kosten van het geheel (inclusief montage- en transportkosten) heeft kunnen vaststellen, heeft zij wel de gemiddelde verkoopprijs van Rekers in de jaren waarin zij bij het kartel betrokken was wel tot haar beschikking. In 2010 betrof deze gemiddelde totale verkoopprijs voor standaardmodellen (dus inclusief montage- en transportkosten) EUR [VERTROUWELIJK].¹⁵³ In 2010 was de gemiddelde verkoopprijs zonder montage- en transportkosten bij Rekers VERTROUWELIJK.¹⁵⁴ Het verschil tussen de gemiddelde verkoopprijs zonder montage- en transportkosten en totale gemiddelde verkoopprijs betreft gemiddeld in dit jaar ten minste EUR [VERTROUWELIJK]. De stelling van Juwel dat het bedrag in de tabel met gemiddelde verkoopprijzen zonder montage- en transportkosten de totale verkoopprijs bevat, snijdt daarom geen hout.¹⁵⁵
127. Juwel geeft daarnaast zelf aan dat de montage- en transportkosten samen tussen de EUR [VERTROUWELIJK] en de [VERTROUWELIJK] bedragen. Dit bedrag wijkt niet sterk af van het verschil van bovengenoemd bedrag van EUR [VERTROUWELIJK]. Ook dit lijkt geen aanwijzing voor het bestaan van verkoop onder gemiddelde totale kosten te zijn.
128. Het voorgaande wordt bevestigd door het feit dat Rekers al heeft aangegeven dat een verkoopprijs van EUR [VERTROUWELIJK] (incl. verkoop- en transportkosten) bij de klant [VERTROUWELIJK] een uitzonderlijk lage prijs voor een garage betreft.¹⁵⁶ Rekers heeft de factuur van deze opdracht aan ACM toegezonden.¹⁵⁷ Als men deze prijs afzet tegen de gemiddelde totale verkoopprijs in 2010, EUR [VERTROUWELIJK], kan men niet tot een andere conclusie komen dan dat dit een incident betreft. Van systematische verkoop onder gemiddelde totale kosten is dus geen sprake.¹⁵⁸
129. Daarnaast volgt ACM Juwel niet in haar stelling dat in de gemiddelde prijs voor standaardmodellen van Rekers een drastische daling zichtbaar is.¹⁵⁹ Ten eerste betreffen de bedragen in de aangehaalde tabel¹⁶⁰ gemiddelde prijzen, waardoor er op het moment dat er van een bepaald duurder type standaard modellen minder verkocht wordt, de gemiddelde prijs van standaard modellen in een jaar snel kan dalen.¹⁶¹ Ook Juwel zelf geeft aan "*dat een gemiddelde prijs geen representatief beeld zou geven, omdat er relatief grote verschillen zitten tussen de hoogste en laagste prijs, terwijl het aantal verkochte garages per type*

¹⁵¹ Daarbij trekt [A] een aantal kosten van de fabrieksverkoopprijs af, de kosten die een vertegenwoordiger maakt, en reclamekosten. Zie bijlagen bij mondelinge ondernemingsverklaringen, dossierstuk 2012104043, p. 25-26.

¹⁵² Indien gekeken wordt naar de kostprijs en de verkoopprijs zonder montage- en transportkosten.

¹⁵³ E-mailbericht van 7 augustus 2014 met kenmerk: RE: 14.0409.31 [STIBBE-Legal.FID157793], dossierstuk 2014305216.

¹⁵⁴ [VERTROUWELIJK].

¹⁵⁵ Zienswijze Juwel bezwaarfase, dossierstuk 2015103297, p. 20.

¹⁵⁶ [VERTROUWELIJK].

¹⁵⁷ Zienswijze Rekers bezwaarfase, dossierstuk 2015103093, bijlage 3.

¹⁵⁸ Juwel haalt geval [VERTROUWELIJK] in haar zienswijze bezwaar aan en stelt dat in dit geval onder kostprijs is geboden, dossierstuk 2015103297, p. 19-20. Van systematische verkoop onder totale kostprijs is echter geen sprake.

¹⁵⁹ Zie Brief d.d. 14 september 2015 met onderwerp: *Aanvullend bezwaarschrift Juwel tegen boetebesluit (14.0409.31) M23750980/1/20556675*, dossierstuk 2015102429, nr. 77 waarbij verwezen naar [VERTROUWELIJK].

¹⁶⁰ [VERTROUWELIJK].

¹⁶¹ Zie bijvoorbeeld zienswijze Juwel, dossierstuk 2014101794, nr. 57.

Besluit Openbaar

*gering is, zodat uitschieters naar boven of naar beneden een sterke invloed hebben op het jaarlijks gemiddelde.*¹⁶² Ten tweede lijkt de daling niet zozeer drastisch, Het betreft één daling tussen 2006 en 2007 van EUR [VERTROUWELIJK] naar EUR [VERTROUWELIJK] van EUR [VERTROUWELIJK]. Vervolgens stijgen de gemiddelde prijzen weer.

130. Ook uit de verklaringen van de heer [F] volgt niet dat hij de hevige concurrentiestrijd heeft ervaren als een situatie waarin structureel onder de gemiddelde totale kosten werd verkocht. In randnummer 67 (element (vi) van dwang) wordt verwezen naar een verklaring van de heer [F] waarin hij op 2 oktober 2012 stelt dat hij het idee heeft *“dat hun op een gegeven moment op een normaal level draaien en op een gegeven moment gaan ze extra gas geven. Zo'n fase zit ik momenteel ook weer in. Dan gaan ze met de prijzen enorm omlaag en dan wordt alles toegezegd.”*¹⁶³ Hieruit blijkt zeker niet dat er sprake was van constante verkoop onder gemiddelde vaste kosten. Het lijkt eerder een aanwijzing te zijn dat er sprake is van schommelingen in de intensiteit van concurrentie.

