

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2016/205217_OV
Zaaknummer: 15.0328.31.1.02
Datum: 30 augustus 2016

1 Samenvatting

1. Besluit van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) op het bezwaar van Samskip Logistics International B.V., Samskip Holding B.V. en Samskip North Atlantic B.V. (hierna gezamenlijk: Samskip) gericht tegen het besluit van ACM van 22 december 2015¹ (hierna: het bestreden besluit), inzake de oplegging van boetes wegens overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en/of artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). ACM verklaart het bezwaar ongegrond.
2. ACM blijft van oordeel dat de gedragingen waarmee Kloosterboer IJmuiden B.V. artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU heeft overtreden, (mede) toegerekend kunnen worden aan Samskip. ACM handhaaft verder haar conclusie dat ACM beschikt over de bevoegdheid en juridische grondslag om de boete op te leggen. In heroverweging is ACM van oordeel dat er geen sprake is geweest van schending van het gelijkheids- of evenredigheidsbeginsel.

2 Inleiding

2.1 Verloop van de procedure

3. Voor het verloop van de procedure tot aan het bestreden besluit, verwijst ACM naar §1.1 van dat besluit.
4. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het bestreden besluit op 22 december 2015 is op hoofdlijnen als volgt:
5. Bij brief van 29 januari 2016² heeft Samskip, op nader aan te voeren gronden, bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. ACM heeft op 5 februari 2016 de ontvangst van het bezwaarschrift van Samskip bevestigd en Samskip een termijn gesteld om vóór 1 april 2016 de gronden van bezwaar in te dienen.³ Deze termijn is op verzoek van Samskip verlengd tot en met 4 mei 2016. Op 4 mei 2016 heeft ACM de gronden van bezwaar van Samskip (hierna: bezwaarschrift Samskip) ontvangen.⁴
6. Op 4 juli 2016 heeft een hoorzitting (hierna: de hoorzitting) plaatsgevonden waar Samskip haar bezwaren tegen het bestreden besluit heeft toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt. Het verslag is op 23 augustus 2016 naar Samskip verzonden.⁵

¹ Besluit van 22 december 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/206993.

² Kenmerk: A.172998.01.

³ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/200706.

⁴ Kenmerk: A.172998.01/3747281.

⁵ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/205031.

Besluit Openbaar

2.2 Het bestreden besluit

7. In het bestreden besluit concludeert ACM dat Kloosterboer IJmuiden B.V. artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU heeft overtreden en dat deze overtreding mede kan worden toegerekend aan Samskip. ACM heeft daarom aan Samskip B.V. (heden: Samskip North Atlantic B.V.)⁶ en Kloosbeheer B.V. gezamenlijk een boete opgelegd van EUR 390.000. Tevens heeft ACM aan Samskip Logistics B.V. (heden: Samskip Logistics International B.V.)⁷, Samskip Holding B.V. en Kloosbeheer B.V. een gezamenlijke boete opgelegd van EUR 1.048.000. ACM heeft hierbij in het bestreden besluit aangetekend dat Kloosbeheer B.V. voor de voornoemde boetes aansprakelijk is tot een maximum van EUR 537.000.

2.3 Juridisch kader

8. Voor de beschrijving van het relevante juridisch kader verwijst ACM naar het bestreden besluit, hoofdstuk 5, randnummers 136 t/m 144 en 198 t/m 203.

3 Beoordeling bezwaargronden

9. In dit besluit behandelt ACM de bezwaargronden van Samskip op de volgende wijze. Eerst zal het bezwaarschrift worden afgebakend (§3.1). Daarna behandelt ACM de bezwaargronden die Samskip aanvoert gegroepeerd in zes onderwerpen, waarbij de beoordeling per onderwerp steeds direct volgt op de samenvatting van de bezwaargronden. Achtereenvolgens komen de volgende onderwerpen aanbod. Allereerst zullen de bezwaargronden worden behandeld die Samskip aanvoert ter onderbouwing van haar stelling dat er sprake is van verjaring (§3.2), vervolgens de bezwaargronden dat er sprake zou zijn van onrechtmatig verkregen bewijs (§3.3), de bezwaargronden die zien op de toerekening van de overtreding aan Samskip (§3.4), de bezwaargronden ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel (§3.5), de bezwaargronden die zien op het verdedigingsbeginsel (§3.6) en de bezwaren van Samskip met betrekking tot de juridische basis voor de boetes (§3.7).

3.1 Afbakening bezwaarschrift

10. Bij het bestreden besluit zijn niet alleen bestuurlijke boetes aan Samskip opgelegd, maar ook aan Kloosbeheer B.V. Beide partijen zijn beboet op grond van toerekening van de overtredingen

⁶ Per 25 december 2015 heeft Samskip B.V. (24243207) haar statutaire naam gewijzigd in Samskip North Atlantic B.V., zie: poststuknummer 2016304739 (KvK d.d. 16 juni 2016 – Historie Samskip North Atlantic B.V. (24243207)).

⁷ Per 10 september 2009 heeft Samskip Logistics B.V. (34286017) haar statutaire naam gewijzigd in: Samskip Icepak Logistics B.V. (zie: 7601/575 – Uittreksel Kamer van Koophandel d.d. 5 februari 2015 – Historie Samskip Icepak Logistics B.V. (34286017)). Per 16 april 2015 heeft Samskip Icepak Logistics B.V. (34286017) haar statutaire naam gewijzigd in: Samskip Logistics B.V., die op haar beurt, per 23 december 2015, haar statutaire naam gewijzigd heeft in: Samskip Logistics International B.V., zie: poststuknummer 2016304739 (KvK d.d. 16 juni 2016 – Historie Samskip Logistics International B.V. (34286017)).

Besluit Openbaar

die door Kloosterboer IJmuiden B.V. zijn begaan. Tijdens de hoorzitting op 4 juli 2016 heeft Samskip desgevraagd aangegeven van oordeel te zijn dat de uitwisseling tussen met name de directeur van Kloosterboer IJmuiden en de CEO van Daalimpex een overtreding van het mededingingsrecht vormt die toe te rekenen is aan Kloosterboer IJmuiden B.V.⁸

11. ACM stelt vast dat Samskip alleen opkomt tegen de toerekening van de overtreding en het opleggen van bestuurlijke boetes aan haarzelf.

3.2 Verjaring

3.2.1 Bezwaren Samskip

12. Samskip betoogt dat de boetebevoegdheid van ACM is vervallen, omdat er geen onderzoekshandelingen zijn die de vervaltermijn van artikel 64 Mw (oud) hebben gestuit.
13. Met name de brief van 28 mei 2013⁹ van ACM aan Samskip heeft de verjaring niet gestuit omdat uit de omschrijving van het doel van het onderzoek in die brief blijkt dat het onderzoek zich richtte op de *opslag van vruchtensappen*.¹⁰ In die brief maakt ACM geen enkele melding van een onderzoek naar de *opslag van vis*, het gebied waarop de gestelde overtreding van de Samskip-entiteiten heeft plaatsgevonden en ter zake waarvan zij zijn beboet.¹¹
14. Pas met het rapport van 10 maart 2015 – dat wil zeggen: meer dan vijf jaar nadat de gestelde overtredingen zijn beëindigd – zijn de Samskip-entiteiten voor het eerst in kennis gesteld van het redelijk vermoeden dat ondernemingen actief op het gebied van de opslag van vis in vrieshuizen het kartelverbod zouden hebben overtreden.¹²

3.2.2 Beoordeling ACM

15. Anders dan Samskip stelt, is de mogelijkheid om een boete op te leggen niet verjaard.
16. Artikel 56, eerste lid, Mw (oud¹³) bepaalt, voor zover relevant:

⁸ Verslag hoorzitting 4 juli 2016, 14:00-16:00, pagina 2.

