

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 7036_1/386

Betreft zaak: Zaak 7036 / Paprika - Openbaar besluit

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet (oud).¹

1 Het verloop van de procedure

1. Op 12 juni 2009 is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) een onderzoek begonnen naar een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 81, eerste lid, van het Verdrag tot de Oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG)² door ondernemingen die actief zijn op het gebied van de afzet en/of verkoop van onder meer paprika's in Nederland.³
2. Aanleiding voor het onderzoek was het clementieverzoek in de zin van de Richtsnoeren Clementie,⁴ ingediend door Coöperatieve Veiling Zuidoost-Nederland U.A., ZON Holding B.V., ZON Meermalige Verpakkingen B.V., Zon Verkoopdiensten B.V. en ZON Verpakkingen Venlo B.V.⁵ De gemelde vermoedelijke overtreding van de Mededingingswet en het EG verdrag had onder andere betrekking op paprika's.
3. De NMa heeft op 28 juli 2009 onderzoek verricht op de bedrijfslocaties van onder andere Coöperatieve Veiling Zuidoost Nederland U.A., Zon Verkoopdiensten B.V., Telerscoöperatie FresQ U.A., FresQ Rainbow Growers Group B.V., FresQ United West Growers B.V. en Coöperatie United West Growers U.A., evenals bij derden.⁶

¹ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 62 van de Mededingingswet, hoewel gewijzigd per 1 juli 2009, in de onderhavige procedure nog van toepassing.

² Thans artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).

³ Onderzoeksvoorstel, dossierstuk 7036_1/1.

⁴ *Richtsnoeren Clementie met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 5L, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 Mw in kartelzaken*, laatstelijk gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 9 oktober 2007 en gepubliceerd in Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196.

⁵ Clementietoezegging (Cb 594/52), dossierstuk 7036_2/58.

⁶ Coöperatie The Greenery U.A., FresQ Action Pearl B.V., Coöperatieve Telersvereniging Action Pearl Growers U.A., Coöperatieve Inkooporganisatie VDN U.A., Coöperatie Komosa U.A., Coöperatieve Telersvereniging Sunquality U.A., Valstar Holland B.V. en Haluco B.V., dossierstuk 7036_1/2.

4. De NMa heeft voorts marktonderzoek verricht naar de productiekolom van paprika's (hierna: het Marktonderzoek). Hierbij heeft de NMa schriftelijk inlichtingen ingewonnen bij ondernemingen die actief zijn op het gebied van de afzet en/of verkoop van paprika's, alsook bij negen grote Nederlandse supermarkten,⁷ die in Nederland het belangrijkste distributiekanaal zijn van de betreffende ondernemingen.⁸
5. Gedurende het onderzoek heeft de NMa eveneens schriftelijk inlichtingen ingewonnen en inzage in bescheiden verzocht bij diverse ondernemingen en/of ondernemingsverenigingen die actief zijn in de groente- en fruitsector, evenals bij derden. De NMa heeft daarnaast mondelinge verklaringen afgenomen van bestuurders, oud-bestuurders en werknemers van diverse ondernemingen en ondernemingsverenigingen die actief zijn in de groente- en fruitsector.⁹
6. Op basis van de vergaarde informatie is een redelijk vermoeden gerezen dat diverse Nederlandse ondernemingen die actief zijn op het gebied van de afzet en/of verkoop van paprika's in Nederland, in de periode van 30 mei 2006 tot en met 13 februari 2009, artikel 6 Mw en artikel 81 EG hebben overtreden. In opdracht van de Raad van Bestuur van de NMa (hierna: de Raad) is vanwege dit redelijk vermoeden van een overtreding van de mededingingsregels op 14 december 2010 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (oud)¹⁰ (hierna: het Rapport) opgemaakt. Het Rapport is opgemaakt met het oog op een eventueel aan de betrokken ondernemingen op te leggen sanctie. Op 15 december 2010 is het Rapport aan deze ondernemingen toegezonden.
7. Ingevolge artikel 60 Mw (oud)¹¹ heeft de NMa de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de in het Rapport genoemde betrokken ondernemingen toegezonden.
8. Ingevolge artikel 60, eerste lid, Mw (oud) is aan de betrokken ondernemingen de mogelijkheid geboden om schriftelijk hun zienswijzen omtrent het Rapport naar voren te brengen. Alle betrokken ondernemingen, behalve de clementieverzoeker, hebben schriftelijk hun zienswijzen naar voren gebracht.
9. Ingevolge artikel 60, eerste lid, Mw (oud) is voorts op 21 en 22 april 2011 aan de betrokken ondernemingen de mogelijkheid geboden om op een hoorzitting ten kantore van de NMa mondeling hun zienswijzen omtrent het Rapport naar voren te brengen. Alle betrokken

⁷ Reacties op verzoek om informatie, dossierstukken 7036_1/28, 7036_1/29, 7036_1/31, 7036_1/34, 7036_1/37, 7036_1/38, 7036_1/40, 7036_1/41, 7036_1/42, 7036_1/43, 7036_1/50 en 7036_1/51.

⁸ Bunte, F., *Prijsvorming glastuinbouw*, LEI Wageningen UR, Den Haag, januari 2009, p. 7.

⁹ Dossierstukken 7036_1/55, [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], 7036_3/30, 7036_3/38, 7036_3/40 en 7036_3/31.

¹⁰ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 59 Mw, hoewel gewijzigd per 1 juli 2009, in de onderhavige procedure nog van toepassing.

¹¹ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 60 Mw, hoewel vervallen per 1 juli 2009, in de onderhavige procedure nog van toepassing.

ondernemingen, behalve de clementieverzoeker en FresQ United West Growers B.V., hebben mondeling hun zienswijzen naar voren gebracht.

10. Ingevolge artikel 61, tweede lid, Mw (oud) is van de voormelde hoorzitting een verslag opgemaakt, dat aan alle betrokken ondernemingen is toegezonden.¹²
11. Naar aanleiding van de schriftelijke zienswijze van FresQ United West Growers B.V. heeft de Directie Mededinging van de NMa aanvullend onderzoek gedaan naar de betrokkenheid van FresQ United West Growers B.V. bij de vermoedelijke overtreding van de mededingingsregels.¹³ Dit onderzoek heeft geresulteerd in een aanvullend rapport, dat op 11 november 2011 is opgemaakt en aan FresQ United West Growers B.V., Coöperatie United West Growers U.A. en Telerscoöperatie FresQ U.A. is toegezonden.
12. Ingevolge artikel 60, eerste lid, Mw (oud) is aan deze partijen de mogelijkheid geboden om schriftelijk hun zienswijzen omtrent het aanvullend rapport naar voren te brengen. De betreffende partijen hebben van deze gelegenheid gebruik gemaakt.

2 De betrokken rechtspersonen

13. Hieronder volgt een omschrijving van de rechtspersonen waar het onderhavige besluit, in navolging van het Rapport, betrekking op heeft.

ZON

14. Coöperatie "Pamosa" U.A. (hierna: **Coöperatie Pamosa**) is een coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Venlo. Uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel (hierna: Handelsregister) blijkt dat Coöperatie Pamosa de behartiging van stoffelijke belangen van haar leden door bevordering van de afzet van hun producten ten doel heeft.¹⁴ De paprikatelers die lid zijn van Coöperatie Pamosa zijn tevens lid van Coöperatieve Veiling Zuidoost-Nederland U.A. (dubbel lidmaatschap).¹⁵
15. De heer **[vertrouwelijk]** is sinds 6 maart 2006 bestuurslid van Coöperatie Pamosa en wordt hierna aangeduid als "Bestuurder van Coöperatie Pamosa".

¹² Dossierstukken 7036_1/231 en 7036_1/232.

¹³ Dossierstukken 7036_1/260, 7036_1/261 en 7036_1/262 .

¹⁴ Uittreksel uit het Handelsregister, Coöperatie Pamosa U.A., d.d. 14 december 2010.

¹⁵ **[Vertrouwelijk]**.