Tussenconclusie: Geen systematische verkoop onder gemiddelde totale kosten

131. ACM stelt op grond van het voorgaande vast dat in het voorliggende dossier niet van aanwijzingen dat er sprake was van systematische verkoop onder kostprijs, gemiddelde totale kosten, is gebleken.¹⁶⁴

Plan

132. Naast dat de prijs onder de gemiddelde totale kosten moet hebben gelegen, zou bij Rekers het plan moeten hebben bestaan de concurrent uit te schakelen.¹⁶⁵ Het kan dan gaan om een dreiging met prijzen onder de gemiddelde totale kosten indien Juwel zich niet zou terugtrekken van de markt.¹⁶⁶
133. Van een dergelijke dreiging en een plan lijkt geen sprake. ACM acht het systematisch toepassen van rooftprijzen door Rekers niet te verenigen met het gelijktijdig hanteren van een arrangement om klanten onderling te verdelen door middel van prijsmanipulaties. Op zichzelf zou een geloofwaardige dreiging met prijsonderbieding een middel voor Rekers kunnen zijn om het prijsgedrag van Juwel te beïnvloeden of zelfs te disciplineren.¹⁶⁷ Juwel voert aan dat [B] in een brief bedreigd heeft met rooftprijzen om Juwel door middel van die rooftprijzen de markt uit te drukken. Het betreft de volgendetekst:¹⁶⁸

“Indien jullie voor voorstel 1 kiezen schromen we niet de strijd aan te gaan. Rekers Beton is een dusdanig financieel en markttechnisch sterke onderneming dat wij het ons kunnen veroorloven om lange(re) tijd tegen kostprijs en zelfs daaronder onze garages te kunnen leveren in Nederland. Verder kunnen we bogen op meerdere, vaste afnemers waardoor we verzekerd zijn van een x tal boxen jaarlijks in Nederland te kunnen blijven plaatsen. De rest pakken we kosten wat het kost mee”.

¹⁶² Zienswijze Juwel, dossierstuk 2014101794, nr. 57.

¹⁶³ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 12.

¹⁶⁴ HvJ 3 juli 1991, 62/86, (AKZO Chemie t. Commissie), r.o. 72.

¹⁶⁵ Richtsnoeren handhavingsprioriteiten artikel 82 EG-Verdrag, nr. 63-65. Het gaat hier immers niet om prijzen onder AAC, maar prijzen onder LRAIC. HvJ 3 juli 1991, 62/86, (AKZO Chemie t. Commissie), r.o. 72.

¹⁶⁶ HvJ 3 juli 1991, 62/86, (AKZO Chemie t. Commissie), r.o. 82.

¹⁶⁷ HvJ 3 juli 1991, 62/86, (AKZO Chemie t. Commissie).

¹⁶⁸ Bijlage 2 bij mondelinge ondernemingsverklaring ,dossierstuk 2012104043, bijlage 4, p. 4-5.

Besluit Openbaar

134. Deze brief is opgesteld in het kader van de negatieve uitlatingen die beide ondernemingen verspreidden over elkander. Rekers deed in deze brief Juwel 2 voorstellen: 1. Doorgaan met deze negatieve publiciteit en Rekers zal hetzelfde doen over garages van Juwel of 2. stoppen met negatieve publiciteit. De hiervoor geciteerde passage betreft het geval dat Juwel kiest voor voorstel 1. De 'dreiging' kwam dus voort uit de negatieve publiciteit en maakte geen onderdeel uit van een plan om Juwel te dwingen zich terug te trekken van de markt. Er bevinden zich naast deze brief nog twee brieven in het dossier waarin duidelijk wordt dat Rekers in het kader van de negatieve publiciteit Juwel heeft benaderd met de sommatie ermee op te houden.¹⁶⁹ Ook element (v) is daarmee geen aanwijzing voor het bestaan van een dreiging met toepassing van rooftprijzen met een structureel karakter.
135. Element (vi), de verklaring van [B] waarin hij aangeeft "puur uit principe" garages ver beneden de richtprijs verkopen, moet naar het oordeel van ACM in dezelfde context worden begrepen. Het 'principe' betreft de dreiging met prijsmaatregelen als represaille. De verklaring is gegeven om de hevige concurrentiestrijd toe te lichten.¹⁷⁰ Daarbij is niet gezegd dat Rekers dit systematisch deed en dat men (ver) onder de gemiddelde totale kosten heeft verkocht. Uit voorgaande randnummers in deze paragraaf blijkt dat voor systematische verkoop onder gemiddelde totale kosten geen aanwijzingen bestaan, laat staan dat er sprake zou zijn geweest van een plan om Juwel uit de markt te drukken.

Conclusie rooftprijzen

136. Van aanwijzingen dat sprake is geweest van rooftprijzen is volgens ACM, mede in aanmerking genomen de elementen (iv), (v) en (vi), in het kader van de onderhavige procedure derhalve niet gebleken.