⁹ Dossierstuk 44.

¹⁰ Bezwaarschrift Samskip, pt. 8.

¹¹ Bezwaarschrift Samskip, pt. 10.

¹² Bezwaarschrift Samskip, pt. 11.

¹³ Dat wil zeggen: zoals dat luidde vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb. Immers, artikel IV, eerste lid, Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (*Stb.* 2009, 264), zoals gewijzigd door artikel 2 C van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb (*Stb.* 2009, 265) bepaalt: "Indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, blijft het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing". De Vierde tranche Awb en de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn per 1 juli 2009 in werking getreden (*Stb.* 2009, 266). De betrokken overtreding vond plaats vóór 1 juli 2009, namelijk tot en met 5 juni 2009. Gelet hierop is artikel 56 Mw (en artikel 64) zoals dat luidde voorafgaande aan de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb van toepassing.

Besluit Openbaar

“Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, kan de raad de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend:

a. een boete opleggen; (...)”

17. Artikel 64 Mw (oud¹⁴) bepaalt, voor zover relevant:

“1. De bevoegdheid tot het opleggen van een boete als bedoeld in artikel 56, eerste lid, onder a, en vijfde lid, vervalt vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden.
2. De in het eerste lid bedoelde verjaringstermijn wordt telkens gestuit door een handeling van de mededingingsautoriteit ter verrichting van een onderzoek of procedure met betrekking tot de overtreding (...).
3. De stuiting van de verjaringstermijn gaat in op de dag waarop tenminste één onderneming (...) die aan de overtreding heeft deelgenomen, (...) van de handeling schriftelijk in kennis wordt gesteld.”

18. Zoals is vastgesteld in het bestreden besluit duurde de overtreding van 22 juni 2007 tot en met 5 juni 2009.¹⁵ Bij haar brief van 28 mei 2013, dat wil zeggen binnen vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden, heeft ACM Samskip verzocht om informatie in verband met (een) mogelijke overtreding(en) van de Mw.¹⁶ Hiermee is de verjaring gestuit.

19. Aan het voorgaande doet niet af het argument van Samskip dat de brief van 28 mei 2013 geen enkele melding maakt van een onderzoek naar overtredingen van artikel 6, eerste lid, van de Mw en/of artikel 101 VWEU door ondernemingen *die actief zijn op het gebied van de opslag van vis*.¹⁷ In dit verband wijst ACM op het volgende.

20. De brief van 28 mei 2013 vermeldt uitdrukkelijk dat: “(...) ACM onderzoek [doet] naar een mogelijke overtreding van de mededingingswet door ondernemingen die actief zijn op het gebied van de exploitatie van koel- en vrieshuizen” en “meer specifiek” dat “dit onderzoek [zich richt] onder meer op (een) mogelijke overtreding(en) van artikel 6 Mededingingswet (hierna: Mw) en/of artikel 101 [VWEU], vanaf in ieder geval 2004 door (a) ondernemingen die actief zijn op het gebied van de exploitatie van koel- en vrieshuizen en/of de productie en opslag van vruchtensappen en aanverwante producten (...), bestaande uit het verdelen van klanten en afstemmen van offertes en tarieven” (onderstreping ACM).

21. Samskip was in de periode die is aangegeven in genoemde brief, 2005-2009, actief op het gebied van de exploitatie van koel- en vrieshuizen, door middel van Kloosterboer IJmuiden B.V., die zich volgens haar eigen bedrijfsomschrijving bezig houdt met “Het exploiteren van koel- en vrieshuizen, alles in de ruimste zin”.¹⁸

¹⁴ Idem.

¹⁵ Bestreden besluit, randnummer 312.

¹⁶ 7601/281. Deze brief werd door Samskip Holding B.V. ontvangen op 28 mei 2013 (zie: Bezwaarschrift Samskip, pt. 8).

¹⁷ Bezwaarschrift Samskip, pt. 10.

¹⁸ Uittreksel KvK, dossiernummer 34073991 (Kloosterboer IJmuiden B.V.)

Besluit Openbaar

22. De overtreding die in het bestreden besluit is vastgesteld, betreft, kort gezegd, het afstemmen van offertes en/of uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie om de mededinging te beperken op de markt voor de opslag van vis in vrieshuizen.¹⁹
23. Gelet op het gebruik van het voegwoord “of” in de brief van 28 mei 2013 was het onderzoek van ACM onmiskenbaar niet beperkt tot het verdelen van klanten en afstemmen van offertes en tarieven ter zake van de opslag van vruchtensappen en aanverwante producten: het omvatte in elk geval de exploitatie van koel- en vrieshuizen. Tot deze exploitatie behoort zonder twijfel de opslag van vis in vrieshuizen, waarmee Samskip zich, via Kloosterboer IJmuiden B.V., bezig hield.
24. Met andere woorden, de brief van 28 mei 2013 van ACM is een “handeling (...) ter verrichting van een onderzoek (...) met betrekking tot de overtreding” in de zin van artikel 64, lid 2, Mw (oud) die de verjaring heeft gestuit met ingang van 28 mei 2013, op grond van artikel 64, lid 3, Mw (oud).
25. Om te kunnen spreken van een stuitingshandeling in de zin van artikel 64, lid 2, Mw (oud) is, anders dan Samskip meent, niet vereist dat de overtreding zoals die ten tijde van het vaststellen van het rapport of het nemen van het sanctiebesluit is omschreven, in de stuitingshandeling al precies hetzelfde is omschreven. Dit zou de aard van deze handeling miskennen: het gaat bij deze stuitingshandeling, kort gezegd, om een handeling ter verrichting van onderzoek naar (een) mogelijke overtreding(en). Met andere woorden: het is een handeling tijdens de fase dat de mogelijke overtreding(en) (nog) niet is (zijn) vastgesteld door het bestuursorgaan; het betreft *onderzoek naar* (een) *mogelijke* overtreding(en). Dit impliceert dat de mogelijke overtreding niet in precies dezelfde termen of met dezelfde mate van precisie kan en hoeft te worden omschreven als in het rapport of het sanctiebesluit, zoals Samskip lijkt te betogen.
26. In dit verband wijst ACM ook op de context waarin zij de brief van 28 mei 2013 aan Samskip heeft verzonden. Deze brief is de eerste handeling op grond van haar onderzoeksbevoegdheden die ACM jegens Samskip heeft genomen en werd verzonden bijna twee jaren vóór de mededeling van het rapport aan Samskip op 10 maart 2015. Het is juist die periode vóór het rapport die ACM, via de haar verleende onderzoeksbevoegdheden, in staat stelt alle relevante bewijzen te verzamelen die het al of niet bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels bevestigen, en een eerste standpunt in te nemen over de richting die de procedure moet volgen en het uiteindelijke gevolg dat eraan zal worden gegeven. In dit stadium kan niet worden geëist dat de mogelijke overtreding al in precies dezelfde termen of met dezelfde mate van precisie kan of moet worden omschreven als in het rapport of het sanctiebesluit. De omschrijving in de brief van 28 mei 2013 van (een) mogelijke overtreding(en) van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU, bestaande in het verdelen van klanten en afstemmen van offertes en tarieven, door ondernemingen die actief zijn op het gebied van de exploitatie van koel- en vrieshuizen, is in dit geval dan ook voldoende omstandig om te kwalificeren als een “onderzoek met betrekking tot de overtreding” in de zin van artikel 64, lid 2, Mw (oud).