16. Coöperatieve Veiling Zuidoost-Nederland U.A. (hierna: **Veiling ZON**) is enig aandeelhouder van ZON Holding B.V. (zie hierna, randnummer 17). Veiling ZON is een coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Venlo. Uit het Handelsregister blijkt dat Veiling ZON de belangenbehartiging van de leden inzake het in de handel brengen van de door deze leden voortgebrachte producten van de voedingstuinbouw ten doel heeft.¹⁶ De leden van Veiling ZON zijn statutair verplicht om hun producten door deze coöperatie te laten afzetten. Feitelijk worden hun producten door Zon Verkoopdiensten B.V. verkocht (zie hierna, randnummer 17).¹⁷
17. Zon Verkoopdiensten B.V. (hierna: **Zon Verkoopdiensten**) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Grubbenvorst. Uit het Handelsregister blijkt dat Zon Verkoopdiensten zich bezighoudt met het in de handel brengen van producten van de groenteteelt, fruitteelt en de champignonteelt, door bevordering van de concentratie van het aanbod van deze producten, van de regulering van de productieprijzen daarvoor en het bemiddelen in de verkoop van die producten anderszins en holdingactiviteiten.¹⁸ ZON Holding B.V. (hierna: **ZON Holding**) is enig aandeelhouder van Zon Verkoopdiensten en heeft volgens het Handelsregister het beheren van vermogen ten doel.¹⁹
18. De heer **[vertrouwelijk]** was in de periode 1 mei 1990 tot 1 oktober 2007 in diverse functies werkzaam bij Veiling ZON. In de periode 1 oktober 2007 tot 31 december 2007 en vanaf 1 april 2008 tot heden is hij commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten.²⁰ De heer **[vertrouwelijk]** wordt hierna aangeduid als "Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten".
19. Coöperatie Pamosa, Zon Verkoopdiensten, ZON Holding en Veiling ZON worden hierna tezamen aangeduid als **ZON**. Schematisch ziet deze groep er als volgt uit:

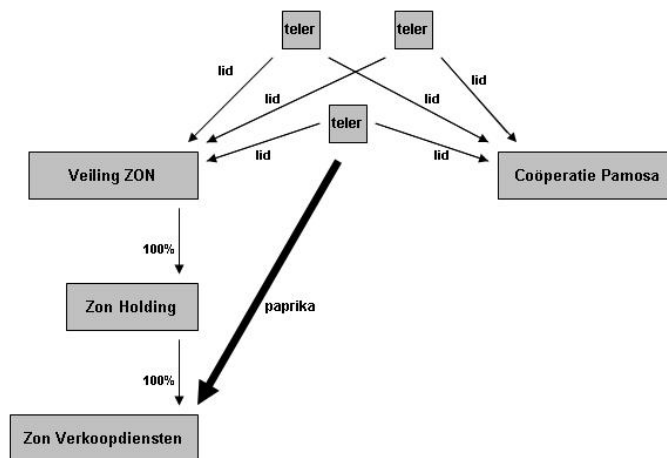
¹⁶ Uittreksel uit het Handelsregister, Coöperatieve Veiling Zuidoost-Nederland U.A., d.d. 14 december 2010.

¹⁷ **[Vertrouwelijk]**.

¹⁸ Uittreksel uit het Handelsregister, Zon Verkoopdiensten B.V., d.d. 14 december 2010.

¹⁹ Uittreksel uit het Handelsregister, ZON Holding B.V., d.d. 14 december 2010.

²⁰ **[Vertrouwelijk]**.



UWG

20. Coöperatie United West Growers U.A. (hierna: **Coöperatie UWG**) was een coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Gemeente Westland. Blijkens het Handelsregister had Coöperatie UWG ten doel te voorzien in stoffelijke behoeften van haar leden krachtens overeenkomsten met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen, voor zover deze stoffelijke behoeften voortspruiten uit of verband houden met de teelt van voedingstuinbouwproducten op de bedrijven van de leden alsmede het behartigen van de belangen van de leden van de coöperatie op het gebied van de teelt en afzet van voedingstuinbouwproducten.²¹ Op 24 juni 2010 is Coöperatie UWG verkregen door haar rechtsopvolger Coöperatieve Telersvereniging FrEsteem U.A., statutair gevestigd te gemeente Westland. De paprikatelers die lid zijn van Coöperatie UWG zijn tevens lid van Telerscoöperatie FresQ U.A. (zie hierna, randnummer 23).
21. De heer [vertrouwelijk] vertegenwoordigde Coöperatie UWG in de periode 10 maart 2006 tot en met 1 januari 2008.²² De heer [vertrouwelijk] vertegenwoordigde Coöperatie UWG in de periode daarna.²³ In het hiernavolgende wordt de heer [vertrouwelijk] aangeduid als "Voormalig vertegenwoordiger van Coöperatie UWG" en de heer [vertrouwelijk] als "Vertegenwoordiger van Coöperatie UWG". Daarnaast was de heer [vertrouwelijk] bestuurslid van Coöperatie UWG (onder meer) in de periode 2006 tot en met 1 januari 2007.

²¹ Uittreksel uit het Handelsregister, Coöperatie United West Growers U.A., d.d. 14 december 2010.

²² Uit het document *Directieoverleg 06 2007* blijkt dat de heer [vertrouwelijk] optrad namens Coöperatieve UWG; dossierstuk 7036_3/58. Zie voorts dossierstuk 7036_1/18 (Map 1, A, nummer 1) en mondelinge verklaring van ZON, vastgelegd door de NMa, dossierstuk 7036_3/31, p. 28.

²³ Mondelinge verklaring van ZON, vastgelegd door de NMa, 7036_3/31, p. 2.

22. FresQ United West Growers B.V. (hierna: **FresQ UWG**) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te De Lier, Gemeente Westland. Blijkens het Handelsregister is FresQ UWG 100% dochteronderneming van Telerscoöperatie FresQ U.A. en houdt FresQ UWG zich bezig met de groothandel in groenten en fruit en het bemiddelen in de verkoop van de producten van de leden van de Telerscoöperatie FresQ.²⁴ FresQ UWG verkoopt uitsluitend de paprika's die afkomstig zijn van de telers die lid zijn van Coöperatie UWG en tevens lid zijn van Telerscoöperatie FresQ U.A.
23. Telerscoöperatie FresQ U.A. (hierna: **Telerscoöperatie FresQ**) is een producentenorganisatie met uitgesloten aansprakelijkheid naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Gemeente Westland. Telerscoöperatie FresQ heeft blijkens het Handelsregister ten doel het ontwikkelen van marketingactiviteiten en het afzetten van tuinbouwproducten.²⁵
24. De heer **[vertrouwelijk]** was tot april 2008 verkoopmedewerker bij FresQ UWG.²⁶ De heer **[vertrouwelijk]** was vanaf april 2008 verkoopmedewerker bij FresQ UWG.²⁷ In het hiernavolgende wordt de heer **[vertrouwelijk]** aangeduid als "Voormalig verkoopmedewerker van FresQ UWG" en de heer **[vertrouwelijk]** als "Verkoopmedewerker van FresQ UWG". Daarnaast was de heer **[vertrouwelijk]** vanaf februari 2007 tot en met juli 2008 bestuurslid van Coöperatie UWG en vanaf januari 2004 tot en met januari 2008 directeur van FresQ UWG.²⁸
25. Coöperatie UWG en FresQ UWG worden hierna tezamen aangeduid als **UWG**.

Rainbow

26. Coöperatieve Rainbow Paprika Telers U.A. (hierna: **Coöperatieve RPT**) is een coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid naar Nederlands recht, statutair gevestigd te De Lier, Gemeente Westland. Blijkens het Handelsregister houdt Coöperatieve RPT zich bezig met de behartiging en bevordering van de glastuinbouw in het algemeen en van de belangen van haar leden in het bijzonder. De paprikatelers die lid zijn van Coöperatieve RPT zijn tevens lid van Telerscoöperatie FresQ (zie hiervoor, randnummer 23).
27. De heer **[vertrouwelijk]** is sinds 23 mei 2006 bestuurslid van Coöperatieve RPT²⁹ en wordt hierna als "Bestuurder van Coöperatieve RPT" aangeduid.

²⁴ Uittreksel uit het Handelsregister, FresQ United West Growers B.V., d.d. 14 december 2010.

²⁵ Uittreksel uit het Handelsregister, Telerscoöperatie FresQ U.A., d.d. 14 december 2010.

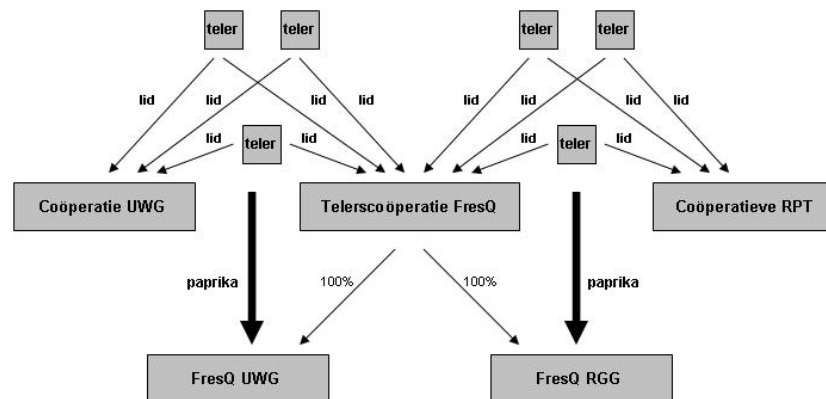
²⁶ Mondelinge verklaring van FresQ UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/38, p. 13-14.