Verstandhouding tussen vertegenwoordigers

137. ACM stelt daarnaast vast dat de verstandhouding tussen de vertegenwoordigers [B] en [F] na het uit de wereld helpen de negatieve publiciteit goed lijkt te zijn geweest. Dit blijkt ten eerste uit het feit dat zij elkaars fabriek hebben bezocht en Rekers daarna weer normaal deed.¹⁷¹ Ten tweede blijkt de goede verstandhouding uit verschillende communicatie tussen de vertegenwoordigers:

"Ik hoop dat jij ons gesprek van gistermiddag net zo prettig hebt ervaren als wij en ben blij dat de donkere wolken uit de lucht zijn en we een nieuwe gezamenlijke start kunnen maken".¹⁷²

"Hopende en vertrouwende op een goede samenwerking vanaf heden, verblijf ik".¹⁷³

"Ook ik heb ons gesprek als positief ervaren."¹⁷⁴

"(Pak weer schoon? mijn schoenen in ieder geval niet...)"¹⁷⁵

"Mijn jasje is in de stomerij en mijn schoenen zijn jammer genoeg uitgebeten. Die kunnen dus de prullenbak in. Als je bij ons bent zal ik me hiervoor revancheren. (haha, doe dus oude kleren aan)."¹⁷⁶

"Hallo Diamantenkoning. Mooie naam...."

¹⁶⁹ Bijlage 2 bij mondelinge ondernemingsverklaring ,dossierstuk 2012104043, p. 1-6.

¹⁷⁰ VvA verklaring de heer [B], dossierstuk 20122013455, p. 4.

¹⁷¹ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2-10-2012, dossierstuk 2012203455, p. 23.

¹⁷² Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a , dossierstuk 2012104043, p. 43.

¹⁷³ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a , dossierstuk 2012104043, p. 43.

¹⁷⁴ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a , dossierstuk 2012104043, p. 46.

¹⁷⁵ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a , dossierstuk 2012104043, p. 65.

¹⁷⁶ Bijlagen bij mondelinge ondernemersverklaring van 29 augustus 2012, bijlage 7a , dossierstuk 2012104043, p. 66.

Besluit Openbaar

Gelukt dus. Mooi.

Om dan toch gelijk van start te gaan, heb een aanvraag van een oude klant, RU Groningen De heer [VERTROUWELIJK]. Graag hier indien bij jouw aangevraagd lijstprijs aanbieden.

Fijne dag en bis bald.

Groeten,

Jantje Beton GmbK & Co. KG¹⁷⁷

"Fijne avond, groetjes [F]"¹⁷⁸

138. Deze wijze van communicatie lijkt niet op enige vorm van dwang te duiden.

6.5.3 Directie wel betrokken

139. Juwel stelt dat de heer [F] in verband met de hiervoor genoemde omstandigheden door Rekers is gedwongen deel te nemen aan het kartel. De directie van Juwel zou van de mededingingsbeperkende afspraken geen weet hebben gehad. ACM volgt deze stelling niet.
140. Zoals al in paragraaf 6.1 aan de orde is gekomen staat feitelijke betrokkenheid van de directie vast. Het betoog van Juwel dat de heer [F] behalve de verboden afspraken ook de agressieve houding van Rekers met zijn directie kon delen, heeft ACM niet kunnen overtuigen. De directie van Juwel was in ieder geval op de hoogte van een deel van de hiervoor gestelde dwang. De directie was op de hoogte van de marktverdelingsafpraak inclusief overname dan wel ontslag van de heer [F] en heeft hem hiervan zelfs op de hoogte gesteld. Tevens waren zij op de hoogte van de marktverhoudingen, de uitlatingen omtrent de negatieve publiciteit en de sommatiebrief. Maar wat hiervan ook zij, de aangevoerde omstandigheid betreft de interne verhoudingen binnen Juwelen en komt volledig voor rekening van Juwel. De gestelde onwetendheid van de directie van Juwel vormt dan ook geen rechtvaardiging voor het overtreden van het kartelverbod.
141. Ten slotte volgt uit de jurisprudentie dat de directie verantwoordelijk blijft voor haar werknemer.¹⁷⁹ Vast staat dat "geen handelen of zelfs kennis van de vennoten of de voornaamste beheerders van de betrokken onderneming [is] vereist, maar volstaat het handelen van iemand die gerechtigd is om voor rekening van de onderneming te handelen."¹⁸⁰ Dat is in deze zaak het geval. De gedraging is immers "verricht in het kader van de normale bedrijfsvoering van de onderneming."¹⁸¹

6.5.1 Conclusie

142. ACM stelt op grond van het voorgaande vast dat geen sprake is geweest van zodanige dwang dat de gedragingen van Juwel niet of in mindere mate verwijtbaar zouden zijn. Ten

¹⁷⁷ VvA inzake kopiëren digitale gegevens van 04-02-2013, dossierstuk 2013201204, p. 3.

¹⁷⁸ VvA inzake kopiëren digitale gegevens van 04-02-2013, dossierstuk 2013201204, p.3.

¹⁷⁹ Conclusie AG 3 december 2015, Zaak C-542-14 (VM Remonts" SIA-Konkurences padome), rnr. 44 waarbij verwezen naar (*Musique Diffusion française e.a./Commissie*), 100/80–103/80, EU:C:1983:158, punt 97. Zie ook ECLI:NL:CBB:2014:118 (*Boomkwekerijen*) par. 4.7.3.

¹⁸⁰ Conclusie AG 3 december 2015, Zaak C-542-14 (VM Remonts" SIA-Konkurences padome), rnr. 44 waarbij verwezen naar (*Musique Diffusion française e.a./Commissie*), 100/80–103/80, EU:C:1983:158, punt 97.

¹⁸¹ ECLI:NL:CBB:2014:118 (*Boomkwekerijen*) par. 4.7.3.