¹⁹ Bestreden besluit, m.n. randnummer 208.

Besluit Openbaar

6/19

27. Aan de vaststelling van ACM dat de verjaring is gestuit, doet ook niet af de stelling van Samskip dat de bevoegdheid van ACM om Samskip B.V. (Samskip North Atlantic) een boete op te leggen op 2 januari 2013 is komen te vervallen op de grond dat de overtreding van Samskip B.V. zich heeft voorgedaan van 22 juni 2007 tot 1 januari 2008, en daarmee de brief van ACM van 28 mei 2013 de verjaring niet binnen vijf jaar na beëindiging van de overtreding heeft gestuit. Daartoe wijst ACM op het volgende.
28. Deze stelling miskent allereerst dat, zoals is vastgesteld in het bestreden besluit, de overtreding duurde tot en met 5 juni 2009.²⁰ Dat de individuele betrokkenheid van Samskip B.V. (Samskip North Atlantic) – haar beslissende invloed – bij die overtreding volgens het bestreden besluit duurde tot 1 januari 2008, laat onverlet de duur van de overtreding, de één enkele inbreuk waar Kloosterboer IJmuiden B.V. – tot de beëindiging ervan – als partij rechtstreeks bij betrokken was, en die bestond uit het afstemmen van tarieven en/of het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie,²¹ tot en met 5 juni 2009.²² De brief van ACM van 28 mei 2013 heeft dan ook binnen vijf jaar na beëindiging van de overtreding – 5 juni 2009 – de verjaring gestuit.
29. De stelling van Samskip miskent ook dat Samskip B.V. ten tijde van de gehele periode van de overtreding – tot en met 5 juni 2009 – deel uitmaakte van de Samskip-groep. De aandelen die Samskip B.V. hield in Kloosterboer IJmuiden B.V. werden op 1 januari 2008 niet verworven door een derde, die geen enkele band had met Samskip B.V. noch met de overtreding, die voortduurde, maar door Samskip Icepak Logistics B.V. die op haar beurt, vanaf dat moment, beslissende invloed uitoefende op Kloosterboer IJmuiden B.V. dat rechtstreeks betrokken bleef bij de kartelgedragingen. Op het moment dat Samskip Icepak Logistics B.V. de aandelen in Kloosterboer IJmuiden B.V. verkreeg van Samskip B.V. – op 1 januari 2008 – was Samskip Holding B.V. de 100%-moedermaatschappij van zowel Samskip Icepak Logistics B.V. (de verkrijger van de aandelen) als van Samskip Holding B.V. (de vervreemder van de aandelen).²³
30. De vervreemding van aandelen die worden gehouden in een kartellerende rechtspersoon kan in een geval van intra-concern herstructurering, waarbij kartelgedragingen door de onderneming niet worden beëindigd, maar juist voortduren, niet worden beschouwd als een daadwerkelijke beëindiging van de overtreding waarmee de verjaringstermijn zou aanvangen.²⁴ Zou dit anders zijn, dan zouden ondernemingen het eenvoudig in de hand hebben om via intra-concern herstructureringen naar eigen inzicht de verjaringstermijn te doen aanvangen zonder daadwerkelijke beëindiging van overtredingen.

²⁰ Bestreden besluit, randnummer 312.

²¹ Bestreden besluit, randnummer 145 e.v.

²² Bestreden besluit, randnummer 312.

²³ Poststuknummer 2016304739 (KvK d.d. 16 juni 2016 – Historie Samskip North Atlantic B.V. (24243207)) en poststuknummer 2016304739 (KvK d.d. 16 juni 2016 – Historie Samskip Logistics International B.V. (34286017)).

²⁴ Inzoverre verschilt deze zaak van de zaak-Blankendaal (besluit van ACM van 4 maart 2016, zaaknummer: 15.0327.31; kenmerk: ACM/DJZ/2016/201236_OV) waar ACM tot het oordeel kwam dat haar bevoegdheid tot het opleggen van een boete was vervallen, omdat de overtreding in die zaak was beëindigd door de overdracht van aandelen in een (kartellerende) onderneming aan een derde (zonder relatie met de vervreemder van de aandelen, noch met de kartelgedragingen) en vervolgens de verjaring niet was gestuit binnen vijf jaren na beëindiging van de overtreding.

Besluit Openbaar

31. Ook in dit opzicht is de overtreding niet beëindigd op 1 januari 2008, maar duurde zij voort tot en met 5 juni 2009. De brief van ACM van 28 mei 2013 heeft dan ook binnen vijf jaar na beëindiging van de overtreding – 5 juni 2009 – de verjaring gestuit.

3.3 Onrechtmatig verkregen bewijs

3.3.1 Bezwaren Samskip

32. Samskip keert zich tegen de bedrijfsbezoeken van zowel 18 en 19 januari 2012 als van 30 en 31 januari 2012: de aldaar aangetroffen documenten zouden buiten de reikwijdte van het onderzoek vallen en daarmee onrechtmatig zijn verkregen. ACM heeft, aldus Samskip, tot twee keer toe – zowel op 18 en 19 januari 2012 als op 30 en 31 januari 2012 – documenten verkregen die buiten de reikwijdte van het onderzoek vielen; zij kunnen niet dienen als bewijs. Anders gezegd, aldus Samskip, is er sprake geweest van een “fishing expedition” van ACM.²⁵

3.3.2 Beoordeling ACM

33. Samskip betoogt in wezen dat ACM bij genoemde bedrijfsbezoeken bij de uitoefening van haar bevoegdheden op grond van artikel 5:15 en 5.17 Awb het evenredigheidsbeginsel van artikel 5:13 Awb heeft geschonden.
34. Artikel 5:15 Awb bepaalt:
- “1. Een toezichthouder is bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner.
 - 2. Zo nodig verschaft hij zich toegang met behulp van de sterke arm.
 - 3. Hij is bevoegd zich te doen vergezellen door personen die daartoe door hem zijn aangewezen.”
35. Artikel 5:17 Awb bepaalt:
- “1. Een toezichthouder is bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.
 - 2. Hij is bevoegd van de gegevens en bescheiden kopieën te maken.
 - 3. Indien het maken van kopieën niet ter plaatse kan geschieden, is hij bevoegd de gegevens en bescheiden voor dat doel voor korte tijd mee te nemen tegen een door hem af te geven schriftelijk bewijs.”

²⁵ Bezwaarschrift Samskip, pt. 16.

Besluit Openbaar

36. Artikel 5:13 Awb bepaalt:

“Een toezichthouder maakt van zijn bevoegdheden slechts gebruik voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.”