²⁷ Mondelinge verklaring van FresQ UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/38, p. 1-2.

²⁸ Uittreksel uit het Handelsregister, FresQ United West Growers B.V., d.d. 14 december 2010.

²⁹ Uittreksel uit het Handelsregister, Coöperatieve Rainbow Paprika Telers U.A., d.d. 14 december 2010.

28. FresQ Rainbow Growers Group B.V. (hierna: **FresQ RGG**) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te De Lier, Gemeente Westland. Blijkens het Handelsregister is FresQ RGG – net als FresQ UWG – een 100% dochteronderneming van Telerscoöperatie FresQ en houdt FresQ RGG zich bezig met de groothandel in groenten en fruit en het bemiddelen in de verkoop van de producten van de leden van Telerscoöperatie FresQ.³⁰ FresQ RGG verkoopt uitsluitend de paprika's die afkomstig zijn van de telers die lid zijn van Coöperatieve RPT en tevens lid zijn van Telerscoöperatie FresQ.
29. De heer **[vertrouwelijk]** is sinds 2005/2006 verkoopleider van FresQ RGG en wordt hierna als "Verkoopleider van FresQ RGG" aangeduid.³¹ De heer **[vertrouwelijk]** is tevens sinds 1 januari 2002 bestuurslid van Coöperatieve RPT.³²
30. Coöperatieve RPT en FresQ RGG worden hierna tezamen aangeduid als **Rainbow**.
31. Schematisch ziet de onderlinge verbondenheid van de entiteiten die behoren tot Rainbow en UWG er als volgt uit:



Florpartners

32. Florpartners B.V. (hierna: **Florpartners**) is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Honselersdijk, Gemeente Westland. Als bedrijfsomschrijving vermeldt het Handelsregister dat Florpartners B.V. een adviesbureau is voor strategie, marketing en communicatie.³³ De heer **[vertrouwelijk]** is **[vertrouwelijk]** bestuurder van Florpartners en wordt hierna als "Bestuurder van Florpartners" aangeduid.

³⁰ Uittreksel uit het Handelsregister, FresQ Rainbow Growers Group B.V., d.d. 14 december 2010.

³¹ Mondelinge verklaring van FresQ RGG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/40, p. 1.

³² Uittreksel uit het Handelsregister, Coöperatieve Rainbow Paprika Telers U.A., d.d. 14 december 2010.

³³ Uittreksel uit het Handelsregister, Florpartners B.V., d.d. 14 december 2010.

33. ZON, UWG, Rainbow en Florpartners worden hierna tezamen aangeduid als 'de betrokken ondernemingen'.

3 Zienswijzen van de betrokken ondernemingen inzake de procedure, en beoordeling ervan door de Raad

3.1 Clementieverzoek

34. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, voeren aan dat uit het dossier blijkt dat het clementieverzoek van ZON van 26 februari 2009 niet het oorspronkelijke, maar een vernieuwd clementieverzoek is. De betreffende partijen stellen dat de aanleiding voor het onderzoek dat heeft geleid tot het Rapport enkel een eerder oorspronkelijk clementieverzoek van ZON kan zijn. Nu blijkt dat dat oorspronkelijke verzoek is afgewezen, zijn er volgens de betrokken ondernemingen geen aanknopingspunten voor een vermoeden van een overtreding van de mededingingsregels. Door dit eerdere oorspronkelijke verzoek niet in het dossier op te nemen, zou de NMa de betrokken ondernemingen bewust ontlastend materiaal onthouden. De betreffende partijen stellen dat dit getuigt van vooringenomenheid en in strijd is met artikel 2:4, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Voorts stellen zij dat de Raad in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) heeft gehandeld door niet alle stukken die betrekking hebben op de zaak (volledig) ter inzage te leggen.
35. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, stellen dat zij ernstig in hun verdediging zijn geschaad, nu de bijeenkomst tussen de betrokken ondernemingen op 13 februari 2009 van een latere datum is dan het eerdere clementieverzoek. De betrokken ondernemingen betogen dat zij door ZON op de bijeenkomst van 13 februari 2009 zouden zijn 'uitgelokt' om in strijd met de mededingingsregels te handelen. ZON zou bewust hebben getracht bewijsmateriaal te creëren.
36. Voorts stellen de betrokken ondernemingen, behalve ZON, dat het 'vernieuwde' clementieverzoek van 26 februari 2009 afgewezen had moeten worden, omdat dit verzoek destijds (ook) niet voldeed aan de voorwaarden voor het verkrijgen van een zogenoemde marker. Coöperatie UWG suggereert dat de Raad tussen het clementieverzoek van 26 februari 2009 en de vaststelling van de marker door de Raad op 18 maart 2009 als een adviseur van ZON betrokken is geweest, nu het document van 18 maart 2009 slechts een aanvulling was op het ingediende clementieverzoek van 26 februari 2009.
37. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, stellen voorts dat door ZON telefoons zouden zijn afgetapt bij de werknemers van ZON om bewijsmateriaal te vergaren. Deze geluidsopnamen zouden zijn achtergehouden, nu uit die geluidsopnamen niet zou blijken

dat sprake zou zijn van verboden informatie-uitwisseling en deze geluidsopnamen derhalve het clementieverzoek van ZON niet zouden ondersteunen.

Oordeel van de Raad

38. De Raad constateert dat ZON op 27 augustus 2008 contact heeft gezocht met het Clementiebureau van de NMa om een clementieverzoek in te dienen.³⁴ Het Clementiebureau heeft geoordeeld dat dit verzoek niet voldeed aan de Richtsnoeren Clementie³⁵ en heeft dit verzoek op 1 september 2008 telefonisch afgewezen, hetgeen op 25 september 2008 schriftelijk aan ZON is bevestigd.³⁶
39. Overeenkomstig randnummer 25 van de Richtsnoeren Clementie gebruikt de Raad een afgewezen clementieverzoek niet als bewijs. Het eerdere, afgewezen clementieverzoek van 27 augustus 2008 maakt dan ook geen onderdeel uit van deze zaak, en kan om die reden niet aan de betrokken ondernemingen ter beschikking worden gesteld. De Raad heeft aldus noch in strijd met artikel 2:4, eerste lid, Awb noch in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel (als weergegeven in artikel 3:2 Awb) gehandeld.
40. De Raad heeft voorts vastgesteld dat na 25 september 2008 contact is geweest tussen ZON en het Clementiebureau van de NMa waarbij uitsluitend de voorwaarden waaraan een clementieverzoek dient te voldoen teneinde in aanmerking te komen voor een marker zijn besproken. Naar het oordeel van de Raad is niet gebleken dat het Clementiebureau ZON heeft verzocht om enig overleg tussen partijen voort te zetten en dat partijen zodoende door ZON zijn 'uitgelokt' om handelingen in strijd met de Mededingingswet voort te zetten. Gelet op het voorgaande ziet de Raad niet in dat het door ZON overgelegde verslag van de bijeenkomst van 13 februari 2009 niet mag worden betrokken in de beoordeling van de Raad.
41. De Raad wijst erop dat het clementieverzoek van 26 februari 2009, overeenkomstig de Richtsnoeren Clementie, wel in behandeling is genomen, maar nog niet voldeed aan de vereisten voor het verkrijgen van een marker. ZON heeft vanaf 26 februari 2009 overeenkomstig de verplichtingen, die volgen uit de Richtsnoeren Clementie, aanvullende informatie verstrekt. Op 18 maart 2009 voldeed ZON aan de vereisten voor het verkrijgen van een marker. Hierop heeft het Clementiebureau de clementietoezegging aan ZON gedaan.³⁷ De Raad wijst er hierbij op dat, voor zover de Raad bekend, geen geluidsopnamen door ZON zijn gemaakt.

³⁴ Verklaring van de Clementiefunctionaris, dossierstuk 7036_1/231, p. 5.

³⁵ *Richtsnoeren Clementie met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 5L, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 Mw in kartelzaken*, laatstelijk gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 9 oktober 2007 en gepubliceerd in Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196.

³⁶ Verklaring van de Clementiefunctionaris, dossierstuk 7036_1/231, p. 5.

³⁷ Verklaring van de Clementiefunctionaris, dossierstuk 7036_1/231, p. 7.