Besluit Openbaar

eerste is het niet vreemd dat Juwel enige mate van concurrentiedruk ondervindt van Rekers met een [VERTROUWELIJK]% marktaandeel. Daarnaast is de negatieve publiciteit aanleiding geweest voor de (dreiging met) prijsonderbieding bij wijze van represaille en is het voorgekomen dat Rekers in het kader van de hevige concurrentiestrijd wel eens laag, onder kostprijs, heeft geoffreerd. ACM heeft niet vast kunnen stellen dat er voldoende aanwijzingen bestaan voor het bestaan van rooftprijzen. Daarnaast staat de feitelijke betrokkenheid van de directie van Juwel vast. Waardoor ook in het geval van de hypothetische situatie dat sprake zou zijn geweest van dwang jegens de heer [F], dit niets zou afdoen aan de verwijtbaarheid van het gedrag van de onderneming Juwel. Juwel stelt ook niet dat de directie dwang heeft ondervonden. Ten slotte is van belang dat de onderneming verantwoordelijk blijft voor haar werknemer. Van het ontbreken van dan wel vermindering van verwijtbaarheid is dan ook geen sprake.

6.6 Ernstfactor

143. ACM volgt Juwel niet in de stelling dat de ernstfactor niet juist zou zijn vastgesteld. Juwel voert in dit kader aan dat de afspraken niet zijn nagekomen, de concurrentie van derden niet is beperkt, de ernstfactor onevenredig is gezien het marktaandeel van [VERTROUWELIJK]% en de ernstfactor in vergelijking met andere zaken relatief te hoog is.

6.6.1 Nakomen van de afspraken

144. ACM volgt Juwel ten eerste niet in de stelling dat gemaakte afspraken niet werden nageleefd en ACM dit in haar primaire besluit ten onrechte heeft afgedaan als niet nader onderbouwd. Ten eerste zou uit verklaringen van Juwel en Rekers blijken dat de vertegenwoordigers de afspraken niet of nauwelijks nakwamen.¹⁸² ACM kan zich hierin niet vinden en zal dit hieronder uiteenzetten.
145. In de verklaring van [B] waar Juwel naar verwijst staat dat het niet monitoren van de afspraken waarschijnlijk laksheid is geweest, de verkoopcijfers waren goed en er waren geen aanwijzingen dat Juwel de 20% te boven ging. Daarbij was het moeilijk controleerbaar voor buitendienstmedewerkers als de heer [F] en de heer [B]. Dat de 5:1 verhouding niet werd gemonitord, zegt echter niet dat er geen informatie werd uitgewisseld en dat er geen klanten werden verdeeld.
146. De verklaringen van Juwel waarnaar wordt verwezen leveren geen bewijs van niet nakoming. Uit een onderdeel van de verklaringen blijkt dat [F] aangeeft dat het vanuit zijn zijde wegebt.¹⁸³ Uit een ander onderdeel van de verklaringen dat gaat over het aanmaken van een ander Gmail account komt het volgende naar voren:

“Want ik had op een gegeven moment volgens mij het idee joh ik moet die rotzooi helemaal niet hebben. En ik moet, ik wil voor de goede vrede wil ik daar wel op antwoorden, maar of ik dat nou

¹⁸² Zienswijze Juwel, dossierstuk 2014101794, nr. 59. Waarbij verwezen naar [VERTROUWELIJK]en Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2 oktober 2012, dossierstuk 2012203455, p. 15, 23, 33-34.

¹⁸³ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2 oktober 2012, dossierstuk 2012203455, p. 23.

Besluit Openbaar

*extra domeintje van gemaakt hebt. Ik heb 's avonds wel eens van die opwellingen ook met dat catamaran domeintje, ik doe er niks mee, maar ik heb hem wel.*¹⁸⁴

Vervolgens staat op de volgende bladzijde een verklaring van de heer [F] als antwoord op de vraag:

“En op een gegeven moment ging u weer van Gmail naar sms? Waarom, beviel Gmail niet goed?: Eigenlijk beviel het helemaal niet goed. Ik wou er eigenlijk helemaal vanaf, maar ja, zoals ik al zei om de schone schijn hoog te houden naar Rekers toe dat ik wel coöperatief wil zijn daarin, hè daarom ging dat maar door. En ik heb eigenlijk, wat zal het zijn, het laatste half jaar of zo iets, kreeg ik telkens van die smsjes, ja daar heb ik gewoon niet meer op gereageerd. Ik wil dat helemaal niet.”
“Want in principe deed ik aan iets mee waar ik, wat zo wie zo niet omgezet werd in de praktijk. Dus ik stuur een sms, hè kun je die bij huppeldepup hoog aanbieden, van mijn kant of die klant bestond niet. Dat ik, dat ik naar Rekers toe communiceerde hè ok heb het hartstikke druk. Of d'r werd zich niet aangehouden. Dus, de, de klant die daar op papier stonden die hebben daar in de praktijk geen nadelen door gehad. Want als ik de kans kreeg dan ging ik lager met de prijs en dan haalde ik zo'n opdracht. En dat deed Rekers ook. Dus...”