37. Niet in geding is dat de bij genoemde bedrijfsbezoeken betrokken ambtenaren door ACM zijn aangewezen als toezichthouder in de zin van artikel 50, lid 1, Mw.²⁶ De betrokken ambtenaren beschikten daarmee over de bevoegdheden die aan toezichthouders zijn toegekend in artikel 5.15 Awb en artikel 5.17 Awb. Zij waren bevoegd tot het betreden van de betrokken bedrijfspanden en om gegevens en bescheiden, met inbegrip van elektronische gegevens, te kopiëren.

38. ACM vermag niet in te zien waarom de bij die bezoeken aangetroffen documenten niet zouden kunnen dienen als bewijs tegen Samskip, zoals zij stelt. In het betoog van Samskip vindt ACM geen aanknopingspunten voor het oordeel dat in strijd is gehandeld met artikel 5:13 Awb.

39. Overigens wijst ACM op het volgende.

40. De bedrijfsbezoeken waartegen Samskip zich keert, vonden niet plaats bij Samskip.

41. De eerste groep bedrijfsbezoeken, van 18 en 19 januari 2012, vond plaats bij drie rechtspersonen die niet verbonden waren met Samskip. Zij waren geen dochteronderneming, moedermaatschappij of anderszins verbonden met Samskip.²⁷

42. De tweede groep bedrijfsbezoeken, van 30 en 31 januari 2012, vond plaats bij vier rechtspersonen, die evenmin verbonden waren met Samskip.²⁸

43. In dit licht kan Samskip niet worden aangemerkt als degene wiens belang is getroffen door de gestelde onrechtmatige bedrijfsbezoeken, met name door de verkrijging door ACM van documenten die buiten de reikwijdte van het onderzoek zouden vallen, zodat de gestelde onrechtmatigheid er niet aan in de weg staat de documenten tegen Samskip te gebruiken.²⁹

²⁶ Zie artikel 23 van Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009, Stc. 1 oktober 2009, nr. 14819.

²⁷ Dossierstuk 1, 7601/3, bedrijfsbezoekopdracht NMa, p. 2.

²⁸ Dossierstuk 4, 7601/66, bedrijfsbezoekopdracht NMa, p. 2.

²⁹ Zie in die zin: Raad van State, 9 april 2008, RVS:2008:BC9069, pt. 2.3.1; Raad van State, 21 januari 2009, RVS:2009:BH0484, pt. 2.3.1 (“de beboete persoon die de binnengetreden woning niet bewoont [kan] niet worden aangemerkt als degene wiens belang door het zonder machtiging binnentreden is getroffen, zodat reeds hierom het ontbreken daarvan er niet aan in de weg behoefde te staan de door de opsporingsambtenaren bij de controle geconstateerde feiten tegenover deze persoon te gebruiken”); Hoge Raad, 30 maart 2004, HR:2004:AM2533 (“Afvoerpijp”), pt. 3.5 en pt. 4.4 (Door het lostrekken van een afvoerpijp door een opsporingsambtenaar – een “doorzoeking” waartoe de opsporingsambtenaar in casu niet bevoegd is – in een niet door verdachte gebruikte kelder in een niet door verdachte bewoond pand, is verdachte niet getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen); Hoge Raad, 19 februari 2013, HR:2013:BY5321, pt. 2.4.1 (“Opmerking verdient tevens dat indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim”); Rechtbank Rotterdam, 30 april 2015, RBROT:2015:2912 (“WMO Friesland”), pt. 10.1 t/m 10.3 (“10.1 Eiseres

Besluit Openbaar

3.4 Toerekening

3.4.1 Bezwaren Samskip

44. Volgens Samskip is ACM op basis van de 'Akzo-presumptie' bij 100%-aandeelhouders uitgegaan van beslissende invloed, maar is daarbij niet gemotiveerd ingegaan op de argumenten van Samskip.³⁰
45. In de *eerste plaats* betoogt Samskip, dat Kloosterboer IJmuiden autonoom opereerde ten opzichte van Samskip.³¹ Kloosterboer IJmuiden was op geen enkele wijze geïntegreerd in de Samskip-organisatie; [vertrouwelijk] (hierna: directeur Kloosterboer IJmuiden) werkte vanuit het kantoor van het familiebedrijf Kloosterboer.³² Samskip is door Kloosterboer IJmuiden bewust om de tuin geleid, in wat door de familie Kloosterboer 'het spel' richting Samskip en Daalimpex werd genoemd.³³ Dit 'spel' zag niet alleen op door [vertrouwelijk] de directeur Kloosterboer IJmuiden gemaakte mededingingsbeperkende afspraken, maar nadrukkelijk ook op het voeren van een commercieel beleid en investeringsbeleid van Kloosterboer IJmuiden ten behoeve van een (terug)koop door Kloosterboer.³⁴
46. Samskip voegt hieraan toe, dat zijzelf geen kennis had van de markt voor opslag van vis. Door de overname in 2005 van koel- en vrieshuizen voor vis in IJmuiden van Kloosterboer wilde Samskip voet aan de grond krijgen in Nederland op het gebied van opslag van vis in vrieshuizen. Voor deze marktkennis huurde Samskip juist [vertrouwelijk] de directeur Kloosterboer IJmuiden in, die wel expertise, ervaring en klantcontacten op deze markt had. Door haar gebrek aan eigen marktkennis werd zij gehinderd om beslissende invloed uit te oefenen op het commerciële beleid van Kloosterboer IJmuiden.³⁵ Bij het onderzoek in de digitale omgeving van Samskip werden ook geen voor het onderzoek relevante documenten aangetroffen (wél bij Kloosterboer IJmuiden, Kloosbeheer en Daalimpex): dit vormt ook een aanwijzing dat Samskip geheel buiten de bedrijfsvoering van Kloosterboer werd gehouden.³⁶
47. In de *tweede plaats* voert Samskip aan, dat niet *zij*, maar Kloosbeheer beslissende invloed

heeft betoogd dat ACM de op 1 augustus 2008 en 2 februari 2009 afgelegde verklaringen van [naam 2] niet mocht gebruiken omdat aan haar ten onrechte de cautie niet is verleend. 10.2 Ten aanzien daarvan verwijst de rechtbank naar (...) het Afvoerpijparrest [*supra*]), en het arrest van 19 februari 2013 [*supra*] dat de lijn van het Afvoerpijparrest volgt. In het Afvoerpijparrest heeft de HR overwogen dat indien het niet de verdachte is die door de niet-naleving van het voorschrift is getroffen in het belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen, in de te berechten zaak als regel geen rechtsgevolg zal behoeven te worden verbonden aan het verzuim. 10.3 [naam 2] was niet werkzaam voor eiseres, maar voor [onderneming 3]. Hieruit volgt dat, voor zover haar verklaring bijdraagt aan de inkleuring van het bewijs, de geschonden norm in dit geval niet tot bescherming van eiseres, maar ter bescherming van [naam 2] zelf en [onderneming 3] dient. Er hoeft dan ook geen rechtsgevolg te worden verbonden aan het verzuim de cautie te verlenen.”).

³⁰ Bezwaarschrift Samskip, pt. 17.

³¹ Bezwaarschrift Samskip, pt. 21-34.

³² Bezwaarschrift Samskip, pt. 23 en 33.