42. Tot slot is van belang dat het clementieverzoek van ZON dateert van na het einde van de in deze zaak centraal staande gedragingen, alsmede dat Coöperatie UWG geen clementieverzoek heeft gedaan.
43. Uit al het voorgaande volgt dat de Raad deze zienswijzen van partijen niet volgt.

3.2 Duur van het onderzoek

44. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, betogen dat de Raad in strijd heeft gehandeld met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) door de redelijke termijn te overschrijden, nu het onderzoek in ieder geval op 28 juli 2009 reeds is gestart en de Raad twee jaren later nog geen besluit heeft genomen.

Oordeel van de Raad

45. De Raad wijst erop dat procedures strekkende tot naleving van artikel 6 Mw en artikel 81 EG (thans artikel 101 VwEU) in de regel als ingewikkeld dienen te worden aangemerkt. De diversiteit en het geringe repetitieve karakter van procedures strekkende tot naleving van artikel 6 Mw en artikel 81 EG brengen naar het oordeel van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) mee dat niet als algemeen uitgangspunt kan worden gehanteerd dat een redelijke termijn is overschreden als niet binnen twee jaar nadat deze termijn is aangevangen door de rechtbank uitspraak wordt gedaan. Het CBb is van oordeel dat in beginsel twee jaar voor de bestuurlijke besluitvorming (inclusief bezwaar) kan worden gerekend.³⁸
46. Op basis van het voorgaande constateert de Raad dat de redelijke termijn voor de behandeling van deze zaak niet is overschreden, nu deze is aangevangen bij het uitdoen van het Rapport op 15 december 2010. De termijn van twee jaren is daarom niet overschreden.

3.3 Krantenartikel

47. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, voeren aan dat in de Volkskrant van 19 april 2011³⁹ een interview is opgenomen met de clustermanager Agri, Industrie en Bouw van de Directie Mededinging van de NMa, waarin wordt vermeld: “(...) *de paprikatelers hebben we inderdaad aangepakt (...)*”. Deze passage zou volgens de betrokken ondernemingen de indruk wekken dat reeds een eindoordeel is gegeven en de betrokken ondernemingen zich niet meer kunnen verweren tegen het vermoeden dat ligt besloten in

³⁸ Vergelijk CBb 17 maart 2011, AWB 06/672 en 06/681, LJN BP8060, *Garnalen*, r.o. 7.11.

³⁹ Zie onder andere dossierstuk 7036_1/196.

het Rapport. Dit is volgens de betreffende partijen in strijd met de onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, EVRM.

Oordeel van de Raad

48. De Raad wijst erop dat de clustermanager Agri, Industrie en Bouw van de Directie Mededinging van de NMa overeenkomstig het bepaalde in artikel 54a Mw, geen bemoeienis heeft met de onderhavige besluitvorming. De Raad is van oordeel dat, gezien in het licht van artikel 54a Mw, met 'aanpakken' bedoeld is te zeggen het aanvangen en voeren van onderzoek naar gedragingen van ondernemingen en het opmaken van een rapport met het oog op handhavend optreden. Uit voormeld citaat volgt daarom niet dat de Raad vooringenomen is met betrekking tot deze zaak, of dat de Raad op enigerlei wijze in strijd met artikel 6, tweede lid, EVRM heeft gehandeld.

3.4 Handelwijze van de NMa

49. Florpartners en Coöperatieve RPT merken op dat de NMa heeft nagelaten om de door Florpartners gevraagde *guidance* met betrekking tot samenwerking in de sector te verschaffen. De NMa heeft volgens de betreffende partijen immers geweigerd om in mei 2009 een informele zienswijze te geven inzake de voorgenomen oprichting van de eerste Nederlandse associatie van producentenorganisaties (hierna: APO): Kompany – een samenwerkingsverband van komkommertelers die lid zijn van verschillende coöperaties. Florpartners geeft aan dat zij niet zou kunnen worden bestraft voor de door haar in openheid afgelegde zoektocht naar samenwerking in de onderhavige (paprika)sector, omdat zij de van toepassing zijnde Europese regelgeving verkeerd zou hebben geïnterpreteerd, waarvan de NMa weigerde om daarop haar visie te geven.

Oordeel van de Raad

50. De Raad benadrukt dat de door Florpartners bedoelde informele zienswijze zag op een andere vorm van samenwerking door andere betrokken ondernemingen in een andere markt. De onderhavige samenwerking op het gebied van paprika's is niet (door Florpartners) bij de NMa gemeld. De samenwerking op het gebied van paprika's is alleen gemeld door ZON, bij het indienen van haar clementieverzoek. De Raad volgt het betoog van Florpartners aldus niet.

3.5 Toezeggingsbesluit

51. Florpartners voert verder aan dat de NMa heeft nagelaten om te reageren op het door haar bij brief van 17 augustus 2009 gedane verzoek om (in aanmerking te komen voor) een toezeggingsbesluit.

Oordeel van de Raad

52. De Raad stelt dat, voor zover hier van belang, een schriftelijke aanvraag die concrete toezeggingen inhoudt overeenkomstig artikel 49a Mw een van de voorwaarden is om voor een toezeggingsbesluit in aanmerking te komen. Florpartners heeft slechts gepoogd om de mogelijkheden van een toezeggingsbesluit te verkennen en heeft geen concrete toezegging gedaan. Hieruit volgt dat geen aanvraag is gedaan. Aldus bestond geen aanleiding om de brief (als verzoek) in behandeling te nemen. Niet valt in te zien dat hierdoor enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur niet in acht is genomen.

3.6 Cautie schriftelijke informatieverzoeken

53. Coöperatie UWG voert aan dat bij de schriftelijke informatieverzoeken van de NMa van 28 juli 2009⁴⁰ de cautie niet is gesteld. Het materiaal dat naar aanleiding van deze informatieverzoeken is verkregen, kan volgens Coöperatie UWG niet als bewijs dienen.

Oordeel van de Raad

54. De Raad volgt het betoog van Coöperatie UWG niet. De Raad stelt vast dat Coöperatie UWG geen antwoorden heeft gegeven op de aan haar bij brief van 28 juli 2009 gestelde vragen. Gelet op het voorgaande kan het antwoord op de vraag of de cautie gegeven moet worden in geval schriftelijke vragen worden gesteld in het midden worden gelaten. Naar het oordeel van de Raad valt dan ook niet in te zien dat Coöperatie UWG op enige wijze in haar rechten van verdediging is geschaad.

4 De markt voor paprika's

55. Zoals reeds uit hoofdstuk 2 is gebleken, zijn de betrokken ondernemingen, voor zover in deze zaak van belang, actief op het gebied van de afzet en/of verkoop van paprika's in Nederland. De NMa heeft in het kader van het Marktonderzoek (zie hiervoor, randnummer 4) de productiekolom van paprika's onderzocht. Alvorens de Raad de feiten vaststelt waarop dit besluit betrekking heeft, gaat de Raad hieronder nader in op de gemeenschappelijke marktordening die op de onderhavige sector van toepassing is, de bevindingen van het Marktonderzoek en de kenmerken van het product paprika, de marktomstandigheden, de productieketen van paprika's en het verkoopproces van paprika's.⁴¹

⁴⁰ Dossierstuk 7036_1/4.

⁴¹ Vergelijk *Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht*, Publicatieblad Nr. C 372 van 09/12/1997, pp. 5-13.

4.1 De gemeenschappelijke marktordening

56. Op de groente- en fruitsector is de gemeenschappelijke marktordening van toepassing. Vanaf 1 juli 2008 is de gemeenschappelijke marktordening (hierna: GMO) voor de groente- en fruitsector opgenomen in de Integrale GMO-Verordening.⁴²
57. De Integrale GMO-Verordening staat toe dat telers van paprika's hun productie in erkende producentenorganisaties (PO's) en associaties van producentenorganisaties (APO's) bundelen. De paprika's die door tuinbouwbedrijven worden geteeld, worden via de producentenorganisaties – telersverenigingen of telerscoöperaties – afgezet. Artikel 29 Verordening (EG) nr. 1580/2007⁴³ en artikel 125 quinquies Integrale GMO-Verordening bepalen dat activiteiten van een telersvereniging aan een (ten minste 90%) dochteronderneming mogen worden uitbesteed.
58. Indien een telersvereniging is erkend door het Productschap Tuinbouw, kan de telersvereniging voor een GMO-subsidie in aanmerking komen.⁴⁴ Veiling ZON en Telerscoöperatie FresQ zijn erkende producentenorganisaties in de zin van de Integrale GMO-Verordening.⁴⁵ Coöperatie Pamosa, Coöperatie UWG en Coöperatieve RPT zijn geen erkende producentenorganisaties in de zin van de Integrale GMO-Verordening. Niettemin houden deze telersverenigingen zich volgens hun statuten bezig met de behartiging van de stoffelijke belangen van hun leden door bevordering van de afzet van paprika's en/of het in de handel brengen van paprika's. Zoals reeds is vermeld in randnummers 22 en 28 zijn FresQ UWG en FresQ RGG 100% dochterondernemingen van Telerscoöperatie FresQ. FresQ UWG verkoopt uitsluitend paprika's van de telers die lid zijn van Coöperatie UWG en tevens lid zijn van Telerscoöperatie FresQ. FresQ RGG verkoopt uitsluitend de paprika's van de telers die lid zijn van Coöperatieve RPT en tevens lid zijn van Telerscoöperatie FresQ.