In deze verklaringen stelt de heer [F] dat hij het laatste half jaar niet meer heeft gereageerd. Daarvoor blijikbaar nog wel, maar volgens hem met nepklanten. ACM heeft in haar primaire besluit in randnummer 183 uiteengezet dat van de aangewezen 20 nepklanten die door Juwel zouden zijn aangedragen, 17 klanten door Rekers zijn ingebracht.¹⁸⁵ Daarbij had Juwel er geen belang bij om nepklanten in te brengen, aangezien dit de afgesproken verhouding van 5:1 ten nadele van Juwel zou beïnvloeden. Verder is ACM van oordeel dat het feit dat Juwel eventueel enkele nepklanten heeft doorgegeven geen afbreuk doet aan de gedragingen waaruit blijkt dat “echte” klanten werden verdeeld. Deze vermeende nepklanten vallen in het niet tegen de overige klanten die door de Juwel en Rekers zijn verdeeld.

147. Daarnaast stelt de heer [F] in deze verklaringen dat als hij de kans kreeg een lagere prijs te bieden, hij op deze wijze een opdracht binnenhaalde. Ook hieruit blijkt dat dat niet altijd ging en er wel klanten zijn verdeeld. Uit de aangehaalde verklaring van Rekers blijkt daarnaast dat zij tevreden was over de cijfers en het niet goed controleerbaar was. In het geval de afspraak consequent niet werd nageleefd zou dit waarschijnlijk wel duidelijk zijn geworden. De informatie-uitwisseling en klantverdeling met hetzelfde doel zette zicht zo voort.
148. [F] stelt in een ander onderdeel van de verklaring over informatie-uitwisseling met betrekking tot offertes, dat hetgeen op papier staat in de praktijk nooit tot uitvoering is gekomen.¹⁸⁶ Juwel verwijst ook naar een ander deel van de verklaring: *“En als ik de kans kreeg pakte ik die klant. Daar moet ik heel eerlijk in zijn. En Rekers deed dat frequent. Dus in de praktijk is dat nooit tot uitvoering gekomen. Maar op papier heb ik hieraan meegewerkt, want daardoor zag ik mijn kansen vergroten om überhaupt op een normale manier mijn garages te kunnen verkopen.”*¹⁸⁷ In verband met gestelde rooftprijzen van Rekers tot februari 2010 zou volgens Juwel normale concurrentie niet mogelijk zijn geweest.

¹⁸⁴ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2 oktober 2012, dossierstuk 2012203455, p. 33.

¹⁸⁵ ACM heeft de vindplaats hiervan opgenomen in Bijlage 1 bij het sanctiebesluit.

¹⁸⁶ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2 oktober 2012, dossierstuk 2012203455, p. 21.

¹⁸⁷ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2 oktober 2012, dossierstuk 2012203455, p. 23.

Besluit Openbaar

149. Juwel stelt zich daarnaast op het standpunt [F] na februari 2010 de concurrentie wel is aangegaan en regelmatig meer dan 5% korting op de lijstprijs aanbood, hij zijn extra zijn best deed en er vol voor ging.¹⁸⁸
150. Juwel heeft in haar zienswijze in bezwaar daarnaast de opdracht bij [VERTROUWELIJK] in Echt aangehaald waarbij zij aanvoert dat Rekers zich niet aan de afspraak heeft gehouden. Daartoe verwijst zij naar mails van de heer [B] waarin hij offerteprijzen aanhaalt.¹⁸⁹ Deze zouden niet overeenkomen met de prijzen in de offerte.¹⁹⁰ ACM stelt echter vast dat in de mails verwezen wordt naar een offerte van 21 december 2009 en de offerte van 22 december 2009 is. ACM sluit niet uit dat er nog een offerte van 21 december 2009 bestaat.
151. ACM acht het niet aannemelijk dat de afspraak alleen op papier zou zijn voortgezet, als beide partijen wisten dat deze nooit werd nagekomen. Dit zou de relatie tussen partijen niet ten goede komen. De verslechterde relatie was immers juist de reden waarom men tot een dergelijke afspraak was gekomen.¹⁹¹
152. Naast deze verklaringen draagt Juwel nog andere argumenten aan voor de stelling dat niet werd nagekomen. Ten eerste wordt volgens Juwel ca. [VERTROUWELIJK]% van de getekende koopovereenkomsten voor prefab garages tussentijds ontbonden.¹⁹² Dit zegt volgens ACM niets over het niet nakomen van de afspraak. Ook in deze gevallen kan de afspraak gewoon zijn nageleefd. Als het al zo is dat [VERTROUWELIJK]% van de overeenkomsten wordt ontbonden, wordt de overige [VERTROUWELIJK]% van de getekende koopovereenkomsten niet ontbonden. Ten tweede zou het marktaandeel van Juwel bij naleving van de afspraak van februari 2010 tot juli 2012 [VERTROUWELIJK]% moeten zijn geweest. Zoals al eerder vastgesteld werd de 5:1 verhouding niet gemonitord. Daarmee is niet gezegd dat de afspraak niet is nageleefd.
153. ACM stelt vast dat de daadwerkelijke mededingingsbeperkende gedraging, het verdelen van klanten, gewoon is doorgegaan. Hetgeen eventueel niet is nagekomen is de werkafpraak om klanten te verdelen in de verhouding 5:1. Uit de verklaring van de heer [B] blijkt ook dat er geen aanleiding was om te monitoren.¹⁹³
154. Overigens merkt ACM op dat vaststaat dat ook in het geval niet alle klantverdelingen zouden zijn nagekomen, partijen over en weer wetenschap hadden van elkaars biedgedrag en geen van beide partijen expliciet afstand heeft genomen van de afspraak.¹⁹⁴ ACM heeft vast kunnen stellen dat zij beide het doel van de afspraak voor ogen hebben gehad en op basis daarvan hebben gehandeld op een wijze die afwijkt van gedrag tussen concurrerende ondernemingen.