³³ Bezwaarschrift Samskip, pt. 25.

³⁴ Bezwaarschrift Samskip, pt. 25.

³⁵ Bezwaarschrift Samskip, pt. 27.

³⁶ Bezwaarschrift Samskip, pt. 31.

Besluit Openbaar

10/19

uitoefende op Kloosterboer IJmuiden.³⁷ Kloosterboer IJmuiden veronachtzaamde alle commerciële belangen van Samskip teneinde de commerciële doeleinden van Kloosbeheer te bewerkstelligen³⁸

48. In de *derde plaats* was er, aldus Samskip, bij Samskip Logistics, Samskip Holding en/of Samskip North Atlantic geen wetenschap over afstemming met Daalimpex. [vertrouwelijk] De directeur Kloosterboer IJmuiden had alleen contact met [vertrouwelijk A] en [vertrouwelijk B] (van Kloosterboer IJmuiden).³⁹
49. In de *vierde plaats* betoogt Samskip, dat [vertrouwelijk] (CEO Samskip Logistics B.V.) geen wetenschap had van verboden gedragingen tussen Kloosterboer IJmuiden en Daalimpex.⁴⁰ De e-mails waar dat uit zou blijken zijn onduidelijk geformuleerd.⁴¹ Drie e-mails zijn vóór de periode van de inbreuk verzonden.⁴² Bij één e-mail is de informatie in een “PS” opgenomen; een e-mail die niets met de overtreding te maken heeft en waarvan de “PS” voor meerdere uitleg vatbaar is.⁴³ Daarnaast is nooit aan [vertrouwelijk] de CEO Samskip Logistics B.V. gerapporteerd over de afspraken tussen de CEO van Daalimpex en [vertrouwelijk] de directeur Kloosterboer IJmuiden.⁴⁴ Ten slotte duidt de e-mailwisseling tussen [vertrouwelijk A] en [vertrouwelijk] de directeur Kloosterboer IJmuiden niet op wetenschap bij Samskip:⁴⁵ [vertrouwelijk A] was immers in dienst van Kloosterboer IJmuiden en [vertrouwelijk] de directeur Kloosterboer IJmuiden was zijn leidinggevende. Dat hij (ook) een Samskip e-mailadres gebruikte, maakt niet dat hij namens Samskip handelde. Uit alle e-mails van [vertrouwelijk A] blijkt dat hij handelde namens Kloosterboer IJmuiden.⁴⁶
50. *Ten slotte* voert Samskip aan, dat ACM de wetenschap bij Samskip onvoldoende heeft gemotiveerd.⁴⁷ Zo heeft ACM onvoldoende weerlegd het argument dat de CEO Samskip Logistics B.V. geen kennis had van de betrokken gedragingen.⁴⁸ Gesteld dat CEO Samskip Logistics B.V. wél kennis had van die gedragingen, dan is volstrekt onduidelijk (en niet-gemotiveerd) hoe die vermeende wetenschap als “beslissend” en als een “extra aanwijzing” kan worden beschouwd ten aanzien van de aansprakelijkstelling van zowel Samskip Logistics, Samskip Holding en Samskip North Atlantic. Zulks kan hooguit voor de Samskip-vennootschap waar CEO Samskip Logistics B.V. werkzaam is, hetgeen niet is gemotiveerd.⁴⁹

³⁷ Bezwaarschrift Samskip, pt. 35-43.

³⁸ Bezwaarschrift Samskip, pt. 43.

³⁹ Bezwaarschrift Samskip, pt. 44-45.

⁴⁰ Bezwaarschrift Samskip, pt. 46-51.

⁴¹ Bezwaarschrift Samskip, pt. 47.

⁴² Bezwaarschrift Samskip, pt. 47.

⁴³ Bezwaarschrift Samskip, pt. 49.

⁴⁴ Bezwaarschrift Samskip, pt. 50.

⁴⁵ Bezwaarschrift Samskip, pt. 51.

⁴⁶ Bezwaarschrift Samskip, pt. 51.

⁴⁷ Bezwaarschrift Samskip, pt. 52-54.

⁴⁸ Bezwaarschrift Samskip, pt. 52.

⁴⁹ Bezwaarschrift Samskip, pt. 53.

Besluit Openbaar

3.4.2 Beoordeling ACM

51. Indien een moedermaatschappij het volledige kapitaal van de dochtermaatschappij bezit, dan kan deze moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van haar dochter. Volgens vaste rechtspraak geldt dat daarom mag worden aangenomen dat de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochteronderneming.⁵⁰ Immers, een vennootschap die het gehele kapitaal van een dochteronderneming in handen heeft, kan vanwege haar deelneming beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van de dochteronderneming. Omdat een moedermaatschappij en haar dochteronderneming in een dergelijke situatie deel uitmaken van eenzelfde economische eenheid en één onderneming vormen in de zin van het mededingingsrecht hoeft niet te worden aangetoond dat de moeder zelf bij de inbreuk betrokken was. Het is aan de moedermaatschappij om dit vermoeden met afdoende bewijzen te weerleggen.⁵¹
52. Omdat Samskip 100% van de aandelen van Kloosterboer IJmuiden bezit, kan Samskip beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van deze dochter en bestaat er, in lijn met genoemde rechtspraak, een weerlegbaar vermoeden dat Samskip metterdaad een beslissende invloed uitoefent op Kloosterboer IJmuiden.
53. Ter weerlegging van het vermoeden van beslissende invloed betoogt Samskip, dat Kloosterboer IJmuiden autonoom opereerde en niet geïntegreerd was in de Samskip-organisatie. Echter, Samskip heeft geen bewijs geleverd waaruit blijkt dat Kloosterboer IJmuiden zich autonoom op de markt gedraagt. Dat [vertrouwelijk] de directeur Kloosterboer IJmuiden niet naar het kantoor in Rotterdam kwam en lange tijd vanuit het kantoor van het familiebedrijf Kloosbeheer heeft gewerkt, betekent niet dat Kloosterboer IJmuiden niet geïntegreerd was in de Samskip-organisatie of dat zij autonoom, los van Samskip, opereerde. De bestuurder-directeur van Kloosterboer IJmuiden rapporteerde ook aan CEO Samskip Logistics B.V. over marktgedrag (tarieven) van Kloosterboer IJmuiden.⁵²
54. Verder stelt Samskip zich op het standpunt dat zij geen kennis had van de markt voor opslag van vis en daardoor werd gehinderd om beslissende invloed uit te oefenen op het commerciële beleid van Kloosterboer IJmuiden. ACM volgt dit betoog niet. Een eventueel gebrek aan kennis van de markt aan de zijde van een moedermaatschappij sluit niet uit dat er sprake is van beslissende invloed op de dochteronderneming. Het laat onverlet dat Samskip en Kloosterboer IJmuiden onderdeel waren van één onderneming in de zin van artikel 6 van de Mw en/of artikel 101 van het VWEU, bijvoorbeeld gezien de (wettelijke) bevoegdheden van Samskip als enig aandeelhouder althans 100% moedermaatschappij. Met het argument dat Samskip een gebrek aan kennis heeft van de markt, weerlegt Samskip het vermoeden van beslissende invloed niet. Bovendien betekent het ontbreken van duidelijke aanwijzingen van beslissende invloed van de

⁵⁰ HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 60 (*Akzo/Commissie*) en HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620, r.o. 56-57 en 60 (*Elf Aquitaine/Commissie*).