⁴² Verordening (EG) nr. 1234/2007 van de Raad van 22 oktober 2007 houdende een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten en specifieke bepalingen voor een aantal landbouwproducten (Integrale GMO-Verordening), Pb EG L 299 van 16 november 2007. Voor de inwerkingtreding van de Integrale GMO-Verordening was Verordening (EG) nr. 2200/1996 van de Raad van 28 oktober 1996 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit, Pb L 297 van 21 november 1996, van kracht. Verordening nr. 2200/96 was ingevolge artikel 204, tweede lid, Integrale GMO-Verordening tot 1 januari 2008 van kracht.

⁴³ Verordening (EG) nr. 1580/2007 van de Commissie van 21 december 2007 tot vaststelling van bepalingen voor de uitvoering van de Verordeningen (EG) nr. 2200/96, (EG) nr. 2201/96 en (EG) nr. 1182/2007 van de Raad in de sector groenten en fruit, PB L 350 van 31 december 2007.

⁴⁴ Een aanvraag van een GMO-subsidie kan worden gedaan middels het zogenoemde Operationeel Programma ('OP'). Een OP is een schriftelijke rapportage met concreet geplande maatregelen (activiteiten en resultaten) en een financiële onderbouwing door middel van een gespecificeerde begroting. De Integrale GMO-Verordening kent een aantal doelstellingen op het gebied van afzet, kwaliteit en milieu, waaraan het OP dient te voldoen; zie ook <http://www.tuinbouw.nl/artikel/basisvoorwaarden-gmo-subsidie-erkende-telersverenigingen>.

⁴⁵ Zie de lijst van erkende telersverenigingen, <http://www.tuinbouw.nl/artikel/erkende-telersverenigingen>.

59. Voorts, voor zover hier van belang, is in onderdeel IV Integrale GMO-Verordening een bijzonder mededingingsrechtelijk kader opgenomen, dat geldt voor onder andere paprika's (zie hierna, paragraaf 6.5 en verder).⁴⁶

4.2 Het product paprika

60. Paprika's worden door tuinbouwbedrijven in Nederland in kassen geteeld en behoren daarmee tot de groep 'glasgroenten'. Paprika's behoren ook tot de groep 'vruchtgroenten', omdat zij groeien aan houtachtige gewassen. Tot deze groepen behoren ook komkommers, tomaten en aubergines. Paprika's onderscheiden zich, gelet op specifieke kenmerken, van andere soorten (glas-/vrucht)groenten op de volgende punten:⁴⁷

- *Natuurlijke kenmerken:*
 - Kleur en vorm: er bestaan vele verschillende kleurvarianties van paprika. Rood, geel, oranje en groen zijn de meest voorkomende kleuren.⁴⁸ De meeste paprika's die in Nederland geteeld worden, hebben een geblokte vorm. Daarnaast bestaan speciale soorten paprika's zoals zoete puntpaprika's en minipaprika's.⁴⁹ Paprika's worden meestal ingedeeld in Klasse I en Klasse II⁵⁰ en maten (70+, 80+ en 90+).
 - Smaak en geur: een paprika heeft een andere smaak en geur dan andere (glas-/vrucht)groenten.
- *Functionele kenmerken:* paprika's hebben een (aanzienlijk) hoger vitamine C gehalte dan andere glas-/vruchtgroenten en de meeste groenten en fruit. Een (rode) paprika bevat bijvoorbeeld minimaal tien keer zoveel vitamine C per 100 gram als een tomaat en twee keer zoveel vitamine C per 100 gram als een kiwi. Hiernaast is een paprika zeer rijk aan vitamine E, B1 en B2. Overige glas-/vruchtgroenten bevatten nauwelijks vitamine B1 en B2 en geen vitamine E.⁵¹

⁴⁶ Voor de inwerkingtreding van de Integrale GMO-Verordening was ingevolge *Verordening (EG) nr. 26/62 van de Raad inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten*, Pb P 30 van 20 april 1962, eenzelfde bijzonder mededingingsrechtelijk kader voor onder andere paprika's van kracht. Verordening nr. 26/62 was ingevolge artikel 204, tweede lid, Integrale GMO-Verordening tot 1 januari 2008 van kracht. Voor de beoordeling van de onderhavige zaak wordt alleen getoetst aan de Integrale GMO-Verordening; deze beoordeling is gelijk aan de toetsing aan het bijzonder mededingingsrechtelijk kader van Verordening 26/62, dat in de periode van 30 mei 2006 tot en met 1 januari 2008 van kracht was.

⁴⁷ Dossierstukken 7036_1/28, p. 6, 7036_1/29, p. 3, 7036_1/34, p. 6, 7036_1/37, p. 6, 7036_1/38, p. 7 en 7036_1/42, p. 6.

⁴⁸ Het zogenaamde 'stoplicht' bestaat uit drie verschillende kleuren paprika's (meestal een rode, een gele en een groene paprika) die tezamen zijn verpakt in een plastic zak. Ook zijn er bijzondere kleuren paprika's, zoals witte, bruine, lila en paarse paprika's.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld http://www.colourfultaste.nl/paprika_nl/product (website bezocht op 3 augustus 2011) en <http://nl.wikipedia.org/wiki/Paprika> (website bezocht op 3 augustus 2011).

⁵⁰ Deze klassen zijn omschreven in de '*Handelsnorm voor paprika's*', onderdeel van Verordening (EG) Nr. 1221/2008 van de Commissie van 5 december 2008. Klasse I en Klasse II paprika's voldoen aan dezelfde minimum kwaliteitseisen, echter Klasse II paprika's vertonen afwijkingen in onder meer vorm en ontwikkeling.

⁵¹ Zie bijvoorbeeld http://www.colourfultaste.nl/paprika_nl/product (website bezocht op 3 augustus 2011) en <http://nl.wikipedia.org/wiki/Ascorbinezuur> (website bezocht op 3 augustus 2011).

61. Uit het Marktonderzoek van de NMa is naar voren gekomen dat er voor de supermarkten, de belangrijkste afnemers van paprika's in Nederland op detailhandelniveau, geen andere soorten glas-/vruchtgroenten in aanmerking komen voor eventuele substitutie. Dit wil zeggen dat deze afnemers op grond van de kenmerken van het product paprika geen ander product in plaats daarvan kunnen en/of willen aanbieden aan consumenten. Supermarkten willen het volledige assortiment aan groenten, waaronder paprika's, aanbieden aan eindgebruikers. De verschillende kleuren paprika's worden door supermarkten wel in een bepaalde mate als onderling verwisselbaar of substitueerbaar beschouwd.⁵²
62. Uit het Marktonderzoek is tevens gebleken dat telers van paprika's slechts buiten het teeltseizoen kunnen overstappen op het telen van een andere soort glas-/vruchtgroente, zoals aubergines of tomaten. Het overstappen naar een andere soort glas-/vruchtgroente vergt relatief grote investeringen (bijvoorbeeld in sorteermachines), zodat telers in de praktijk die overstap nauwelijks maken.⁵³ Volgens ZON bedragen de investeringskosten voor het overstappen naar een andere soort glasgroente EUR 1 tot 1,5 miljoen per hectare glas.⁵⁴ Daarnaast is kennis en ervaring met het telen van paprika's benodigd.