¹⁸⁸ Verzoek ondertekening verklaring de heer [F] d.d. 2 oktober 2012, dossierstuk 2012203455, p. 4.

¹⁸⁹ Bijlagen bij mondelinge ondernemingsverklaringen, dossierstuk 2012104043, p. 37.

¹⁹⁰ Zienswijze Rekers bezwaarfase, dossierstuk 2015103093, bijlage 2.

¹⁹¹ Zie par. 6.1.1: Voorafgaand aan de afspraak was er volgens partijen sprake van een hevige concurrentiestrijd en negatieve publiciteit over en weer.

¹⁹² Zienswijze Juwel, dossierstuk 2014101794, nr. 59.

¹⁹³ [VERTROUWELIJK].

¹⁹⁴ ACM wijst erop dat cheaten het gedrag zelf niet minder ernstig maakt.

Besluit Openbaar

6.6.2 Beperking van de concurrentie van derden

155. ACM volgt Juwel niet in haar stelling dat de afspraak de concurrentie van derden niet heeft beperkt.
156. ACM volgt Juwel niet in haar stelling dat Juwel met de afspraak een ander doel zou hebben gehad. ACM heeft vastgesteld dat het doel van de gedraging was de Nederlandse markt zoveel mogelijk voor de betrokken ondernemingen te houden en andere Duitse aanbieders tegen te werken. Juwel stelt echter dat haar doel zou zijn geweest te voorkomen dat zij uit de markt werd gedrukt. Dit betoog treft zoals in paragraaf 6.6 aan de orde zal komen geen doel.
157. ACM volgt Juwel daarnaast niet in haar stelling dat andere aanbieders niet de behoefte hebben de positie op de Nederlandse markt te vergroten. ACM meent dat het feit dat er niet veel animo is ligt aan het feit dat de vraag vanuit Nederland naar betonnen prefab garages niet groot is.¹⁹⁵ Wat wel blijkt is dat in het geval een derde wel een poging waagde te acteren op de Nederlandse markt, Juwel en Rekers ervoor zorgden dat deze derde werd buitengesloten.¹⁹⁶ Juwel en Rekers waren zich dus beide bewust van het feit dat andere partijen hun positie op de Nederlandse markt wilden vergroten dan wel wilden toetreden. Op het moment dat er totaal geen concurrentiedruk zou bestaan op de Nederlandse markt zou een dergelijke samenwerking om derden buiten te houden niet noodzakelijk zijn geweest. Daarbij is van belang dat een hoge prijs door kartelvorming toetreding dan wel vergroting van het marktaandeel door andere partijen kan uitlokken.
158. ACM stelt zich daarbij op het standpunt dat ook in het geval de concurrentie van derden niet zou zijn beperkt, dit niet leidt tot verminderde verwijtbaarheid dan wel boeteverlaging. Vast staat dat partijen samen beschikten over de gehele markt, wat het kartelgedrag nog ernstiger maakt.
159. Een afspraak met het doel de markt voor betrokken ondernemingen te houden en andere aanbieders tegen te werken heeft in het algemeen schade voor de afnemers tot gevolg. De concurrentie die normaliter tussen beide aan het kartel deelnemende partijen zou bestaan is daardoor immers verdwenen dan wel verminderd. ACM acht het in deze zaak niet aannemelijk dat de concurrentie in deze zaak niet verminderd dan wel verdwenen is. Ten overvloede merkt ACM op dat ook in het geval het doel van de betreffende afspraak niet wordt verwezenlijkt, dit niets afdoet aan de overtreding.

6.6.3 Ernstfactor (relatief) niet te hoog

160. Ten derde is ACM van oordeel dat de ernstfactor (relatief) gezien niet te hoog is vastgesteld. Hoewel ACM in eerdere zaken een lagere ernstfactor heeft toegepast, maakt dit niet dat de vaststelling van de ernstfactor in de onderhavige zaak excessief of onrechtmatig is.
161. Zoals ACM in hoofdstuk 6.3 van het bestreden besluit heeft uiteengezet, is er sprake van één enkele complexe en voortdurende overtreding. De zwaarte van deze overtreding is derhalve vastgesteld op basis van de overtreding in zijn geheel. ACM heeft bovendien

¹⁹⁵ Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 50.

¹⁹⁶ Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 152-157.

Besluit Openbaar

vastgesteld dat er sprake is van een verstrekkende horizontale afspraak, omdat de betrokken ondernemingen (potentiële) klanten verdeelden teneinde een hogere prijs te realiseren voor een prefab betonnen garage dan onder normale concurrentie omstandigheden het geval zou zijn. Daarnaast hebben de betrokken ondernemingen met de mededingingsbeperkende afspraken de onzekerheid over elkaars voorgenomen marktgedrag op het gebied van de verkoop van standaard en Großraumgaragen weggenomen. Op grond van artikel 2.6, derde lid van de Boetebeleidsregels¹⁹⁷ dient een dergelijke overtreding gekwalificeerd te worden als een zeer zware overtreding.