⁵¹ HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 59-60 (*Akzo/Commissie*) en HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620, r.o. 56-57 en 60 (*Elf Aquitaine/Commissie*).

⁵² Zie bijvoorbeeld dossierstuk 116, bijlage 43.

Besluit Openbaar

moedermaatschappij op het commerciële beleid van de dochteronderneming niet dat de dochteronderneming autonoom handelde.⁵³

55. Wat betreft het betoog van Samskip dat zij geen wetenschap had van de gedragingen merkt ACM op dat het voor de toerekening van de overtreding aan Samskip als 100% moedermaatschappij niet relevant is of zij rechtstreeks betrokken was bij dan wel op de hoogte was van de gedragingen. Immers, wetenschap is geen vereiste om de door een dochteronderneming verrichte handelingen te kunnen toerekenen aan haar moedermaatschappij. Het relevante criterium is *beslissende invloed* van de moedermaatschappij waardoor zij en de dochteronderneming één onderneming vormen in de zin van de Mw.⁵⁴ Wetenschap kan wel een extra aanwijzing zijn voor de uitoefening van beslissende invloed.⁵⁵
56. ACM stelt vast dat Samskip de beslissende invloed niet heeft kunnen weerleggen.

3.5 Gelijkheidsbeginsel

3.5.1 Bezwaren Samskip

57. Volgens Samskip heeft ACM het gelijkheidsbeginsel ACM in meerdere opzichten geschonden.
58. In de eerste plaats betoogt Samskip dat het onbegrijpelijk en onevenredig is om de gedragingen van Kloosterboer IJmuiden alleen aan Samskip toe te rekenen, terwijl Kloosterboer IJmuiden meer onder invloed van Kloosterboer stond dan van Samskip. Zelfs als ACM geen beslissende invloed van Kloosterboer zou aannemen in plaats van Samskip, dan zou volgens Samskip ACM de twee vennootschappen op zijn minst gezamenlijk aansprakelijk moeten stellen en beboeten.⁵⁶
59. Ten tweede voert Samskip aan dat ACM het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door in deze zaak een ernstfactor van 2 toe te passen, terwijl ACM in een vergelijkbare zaak⁵⁷ een ernstfactor van 1,5 heeft toegepast.⁵⁸
60. Op de derde plaats heeft Samskip, althans volgens Samskip, niet de mogelijkheid gekregen om aan een zogenaamde “vereenvoudigde procedure” deel te nemen, terwijl die mogelijkheid in andere procedures in de koel- en vriesopslagsector wel open stond.⁵⁹
61. Ten vierde betoogt Samskip dat ACM aan Kloosterboer een voorkeursbehandeling gegeven ten opzichte van Samskip door aan Kloosterboer een 10% boetevermindering te geven wegens verdergaande medewerking. Volgens Samskip is niet duidelijk waaruit deze verdergaande

⁵³ HvJ EU 9 september 2015, T-104/13, r.o. 121.

⁵⁴ HvJ EU 9 september 2015, T-104/13, r.o. 105 (*Toshiba/Commissie*).

⁵⁵ HvJ EG 16 november 2000, C-248/98 P, r.o. 73 (*KNP/Commissie*).

⁵⁶ Bezwaarschrift Samskip, pt. 56-58.

⁵⁷ Zaaknummer 15.0710.31 (Betuwe).

⁵⁸ Bezwaarschrift Samskip, pt. 59-60.

⁵⁹ Bezwaarschrift Samskip, pt. 61.

Besluit Openbaar

medewerking bestaat en waarom Samskip die vermindering niet kon krijgen.⁶⁰

62. Ten *vijfde* stelt Samskip dat ACM ten onrechte alleen een 10% boetevermindering aan Kloosterboer IJmuiden heeft gegeven. Samskip en Kloosterboer IJmuiden zijn volgens Samskip ten onrechte als afzonderlijke overtreders aangemerkt. De vermindering had, aldus Samskip, gegeven moeten worden op de basisboete die aan Kloosterboer IJmuiden is opgelegd, pas daarna had eventueel toepassing kunnen worden gegeven aan een voor een inmiddels van de onderneming afgescheiden rechtspersoon geldende maximumboete.⁶¹

3.5.2 Beoordeling ACM

63. ACM wijst er nogmaals op dat in deze beslissing op bezwaar niet in geding is dat de gedragingen van Kloosterboer IJmuiden strijdig zijn met het mededingingsrecht, althans dat Samskip geen bezwaar heeft gemaakt ten aanzien hiervan.⁶² In onderdeel 3.4 van deze beslissing op bezwaar heeft ACM uiteengezet dat de overtredingen van Kloosterboer IJmuiden toegerekend kunnen worden aan Samskip. De gedragingen van Kloosterboer IJmuiden in de laatste vier maanden van de overtreding kunnen toegerekend worden aan Kloosbeheer B.V. Nu dat in beide gevallen gebeurt op basis van eenzelfde en deugdelijke analyse ziet ACM niet in hoe op dit punt het gelijkheidsbeginsel geschonden kan zijn. Ten overvloede wijst ACM er op dat ook uit de boete-oplegging aan Samskip en Kloosbeheer B.V. gezamenlijk blijkt dat er ten aanzien van de aansprakelijkstelling geen onderscheid gemaakt wordt op basis van de toerekening. Er is daarom geen sprake van dat ACM het gelijkheidsbeginsel geschonden zou hebben omdat ACM de gedragingen van Kloosterboer IJmuiden geheel toegerekend zou hebben aan Samskip.
64. Ten aanzien van de stelling van Samskip dat ACM het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door een van zaak 15.0710.31 (Betuwe) afwijkende ernstfactor toe te passen, overweegt ACM dat het verschil in ernstfactor terug te voeren is op de verschillen in de feiten en omstandigheden tussen beide zaken. In de onderhavige zaak is sprake van mededingingsbeperkend gedrag op basis van afstemming van een aanzienlijk groter aantal offertes dan in de Betuwe-zaak het geval was. In de onderhavige zaak is daarmee naar oordeel van ACM sprake van een horizontale afspraak bestaande uit het verminderen van concurrentiedruk door het afstemmen van tarieven en/of uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie. Op grond van het voorgaande oordeelt ACM dat er geen sprake is van gelijke gevallen en er daarmee ook geen sprake kan zijn van schending van het gelijkheidsbeginsel.
65. Voor zover Samskip stelt dat zij geen gelegenheid heeft gehad om serieus een zogenaamde “vereenvoudigde procedure” te doorlopen, kan ACM Samskip niet volgen. ACM wijst er op dat Samskip in deze zaak op 7 april 2015 is uitgenodigd om deel te nemen aan een “vereenvoudigde afdoening” van de zaak. Samskip heeft deze uitnodiging geaccepteerd en ACM

⁶⁰ Bezwaarschrift Samskip, pt. 62-64

⁶¹ Bezwaarschrift Samskip, pt. 65-71.

⁶² Zie onderdeel 3.1 van dit besluit.