4.3 Het *Holland seizoen*

63. Paprika's worden in Nederland niet gedurende het hele jaar geteeld door tuinbouwbedrijven. Er bestaat een zogenoemd *Holland seizoen*. In dit seizoen, dat doorgaans duurt van april tot en met oktober, is het aanbod van paprika's dat in Nederland aan consumenten wordt verkocht nagenoeg geheel afkomstig uit Nederland.⁵⁵ Het begin van het *Holland seizoen* is afhankelijk van weersomstandigheden. Het eind van het *Holland seizoen* is afhankelijk van de marktsituatie en de kwaliteit van paprika's. Hierdoor kunnen het begin en het eind van het teeltseizoen binnen een bandbreedte van enkele weken fluctueren.⁵⁶ Het voorgaande is ook zichtbaar in de omzetgegevens van UWG en Rainbow. Uit deze gegevens blijkt dat de omzetten van de betreffende ondernemingen in paprika's in de jaren 2006 tot en met 2009 vanaf (in ieder geval) april tot en met oktober aanzienlijk hoger zijn dan in de resterende maanden van de betreffende jaren; zie de volgende grafiek (voorbeeld 2007):⁵⁷

⁵² Dossierstukken 7036_1/28, 7036_1/29, 7036_1/34, 7036_1/37, 7036_1/38 en 7036_1/42, antwoorden op vragen 15 en 16.

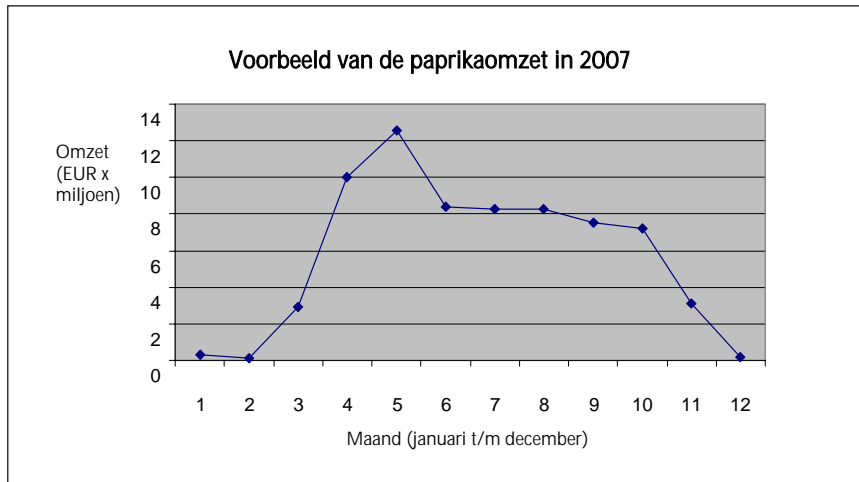
⁵³ Zie onder andere dossierstuk 7036_3/26, antwoord op vraag 10.

⁵⁴ Dossierstuk 7036_2/73, p. 6. Dat hoge overstapkosten bestaan, is reeds eerder vastgesteld in het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa, 19 november 2009, *Tradition-Westveg-Unistar-Brassica Group*, zaak 6797, nrns. 16-19.

⁵⁵ Dossierstukken 7036_1/28, p. 1-2; 7036_1/29, p. 1; 7036_1/31, p. 1; 7036_1/34, p. 2; 7036_1/37, p. 2-3; 7036_1/38, p. 2-3 en 7036_1/42, p. 2. en [vertrouwelijk].

⁵⁶ [Vertrouwelijk]. Zie bijvoorbeeld voor de start van het *Holland seizoen* in maart 2011 het artikel '*Groene paprika's weer verkrijgbaar bij FresQ Fresteem*', http://www.agf.nl/nieuwsbericht_detail.asp?id=68306 (website bezocht op 3 augustus 2011).

⁵⁷ Op basis van de omzetten zoals opgegeven door FresQ UWG en FresQ RGG, dossierstukken 7036_1/212 en 7036_1/214.



64. In het *Holland seizoen* kunnen in de voornaamste alternatieve aanvoerlanden – Spanje en Israël – geen paprika's worden geteeld, wegens de weeromstandigheden in die landen. Voorts zij benadrukt dat ook de productie in de omliggende landen van Nederland gedurende het *Holland seizoen* gering is.⁵⁸ Uit het document "*De Paprikaketen (niet) op orde 1*" van 24 november 2005 blijkt dat Nederlandse aanbieders van paprika's gedurende het *Holland seizoen* marktleider zijn (in Nederland) en dat de markt in die periode te beïnvloeden is: "*'s Zomers is Nederland marktleider paprika. Vanuit deze positie is de markt te beïnvloeden.*"⁵⁹ Gedurende het *Holland seizoen* wordt tevens een groot deel van de Nederlandse paprikateelt geëxporteerd. Uit openbare cijfers volgt dat ongeveer 90% van de in Nederland geteelde paprika's wordt geëxporteerd.⁶⁰
65. Daarnaast is uit het Marktonderzoek gebleken dat afnemers van paprika's gedurende het *Holland seizoen* nauwelijks (direct) van buitenlandse aanbieders paprika's afnemen, vanwege de hogere kwaliteit, beschikbaarheid, de lagere prijs en de lagere vervoerskosten van het Nederlandse product.⁶¹ De Raad verwijst in dit verband tevens naar het document "*Notulen*" van 13 februari 2009, waarin (de Vertegenwoordiger van) Coöperatie UWG stelt dat in het *Holland seizoen* de prijzen van de vanuit het buitenland aangeboden paprika's weinig invloed hebben op de prijs van Hollandse paprika's: "*In het NL seizoen zijn alleen de NL prijzen van belang en zullen de buitenlandse prijzen weinig meer van invloed zijn.*"⁶²

⁵⁸ [Vertrouwelijk].

⁵⁹ Dossierstuk 7036_1/18 (Map 1, B, nummer 4b).

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld de kengetallen afkomstig van het Productschap Tuinbouw (*Marktbeeld Paprika*, nummer 1, 14 februari 2011) en van het Centraal Bureau voor de Statistiek (De Nederlandse economie 2008, *Van Grond tot Mond*, p. 215).

⁶¹ Reacties op verzoek om informatie, dossierstukken 7036_1/28, 7036_1/29, 7036_1/31, 7036_1/34, 7036_1/37, 7036_1/38, 7036_1/40, 7036_1/41, 7036_1/42, 7036_1/43, 7036_1/50 en 7036_1/51.

⁶² [Vertrouwelijk] en Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/57.

66. Om ook buiten het *Holland seizoen*, met name in de winter, paprika's te kunnen aanbieden, worden contracten afgesloten met telers in het buitenland, zoals Spanje en Israël. In deze periode (waarin de aangesloten Nederlandse telers geen paprika's beschikbaar hebben) worden paprika's aldus aangevoerd door telers uit genoemde landen.⁶³ Uit het Marktonderzoek van de NMa is gebleken dat in de periode vanaf ongeveer de laatste week van oktober tot en met ongeveer de derde week van maart⁶⁴ buitenlands product in Nederland aan consumenten wordt verkocht.
67. Op basis van bovenstaande stelt de Raad vast dat er ten aanzien van het product paprika sprake is van een *Holland seizoen*, waarbij vanaf april tot en met oktober nagenoeg uitsluitend paprika's van Nederlandse bodem in Nederland worden verkocht.

4.4 Positie van partijen

68. In de paprikateelt zijn circa 350 bedrijven actief. Het totale paprika-aanbod is in Nederland gebundeld in ongeveer 19 telersverenigingen die gezamenlijk 94% van het Nederlandse areaal vertegenwoordigen.⁶⁵ Volgens het LEI Wageningen UR (hierna: LEI) is de som van de marktaandeelen van de vier grootste ondernemingen (ook wel de concentratieratio, 'C4', genoemd) voor individuele paprikatelers relatief laag (5%), op het niveau van de telersverenigingen hoog (50%) en voor de coöperatieve afzetorganisaties zeer hoog (75%).⁶⁶ De telersverenigingen Coöperatie Pamosa en Coöperatie UWG⁶⁷ behoren volgens het LEI tot de vier grootste telersverenigingen in Nederland. De coöperatieve afzetorganisaties Veiling ZON (inclusief haar verkoopdochter Zon Verkoopdiensten) en Telerscoöperatie FresQ (inclusief haar verkoopdochters FresQ RGG en FresQ UWG) behoren tot de vier grootste coöperatieve afzetorganisaties van paprika's in Nederland.⁶⁸
69. Op basis van openbare areaalgegevens en de omzetgegevens van de betrokken ondernemingen schat de NMa dat ZON, UWG en Rainbow ongeveer 30-40% van de in Nederland geteelde paprika's in de handel brengen (inclusief export).⁶⁹ ZON, UWG en Rainbow hebben zelf aangegeven dat zij verantwoordelijk zijn voor een aandeel van 33% van de productie van paprika's in Nederland.⁷⁰ Uit het Marktonderzoek van de NMa is voorts

⁶³ Dit is de zogenoemde 'contractaanvoer'. [Vertrouwelijk]. Zie ook de schriftelijke verklaring van Freesteem Paprika/Tomaat, dossierstuk 7036_3/26.