162. Voor het vaststellen van de ernstfactor heeft ACM voorts meegewogen de mededingingsbeperkende afspraken een stabiele klantenverdelingsafpraak tussen de betrokken ondernemingen behelsde die zag op de gehele Nederlandse markt voor prefab betonnen garages. Hierdoor konden Juwel en Rekers een hogere prijs rekenen dan onder normale mededingingscondities het geval zou zijn en werden afnemers in hun keuzevrijheid beperkt in het al geringe aanbod op de Nederlandse markt. Dit geldt temeer nu Juwel en Rekers ook samenspannen om andere (Duitse) aanbieders af te schrikken om te voorkomen dat deze andere (Duitse) aanbieders (nieuwe) klanten kregen op de Nederlandse markt. In dat kader acht ACM een ernstfactor van 3,5 passend.
163. De vergelijking met andere boetebesluiten die Juwel in haar bezwaarschrift maakt, gaat niet op. Het besluit inzake Zilveruien is genomen onder een oudere versie van de boetebeleidsregels.¹⁹⁸ Hierbij heeft ACM bovendien overwogen dat het overgrote deel van de overtreding plaatsvond in de periode vóór de inwerkingtreding van de Boetebeleidsregels 2009, zodat naar haar oordeel moet worden aangesloten bij de Boetecode van vóór 2009.¹⁹⁹ Daarom heeft ACM in het boetebesluit Zilveruien een maximale ernstfactor van 3 toegepast.²⁰⁰ In het boetebesluit Zilveruien gold dus een andere bandbreedte. Deze zaak is derhalve niet vergelijkbaar.
164. Ook de vergelijking met de besluitvorming in de zaak Natuurazijn gaat niet op. Weliswaar heeft ACM in de natuurazijn-zaak dezelfde boetebeleidsregels toegepast, maar de factoren die hebben meegewogen hebben geleid tot een lagere ernstfactor. ACM kan bijvoorbeeld reeds wijzen op het feit dat de overtreding in natuurazijn betrekking had op meer dan de helft van het totale volume van de afzetmarkt voor industrieel natuurazijn in Nederland. Dit is niet te vergelijken met deze zaak nu Juwel en Rekers gezamenlijk bijna [VERTROUWELIJK]% van de Nederlandse marktbedienden.
165. ACM is derhalve van oordeel dat zij terecht een ernstfactor van 3,5 heeft opgelegd. Ook het feit dat Juwel een marktaandeel van slechts [VERTROUWELIJK]% had niet relevant voor de

¹⁹⁷ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 19 april 2013, nr. WJZ/12366159, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving waarvan de Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving (Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM).

¹⁹⁸ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ/9150320, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving waarvan de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast met het toezicht op de naleving (Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009).

¹⁹⁹ NMa Boetecode 2007, naderhand nog gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2007 in verband met de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, Stb. 2007, 284 (Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196).

²⁰⁰ Zie randnummer 277 van het boetebesluit Zilveruien. Te raadplegen op <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/10535/Boete-kartel-Zilveruien/>.

Besluit Openbaar

bepaling van de ernstfactor. Immers wordt de kleine positie op de markt verdisconteerd in de boetegrondslag en niet de ernstfactor.

166. Gelet op het voorgaande komt ACM tot de conclusie dat zij de ernstfactor terecht heeft vastgesteld op 3,5. ACM ziet geen aanleiding in het betoog omtrent niet nakoming om de ernstfactor aan te passen. Daarnaast is de stelling van Juwel dat concurrenten niet werden beperkt door de overtreding onjuist. Bovendien leidt dit niet tot verminderde verwijtbaarheid danwel boeteverlaging, nu juist vast staat dat partijen samen beschikten over de gehele markt en de gevolgen van het kartel daardoor extra voelbaar waren voor afnemers. Tot slot is de ernstfactor ook in vergelijking met andere zaken terecht op 3,5 vastgesteld.

6.7 Boeteverlagende omstandigheden

167. Juwel stelt dat zij voor boetevermindering in aanmerking komt wegens diverse omstandigheden. Ten eerste zou Rekers het initiatief hebben genomen tot de gestelde afspraak en Juwel slechts een kleine en beperkte rol hebben gehad in de gestelde overtreding. Deze kleine beperkte rol werd daarnaast gemotiveerd door de voorafgaand aan de deelname uitgeoefende economische druk. Juwel heeft daarbij de gestelde afspraak niet toegepast en heeft voor zover mogelijk bij de lage prijsstelling van Rekers, concurrerend in de markt opgesteld. Ten slotte heeft Juwel de gestelde overtreding ruim voor aanvang van het onderzoek, op 24 mei 2012 vrijwillig en uit eigen beweging beëindigd. Daarom zou Juwel voor boetevermindering in aanmerking komen.
168. Ten eerste stelt ACM zich op het standpunt dat het feit dat Juwel een kleinere partij is in het geheel, al tot uitdrukking komt in de boetegrondslag. De betrokken omzet weerspiegelt de rol in het kartel. Daarnaast heeft ACM niet vastgesteld dat Juwel het initiatief voor het geheel nam, maar heeft ACM vastgesteld dat Juwel ook een actieve rol had in het geheel.²⁰¹ Zij heeft namelijk op verschillende onderdelen initiatieven genomen. Daarbij heeft Juwel, zoals al vastgesteld in het sanctiebesluit, het initiatief genomen om offerteaanvragen van klanten te bespreken en te verdelen en is daarna op haar aandringen een klantenlijst opgesteld.²⁰² Daarnaast blijkt uit de bewijsmiddelen dat de heer [F] een g-mail account heeft gemaakt:

“Hallo [B], hiermee mijn nieuw account voor onze correspondentie. Graag alleen nog losse adressen die ik moet toevoegen, dus geen lijsten meer. Ik heb dit mailadres ook op mijn telefoon. Dus kan ik tijdig reageren en hoef hopelijk geen bericht te missen. Fijne avond, groetjes [F].”²⁰³

Ook hiermee heeft [F] zich actief opgesteld. ACM heeft gezien het voorgaande geen aanleiding de boete te verlagen.