Besluit Openbaar

heeft haar een toelichting gegeven op de voor deze procedure geldende voorwaarden. Één van deze voorwaarden was dat ACM de vereenvoudigde afdoening zou beëindigen wanneer ACM tot de conclusie zou komen dat een gedeeld beeld over de feiten en de overtreding niet haalbaar zou zijn. Omdat ACM niet met alle partijen binnen een redelijke termijn tot een op basis van het rapport gedeeld beeld van de overtreding is gekomen, heeft ACM per brief van 30 juli 2015⁶³ aan Samskip weten dat de zaak niet voor vereenvoudigde afdoening in aanmerking kwam en de reguliere procedure te zullen hervatten. Het gegeven dat dit in de andere procedures anders gelopen is valt niet als schending van het verbod op willekeur te kwalificeren.

66. Met betrekking tot de 10% boetevermindering die ACM wel heeft toegekend aan Kloosbeheer, maar niet aan Samskip, merkt ACM op dat de boetevermindering van 10% in die zaak gezien de medewerking van de betreffende partij aan het boete-traject redelijk is. Samskip, heeft in tegenstelling tot Kloosbeheer, haar betrokkenheid bij de overtreding niet erkend. Gezien de ongelijkheid van deze gevallen kan er geen sprake kan zijn van schending van het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast is van belang dat ACM - gezien de bijzondere context en het complex van feiten - Samskip tot aan de hoorzitting in de gelegenheid heeft gesteld om de juridische procedure tegen de boeteoplegging te beëindigen, waarna ACM de boete met 10% zou hebben gereduceerd. Samskip heeft van deze mogelijkheid geen gebruik willen maken.
67. Ten aanzien van het vijfde bezwaarpunt van Samskip over het onderwerp gelijkheidsbeginsel benadrukt ACM nogmaals dat de boetevermindering van 10% alleen wordt toegekend aan die partij die daadwerkelijk de bedoelde medewerking heeft verleend. ACM wijst er op dat er in de procedure geen sprake (op geen enkel moment in tijd) is geweest van een onderneming Kloosterboer IJmuiden die als dochter van Samskip medewerking heeft verleend aan de procedure. Kloosbeheer B.V. heeft dat wel gedaan als moeder van Kloosterboer IJmuiden en Kloosbeheer draagt uiteindelijk ook die boete waarop de 10% boetevermindering van toepassing is. Nu Kloosbeheer B.V. wel de bedoelde medewerking heeft verleend en Samskip niet, kan naar oordeel van ACM ook op dit punt geen sprake van strijd met het gelijkheidsbeginsel zijn.

3.6 Verdedigingsbeginsel

3.6.1 Bezwaren Samskip

68. Samskip betoogt dat zij herhaaldelijk ACM tevergeefs heeft verzocht om al het bewijsmateriaal dat Kloosterboer IJmuiden aan gaat. In het kader van deze bezwaarprocedure heeft Samskip dat verzoek naar ACM verzonden bij brief van 29 februari 2016.⁶⁴ Onder verwijzing naar uitspraken van het CBb⁶⁵ benadrukt Samskip dat zij als onderdeel van haar recht op verdediging inzage dient te krijgen in alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Samskip voert aan dat de emailservers van Kloosterboer IJmuiden na de aandelenoverdracht zijn overgegaan naar

⁶³ Met kenmerk: ACM/DJZ/2015/204458

⁶⁴ Met kenmerk A.172.998.01.

⁶⁵ CBb 6 november 2009, ECLI:NL:2009:BK2641, punt 6.1 en CBb 4 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521, punt 4.4.3.

Besluit Openbaar

Kloosbeheer. Hierdoor heeft Samskip slechts gedeeltelijk toegang gekregen tot deze informatie. Veel correspondentie in het dossier is zwartgelakt. Volgens Samskip wordt zij daardoor belemmerd in haar verdediging. Het gaat hierbij, aldus Samskip, met name om de beslissende invloed van Kloosterboer aan te tonen.⁶⁶

3.6.2 Beoordeling ACM

69. In reactie op Samskips brief van 29 februari 2016 heeft ACM bij brief van 4 april 2016⁶⁷ aan Samskip aangegeven dat ACM aan Samskip de op de zaken betrekking hebbende stukken ter inzage zal leggen en hierbij goede nota te nemen van Samskips verzoek van 29 februari. ACM heeft vervolgens op 2 juni 2016⁶⁸ als bijlage bij de schriftelijke uitnodiging voor de hoorzitting, de inventarislijst van en (op CD) de stukken die zich in het dossier bevinden aan Samskip gezonden. ACM benadrukt dat dit dossier alle stukken omvat die ten grondslag liggen aan zowel de beslissing in primo als ook de beslissing op bezwaar. Dit geldt ook voor eventuele ontlastende bewijstukken of informatie die ten voordele van betrokkenen strekt, voor zover ACM daarover de beschikking heeft, heeft gehad of zijn aangetroffen bij het aanwenden van onderzoeksbevoegdheden.
70. Uit vaste rechtspraak van het CBb volgt dat ondernemingen die van ACM een boete opgelegd hebben gekregen en zich daartegen verweren, niet zonder meer toegang hebben tot stukken die ACM niet ten grondslag heeft gelegd aan haar besluit. Alleen als de onderneming genoegzaam motiveert waarom stukken die zich bevinden in bedoelde andere dossiers, maar waarop ACM het boetebesluit niet heeft gebaseerd, voor haar verdediging van belang zijn, kunnen dergelijke stukken worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken zoals bedoeld in artikel 7:4, tweede lid, Awb.⁶⁹
71. ACM onderschrijft Samskips stelling dat zij inzage dient te krijgen in alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Dat Samskip echter ook inzage zou moeten krijgen in passages in het dossier die om redenen van bedrijfsvertrouwelijkheid zijn weggegelakt, onderschrijft ACM daarentegen niet. Noch op grond van de door Samskip aangevoerde argumenten, noch op grond van genoemde CBb-uitspraken en evenmin anderszins, zou ACM tot het oordeel moeten komen dat het recht op inzage zich dient uit te strekken tot en met de bedrijfsvertrouwelijke gegevens van andere belanghebbenden. Integendeel uit het door Samskip aangehaalde punt 4.4.3 in de CBb-uitspraak van 4 oktober 2011⁷⁰ met name uit de passage “met uitzondering van stukken die als vertrouwelijk zijn aangemerkt” blijkt dat het honoreren van het recht om vertrouwelijkheidsclaims te doen, geen reden is om aan te nemen dat het dossier onvoldoende toegankelijk is gemaakt.

⁶⁶ Bezwaarschrift Samskip, pt.72-78.

⁶⁷ Met kenmerk: ACM/DJZ/2016/401933.

⁶⁸ Met kenmerk: ACM/DJZ/2016/202724.

⁶⁹ Zie: CBb 4 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521.

⁷⁰ ECLI:NL:CBB:2011:BT6521.

Besluit Openbaar

72. Op grond van voorgaande concludeert ACM daarom ook dat Samskip inzage heeft gehad waar ze recht op heeft. Daarom kan er geen sprake zijn van schending van het verdedigingsbeginself.