⁶⁴ Dossierstukken 7036_1/28, p. 1; 7036_1/31, p. 1; 7036_1/37, p. 2 en 7036_1/42, p. 2.

⁶⁵ Bunte, F., J. Bolthuis, C. de Bont, G. Jukema en E. Kuiper, *Prijsvorming van voedingsproducten*, LEI Wageningen UR, Den Haag, november 2009, p. 28.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Thans Coöperatieve Telersvereniging FrEsteem U.A.

⁶⁸ *Ibidem*. Zie tevens Schriftelijke ondernemingsverklaring van ZON, dossierstuk 7036_2/45, p. 15.

⁶⁹ Berekend op basis van areaalgegevens van *Teelt in Beeld 2009*, afkomstig van DeGroentenEnFruit.nl alsmede omzetgegevens van een aantal van betrokken ondernemingen (dossierstukken 7036_2/76, 7036_3/25 en 7036_3/26).

⁷⁰ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 1).

gebleken dat Zon Verkoopdiensten FresQ UWG en FresQ RGG als haar belangrijkste concurrenten op het gebied van de verkoop van paprika's in Nederland ziet en *vice versa*.⁷¹

4.5 Het verkoopproces van paprika's

4.5.1 De rol van paprikatelers

70. Uit het Marktonderzoek van de NMa is gebleken dat paprikatelers invloed hebben op de prijsvorming van paprika's. Het gaat hierbij zowel om de rol van de paprikatelers zelf als de rol van vertegenwoordigers van paprikatelers. In het geval van ZON worden vertegenwoordigers van paprikatelers ook wel 'telerbemiddelaars' genoemd.⁷²
71. Op maandagen vindt overleg plaats tussen Zon Verkoopdiensten, FresQ UWG en FresQ RGG met vertegenwoordigers van de paprikatelers die via lidmaatschap verbonden zijn aan respectievelijk Coöperatie Pamosa, Coöperatie UWG en Coöperatieve RPT. Tijdens dit overleg staan de verwachte aanvoer en de daaruit volgende prijsstelling centraal.⁷³ Het resultaat van dit overleg is een prijs waarmee de verkopers van paprika's de onderhandelingen met afnemers ingaan. Gelet op het feit dat de betrokken ondernemingen een aanzienlijk deel van hun paprika's op dagbasis verkopen, vindt er bij de betrokken ondernemingen dagelijks contact plaats tussen vertegenwoordigers van de telers en de verkoopmedewerkers van paprika's. Zij bepalen ook gezamenlijk de methode van verkoop van paprika's (zie hierna, paragraaf 4.5.2).⁷⁴
72. Het feit dat paprikatelers invloed hebben op de prijsvorming van paprika's blijkt eveneens uit meerdere mondelinge verklaringen van de betrokken ondernemingen.⁷⁵ ZON heeft schriftelijk verklaard dat bij de verkoop van paprika's sprake is van "*vertrouwelijk*".⁷⁶
73. Paprikatelers willen invloed hebben op het verkoopproces van paprika's, omdat de verkoopprijs van paprika's resulteert in een zogenaamde uitbetaalprijs voor de paprikatelers die lid zijn bij een bepaalde producentenorganisatie. Opgemerkt zij overigens dat de Integrale GMO-Verordening⁷⁷ niet toestaat dat individuele telers invloed hebben op de

⁷¹ Dossierstukken 7036_2/73, p. 3, 7036_3/25, p. 5 en 7036_3/26, p. 5.

⁷² [Vertrouwelijk]. Er wordt een telerbemiddelaar aangesteld op het moment dat een coöperatieve afzetorganisatie veel individuele paprikatelers aan zich heeft gebonden.

⁷³ [Vertrouwelijk] en mondelinge verklaring van Coöperatie UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/4, p. 3.

⁷⁴ [Vertrouwelijk].

⁷⁵ Mondelinge verklaringen van [vertrouwelijk], FresQ UWG en Coöperatie UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken [vertrouwelijk], p. 3-4, 7036_3/3, p. 2-4 en 7036_3/4, p. 2-4.

⁷⁶ [Vertrouwelijk].

⁷⁷ Artikel 125 (e.v.) Integrale GMO-Verordening; zie ook hiervoor, paragraaf 4.1.

paprikaprijzen; de totstandkoming van de prijzen dient (gecoördineerd) via de producentenorganisatie te worden gedaan.

74. ZON heeft schriftelijk verklaard dat op basis van het gemiddelde van de gerealiseerde verkoopprijzen periodiek per product en kwaliteitsklasse een netto uitbetaalprijs wordt berekend. Deze wordt uitgekeerd aan de bij de coöperatieve afzetorganisatie aangesloten paprikatelers. Elke teler die bij de coöperatieve afzetorganisatie is aangesloten, krijgt aldus eenzelfde gemiddelde prijs (per kwaliteitsklasse) voor zijn product.⁷⁸

4.5.2 Verkoopmethodes van paprika's

75. Er worden verschillende methodes van verkoop voor paprika's gehanteerd. Allereerst worden producten verkocht door middel van bemiddeling.⁷⁹ Hierbij maken de afnemers en verkoopvennootschappen met elkaar dagelijks, wekelijks of per seizoen bilaterale afspraken over hoeveelheid, kwaliteit, verpakking en prijs.⁸⁰
76. Bij bemiddeling op dagbasis wordt de dagprijs 's ochtends vastgesteld en veelal middels een offerte (prijzlijst) naar de belangrijkste klanten per e-mail gestuurd of telefonisch doorgegeven. De prijs bij bemiddeling op dagbasis is gebaseerd op onder meer beschikbaar volume en vraag uit de markt. De prijzen kunnen daarbij in de loop van de dag worden aangepast, afhankelijk van vraag en aanbod.
77. Bij bemiddeling op weekbasis wordt overeengekomen om gedurende een week elke dag een bepaalde hoeveelheid paprika's tegen een vaste weekprijs te leveren.⁸¹ De aanbieding wordt meestal op maandag of dinsdag gedaan. Factoren die hierbij een rol spelen, zijn de verwachte aanvoer (prognose) en de huidige vraag.
78. Bemiddeling op seizoensbasis betreft veelal een schriftelijke overeenkomst voor het seizoen, waarbij een seizoensprijs en een bepaald volume wordt overeengekomen.⁸² Bij seizoensafspraken vinden de onderhandelingen tussen aanbieders en afnemers plaats voorafgaand aan het *Holland seizoen* (zie hiervoor, paragraaf 4.3).
79. Voorts wordt een deel van het totale aanbod van paprika's in Nederland bij afslag geveild met behulp van de veilingklok. Volgens het LEI functioneert de veilingklok slechts voor 5%

⁷⁸ [Vertrouwelijk].

⁷⁹ Met 'bemiddelen' wordt onderhandelen bedoeld; aangesloten wordt bij het jargon dat in de onderhavige sector wordt gebruikt.

⁸⁰ Dossierstuk 7036_2/73, p. 8-11.

⁸¹ Zoals hierna in paragraaf 5.2 blijkt, gebeurt dit bij betrokken ondernemingen op dinsdag.

⁸² Dossierstukken 7036_2/73, p. 10, 7036_3/25 en 7036_3/26.

van het totale aanbod van verse groenten en fruit.⁸³ Bij verkoop via de veilingklok vindt de verkoop plaats middels een afmijnsysteem. De verkoper zet een prijs in en de kopers kunnen afmijnen (prijs gaat van hoog naar laag), waarbij zij een 'druk' doen om daarmee de prijs van de door hen gewenste partij vast te stellen.⁸⁴ Van de betrokken ondernemingen verkoopt alleen Zon Verkoopdiensten paprika's via de veilingklok (ook wel genoemd de 'klok van ZON'). Zoals hieronder uit de tabel blijkt, wordt ongeveer 30-40% van de omzet van Zon Verkoopdiensten behaald middels deze verkoopmethode.