169. Ten tweede is zoals in paragraaf 6.5 geconcludeerd, van economische dwang die leidt tot verminderde verwijtbaarheid niet gebleken, zodat dit niet als boeteverlagende omstandigheid kan gelden.

²⁰¹ Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 277.

²⁰² Sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 277, waarbij verwezen naar hoofdstuk 3 en 4 van het sanctiebesluit. Zie ook sanctiebesluit, dossierstuk 2015202659, nr. 72 en voetnoot 151.

²⁰³ VvA inzake kopiëren digitale gegevens van 04-02-2013, dossierstuk 2013201204, p. 2.

Besluit Openbaar

170. Wat betreft het derde punt, het niet nakomen van de afspraak, stelt ACM zich, zoals in paragraaf 6.6 geconcludeerd, op het standpunt dat dit niet tot aanpassing van de ernstfactor dient te leiden. ACM ziet gezien de motivering in paragraaf 6.5 ook geen aanleiding tot verlaging van de boete.
171. Ten vierde volgt ACM het standpunt dat Juwel de overtreding vrijwillig en uit eigen beweging heeft beëindigd evenmin. Zoals al vastgesteld in paragraaf 6.4 is er geen sprake van voortijdige expliciete beëindiging. Voorts is er geen sprake van bijzondere omstandigheden waaruit blijkt dat Juwel meer heeft gedaan dan normaliter van haar mag worden verwacht.
172. Van boeteverlagende omstandigheden is gezien het voorgaande dan ook geen sprake. Hetgeen Juwel op dit punt aanvoert treft derhalve geen doel.

6.8 Conclusie ten aanzien van de gronden van bezwaar

173. Gelet op al het voorgaande is ACM van oordeel dat geen van de door Juwel ingediende bezwaren ten aanzien van het bestreden besluit doel treffen. ACM verklaart na heroverweging van het bestreden besluit de bezwaren ongegrond.

7. Verzoek tot intrekking clementie

174. In haar bezwaarschrift verzoekt Juwel tevens tot intrekking van de clementie die aan Rekers is toegekend. ACM is van oordeel dat dit verzoek van Juwel niet-ontvankelijk is. Voordat ACM hierop ingaat, merkt zij op dat de clementietoezegging geen onderdeel uitmaakt van het bestreden besluit. Juwel heeft haar verzoek opgenomen in haar bezwaarschrift dat zich richt tegen het besluit van 3 juni 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/202659. In dit besluit is geen clementie toegerekend aan Rekers. Op 3 juni 2015 heeft ACM twee separate besluiten genomen. Het eerste besluit met kenmerk ACM/DJZ/2015/202659 richt zich tot Juwel en legt haar een boete op van EUR 306.500. Het tweede besluit met kenmerk ACM/DJZ/2015/202860 richt zich tot Rekers en in dit besluit is boetevermindering van 100% toegekend aan Rekers. Hoewel de besluiten inhoudelijk gelijk zijn, zit er een verschil in rechtsgevolg die uitgaat van de besluiten. Daarbij geldt dat een onderneming alleen belanghebbend is bij het sanctiebesluit dat zich ook daadwerkelijk tot die betreffende onderneming richt.
175. Juwel baseert haar verzoek op het feit dat Rekers dwang zou hebben uitgeoefend op Juwel om tot het kartel toe te treden. In paragraaf 6.5 heeft ACM dit betoog verworpen. Indien wel dwang in de zin van de Clementieregeling zou zijn uitgeoefend, dan zou Rekers op grond van artikel 5, aanhef en onder a sub 2, van de Clementieregeling slechts in aanmerking komen voor een boetevermindering van ten minste 10% en ten hoogste 40%.²⁰⁴ Het verzoek van Juwel ziet daarmee op de hoogte het kortingspercentage dat aan Rekers is toegekend. Naar het oordeel van ACM heeft Juwel geen belang bij het bepalen van dit kortingspercentage. Het feit dat ook aan Juwel een boete is opgelegd en zij daartegen bezwaar heeft ingediend brengt - ondanks het bestaan van enige inhoudelijke samenhang met de onderhavige besluiten - niet mee dat Juwel een belang heeft ten aanzien van de

²⁰⁴ *Stort* 2009, nr. 14078, Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 11 september 2009, nr. WJZ/9146574, tot vermindering van bestuurlijke boetes betreffende kartels.

Besluit Openbaar

clementietoezegging aan Rekers. Juwel is immers in de gelegenheid, van welke gelegenheid zij ook gebruik heeft gemaakt, het besluit van ACM dat haar regardeert, in rechte aan te vechten en beschikt aldus over een zelfstandige door haar aan te wenden rechtsgang om haar belangen in deze te behartigen.²⁰⁵

176. Gelet op het voorgaande verklaart ACM het verzoek van Juwel, om de toekenning van clementie aan Rekers in te trekken, nietontvankelijk.

²⁰⁵ Zie CBb 3 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD6629 (AUV/ Aesculaap B.V), r.o. 7.1.2.

Besluit Openbaar

8 Besluit

177. De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart het bezwaar van Juwel Betonbauteile GmbH ongegrond en handhaaft haar besluit onder aanvulling van de motivering haar besluit van 1 juni 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/202659;
- II. verklaart het verzoek van Juwel Betonbauteile GmbH, om de toekenning van clementie aan Rekers Betonwerk GmbH & Co. KG en Rekers Betonwerk GmbH in te trekken, niet ontvankelijk.

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

W.g.
mr. J.G. Vegter
Bestuurslid

43/43

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. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.