3.7 Juridische basis voor boetes

3.7.1 Bezwaren Samskip

73. In de *eerste plaats* voert Samskip aan dat er voor ACM geen verplichting bestaat om een boete op te leggen, dit is een discretionaire bevoegdheid. In dit geval was er alle aanleiding voor ACM om van deze discretionaire bevoegdheid geen gebruik te maken. Samskip onderbouwt dit door te stellen dat Samskip nooit de controle heeft kunnen uitoefenen over haar dochter in IJmuiden en illustreert dit met - kort gezegd - een herhaling van argumenten die Samskip reeds heeft aangevoerd bij haar bezwaren ten aanzien van de toerekening.⁷¹ Het betreft hier, aldus Samskip, geen “standaard” kartel waarbij de moeder onoplettend is geweest en indirect heeft geprofiteerd van de gedragingen van haar dochter.⁷²
74. In de *tweede plaats* betoogt Samskip dat ACM op grond van het evenredigheidsbeginself hier geen boete aan Samskip had moeten opleggen of de boete had moeten matigen. Specifieke of generale preventie is hier volgens Samskip volstrekt zinloos. Volgens Samskip kan immers geen enkele onderneming er op voorbereid zijn dat een “kwaadwillende dochteronderneming” haar “kwaadwillende” handelingen bewust verborgen houdt voor de moeder. Samskip stelt dat ACM bij de bepaling van de boete rekening had moet houden met de verwijtbaarheid aan Samskip en de omstandigheden van het geval. Daarnaast was Kloosterboer, aldus Samskip, de voornaamste stakeholder in Kloosterboer IJmuiden. De boete zou daarom tenminste gematigd moeten worden tot het boetebedrag waarvoor Kloosterboer IJmuiden aansprakelijk is gehouden.⁷³
75. In de *derde plaats* had ACM volgens Samskip in dit bijzondere geval kunnen kiezen voor een symbolische boete.⁷⁴
76. In de *vierde plaats* voert Samskip aan dat ACM alle omstandigheden die zijn beschreven in het bezwaarschrift op zichzelf als boeteverlagende omstandigheden moeten aanmerken.⁷⁵

3.7.2 Beoordeling ACM

77. Zoals reeds vastgesteld in onderdeel 3.1 van dit besluit wordt in deze bezwaarprocedure niet betwist dat Kloosterboer IJmuiden B.V. overtredingen gepleegd heeft. Gegeven dat hier sprake is van een zeer zware overtreding acht ACM handhavend optreden door beboeting op zijn

⁷¹ Zie randnummers 45-50 van dit besluit.

⁷² Bezwaarschrift Samskip, pt. 79-85.

⁷³ Bezwaarschrift Samskip, pt. 86-92.

⁷⁴ Bezwaarschrift Samskip, pt. 93.

⁷⁵ Bezwaarschrift Samskip, pt. 94-95.

Besluit Openbaar

17/19

plaats. Nu ACM aan Kloosbeheer BV voor de activiteiten van Kloosterboer IJmuiden BV reeds een aanzienlijke boete opgelegd heeft en deze boete in rechte vaststaat, zou er juist eerder sprake zijn van schending van het gelijkheidsbeginsel indien er aan Samskip geen boete opgelegd zou zijn. Als het al zo is dat, zoals Samskip stelt, sprake zou zijn van een kartel dat onvergelijkbaar is met andere zaken, dan laat dit onverlet dat er sprake is van overtreding van de mededingingswetgeving door Kloosterboer IJmuiden. Het vraagstuk van wel of niet toerekening aan Samskip staat hier los van.

78. Voor zover Samskip stelt dat ACM op grond van het evenredigheidsbeginsel geen boete had moeten opleggen of de boete had moeten matigen, kan ACM Samskip niet volgen. ACM gaat ook niet mee in Samskips stelling dat deze boete geen preventieve-werking tot effect heeft. Zoals ACM in onderdeel 3.4 van dit besluit op bezwaar al onderbouwd heeft, is er sprake van verantwoordelijkheid van Samskip op grond van het aandelenbezit van Kloosterboer IJmuiden voor de al daar genoemde periode, op grond waarvan de overtreding aan haar toegerekend wordt. ACM is dan ook van oordeel dat bij deze boete oplegging er wel degelijk sprake is van speciale en generale preventie, in die zin dat er afschrikwekkende werking uitgaat richting Samskip en andere ondernemingen die hun verantwoordelijkheden jegens hun dochteronderneming(en) niet nemen, terwijl als ze dat wel zouden doen er een gerede kans is dat overtredingen daarmee voorkomen, eerder beëindigd dan wel minder ernstig zouden worden.
79. Ook Samskips pleidooi dat de boete voor Samskip gematigd zou moeten worden tot maximaal het bedrag waarvoor Kloosbeheer verantwoordelijk is, kan ACM niet volgen. ACM wijst er op dat aan Samskip en Kloosbeheer BV gezamenlijk boetes opgelegd zijn, zonder dat bij de boeteoplegging onderscheid gemaakt is ten aanzien van voor welk deel ieder van beide aan te spreken is. Ieder van beide wordt aansprakelijk gehouden op basis van het uitgangspunt van volledige juridische verantwoordelijkheid gedurende de periode dat Kloosterboer IJmuiden de dochter was van de ene dan wel de andere onderneming. Ook op dit punt kan van schending van het evenredigheidsbeginsel geen sprake zijn. De maximering van de boete aan Kloosbeheer BV heeft plaatsgevonden op grond van een toets of de boete het wettelijke maximum niet overschrijdt op basis van de door de onderneming inzichtelijk gemaakte omzetgegevens. Dezelfde toets is ook uitgevoerd op basis van de door Samskip inzichtelijk gemaakte omzetgegevens. Dat deze individuele omstandigheden ten aanzien van omzetgegevens verschillen tussen Samskip en Kloosbeheer BV doet niet af aan de gelijke en evenredige behandeling van beide ondernemingen. ACM wijst in dit verband naar het oordeel van het CBb in haar uitspraak van 14 juli 2016 dat de relatieve (lagere) hoogte van de boete voor de ene onderneming ten opzichte van de andere geen aanleiding vormt tot matiging van de boete van de andere onderneming voor zover dit verschil een gevolg is van verlaging op grond van de individuele omstandigheden van de onderneming.⁷⁶
80. Ten aanzien van Samskips pleidooi voor een symbolische boete constateert ACM dat Samskip geen specifieke gronden aandraagt op grond waarvan een dergelijke boete passend zou zijn.

⁷⁶ ECLI:NL:CBB:2016:185, punt 11.3.4.

Besluit
Openbaar

81. Tot slot is ACM van oordeel dat Samskip niet onderbouwt waarom de door Samskip aangevoerde omstandigheden door ACM als boeteverlagende omstandigheden beschouwd dienen te worden. Ook uit de toepasselijke boetecode 2007 volgt dit niet. In dit verband wijst ACM nogmaals op randnummer 67 van dit besluit op bezwaar waarin ACM onderbouwt waarom Samskip niet in aanmerking komt voor een boeteverlaging met 10%.

**Besluit
Openbaar**

4 Dictum

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart ongegrond de bezwaren van Samskip Logistics International B.V., Samskip Holding B.V. en Samskip North Atlantic B.V.;
- II. wijst het verzoek op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb, tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure af.

Den Haag,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

overeenkomstig het door het bestuur op 30 augustus 2016 genomen besluit.

W.g.
dr. F.J.H. Don
Bestuurslid

19/19

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.