80. Uit het Marktonderzoek van de NMa is gebleken dat de betrokken ondernemingen het merendeel van de paprika's op dagbasis, door bemiddeling of via de veilingklok, en op weekbasis, door middel van bemiddeling, verkopen.⁸⁵ In de hiernavolgende tabel is per verkoopmethode weergegeven welk percentage van de omzet van respectievelijk Zon Verkoopdiensten, FresQ UWG en FresQ RGG werd behaald met de betreffende verkoopmethode van paprika's in 2009:

Tabel: gehanteerde verkoopmethodes⁸⁶

	Bemiddeling op seizoensbasis	Bemiddeling op weekbasis	Bemiddeling op dagbasis	Verkoop via veilingklok	Overig
Zon Verkoopdiensten	[ca] 0-10%	[ca] 0-10%	[ca] 50-60%	[ca] 30-40%	[ca] 0-10%
FresQ UWG	[ca] 0-10%	[ca] 10-20%	[ca] 70-80%	[ca] 0-10%	[ca] 0-10%
FresQ RGG	[ca] 0-10%	[ca] 50-60%	[ca] 40-50%	[ca] 0-10%	[ca] 0-10%

81. De prijs die tot stand komt via de klok van ZON vormt – ondanks de geringe hoeveelheid paprika's die via de veiling wordt verkocht – een belangrijk referentiekader voor de prijsvorming van paprika's via andere verkoopmethodes en voor de prijsvorming van paprika's bij anderen dan de betrokken ondernemingen.⁸⁷ Coöperatieve RPT omschrijft het belang van de klok van Zon Verkoopdiensten voor de prijsvorming bij de afzet van paprika's als volgt: *"Bij de klok van ZON zie je hoeveel dozen paprika's er te koop zijn. Normaal is er vraag en aanbod, zo werkt de klok. Als de prijzen van de klok omhoog gaan dan gaat het goed. Supermarkten kopen in op weekprijzen. Als de klokprijs hoog is, dan kan je voor de weekprijs voor de volgende week omhoog doen. Die klokprijs is een richting voor de rest. Als er niet meer product*

⁸³ Bunte, F., *Prijsvorming glastuinbouw*, LEI Wageningen UR, Den Haag, januari 2009, p. 15.

⁸⁴ Onder andere dossierstuk 7036_2/73, p. 8.

⁸⁵ Onder andere [vertrouwelijk] en mondelinge verklaring van Coöperatie UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/4, p. 3. Zie ook dossierstukken 7036_2/73, 7036_3/25 en 7036_3/26.

⁸⁶ Dossierstukken 7036_2/73, 7036_3/25 en 7036_3/26 (reactie op vraag 14).

⁸⁷ Mondelinge verklaringen van [vertrouwelijk], Coöperatieve RPT, Coöperatie UWG, Florpartners en FresQ RGG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken [vertrouwelijk], 7036_3/30, p. 16, 7036_3/31, p. 19, 7036_1/55, [vertrouwelijk] en 7036_3/40, p. 42.

*is, dan gaat de prijs omhoog. Als er volgende week oogst bijkomt, dan gaat de prijs weer omlaag.*⁸⁸ Coöperatie UWG heeft eveneens verklaard dat de klok van Zon Verkoopdiensten een ijkpunt is voor de rest van de handel: *“Die klok is wel een heel belangrijk communicatiemiddel. Iedereen in de AGF-handel kijkt naar de klok.”*⁸⁹ Tot slot hebben ook Florpartners, Zon Verkoopdiensten en FresQ RGG bevestigd dat de klok van Zon Verkoopdiensten van groot belang is in de sector en als een referentiekader wordt gezien.⁹⁰

82. Daarnaast wordt de transparantie van de prijsvorming vergroot doordat ondernemingen die actief zijn op het gebied van de verkoop van paprika's frequent paprika's bij elkaar inkopen, waardoor zij onder meer inzicht krijgen in elkaars dagprijs voor paprika's. Deze bijkoop vindt plaats als er niet voldoende product uit eigen teelt beschikbaar is en toch aan de vraag van klanten moet worden voldaan.⁹¹

4.5.3 Onderhandelingsproces tussen aanbieders en afnemers van paprika's

83. Bij de onderhandelingen tussen afnemers en aanbieders van paprika's spelen verschillende factoren voor afnemers een rol. De belangrijkste factoren betreffen de prijs, de kwaliteit van het product, de leveringszekerheid en de relatie met de aanbieder.⁹²
84. Een commercieel medewerker van een verkopende vennootschap onderhandelt met verschillende afnemers over de verkoopprijs.⁹³ De onderhandelingen tussen de aanbieders en afnemers van paprika's resulteren hierdoor in verschillende verkoopprijzen die met diverse afnemers worden afgesproken.⁹⁴

4.6 Conclusie markt voor paprika's

85. De Raad concludeert op basis van het voorgaande dat in de onderhavige zaak (i) er ten aanzien van het product paprika sprake is van een *Holland seizoen*, waarbij vanaf april tot en met oktober nagenoeg uitsluitend paprika's van Nederlandse bodem in Nederland worden verkocht, (ii) het merendeel van de paprika's door de betrokken ondernemingen op dagbasis (via bemiddeling⁹⁵ of via de veilingklok) of op weekbasis wordt verkocht, en (iii) de

⁸⁸ Mondelinge verklaring van Coöperatieve RPT, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/30, p. 16.

⁸⁹ Mondelinge verklaring van Coöperatie UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/31, p. 19.

⁹⁰ Mondelinge verklaringen van Florpartners, [vertrouwelijk] en FresQ RGG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken 7036_1/55, p. 13, [vertrouwelijk] en 7036_3/40, p. 42.

⁹¹ Zie hiervoor bijvoorbeeld mondelinge verklaringen van FresQ RGG en Coöperatie UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken 7036_3/40, p. 5 en 7036_3/38, p. 2. [Vertrouwelijk].

⁹² Dossierstukken 7036_1/28, p. 3; 7036_1/29, p. 2; 7036_1/31, p. 3; 7036_1/34, p. 4; 7036_1/37, p. 4-5; 7036_1/38, p. 6 en 7036_1/42, p. 4. Zie ook Bunte, F., J. Bolthuis, C. de Bont, G. Jukema en E. Kuiper, *Prijsvorming van voedingsproducten*, LEI Wageningen UR, Den Haag, november 2009, p. 35.

⁹³ [Vertrouwelijk]. Zie ook dossierstukken 7036_1/28, p. 2; 7036_1/29, p. 2; 7036_1/31, p. 2; 7036_1/34, p. 3; 7036_1/37, p. 3-4; 7036_1/38, p. 3-5 en 7036_1/42, p. 3.

⁹⁴ [Vertrouwelijk].

⁹⁵ Zie hiervoor, randnummer 75.

prijs van paprika's die tot stand komt bij de veiling van Zon Verkoopdiensten een belangrijk referentiekader is voor de verkoop van paprika's via andere methodes, alsook voor de prijsvorming van paprika's bij andere ondernemingen dan de betrokken ondernemingen.

5 Gedragingen van de betrokken ondernemingen

86. In het hiernavolgende stelt de Raad de feiten en omstandigheden vast met betrekking tot de gedragingen van de betrokken ondernemingen.

5.1 Aanleiding voor de contacten tussen de betrokken ondernemingen

87. De samenwerking tussen de betrokken ondernemingen wordt (voor zover bekend) voor het eerst genoemd in een verslag van een bestuursvergadering van het samenwerkingsverband P8 van 17 mei 2006.⁹⁶ Hierin wordt door de Bestuurder van Coöperatie Pamosa voorgesteld om een gesprek te organiseren tussen de betrokken ondernemingen: "[*vertrouwelijk*] stelt voor een gesprek te organiseren tussen Pamosa⁹⁷, UWG en Rainbow."⁹⁸ De aanleiding voor het voornoemde gesprek is blijkens het verslag het realiseren van een stabielere verkoop: "*Omdat een gezamenlijke opstelling bij de verkoop tot stabielere verkoop kan leiden. [Vertrouwelijk] neemt het initiatief hiervoor.*"⁹⁹ De betrokken ondernemingen noemen zich gezamenlijk, zo blijkt uit het dossier in de onderhavige zaak, ook wel 'P3'.¹⁰⁰

5.2 De afspraken

88. De contacten die tussen de betrokken ondernemingen bestonden, mondden uit in afspraken tussen de betrokken ondernemingen. Dit blijkt uit de hiernavolgende schriftelijke stukken en bijbehorende mondelinge verklaringen.

⁹⁶ De vereniging P8 is op 10 maart 2006 opgericht door de volgende telersverenigingen: Coöperatie Pamosa, Coöperatie UWG (thans Coöperatieve Telersvereniging FrEsteem U.A.), Coöperatieve RPT, Telerscoöperatie Best Growers Benelux U.A., Coöperatieve Telersvereniging Tradition U.A., Telerscoöperatie Versdirect Teelt U.A., Coöperatie Voedingstuinbouw Nederland U.A. (thans Coöperatie The Greenery U.A.) en Growing Excellence. De Bestuurder van Florpartners is benoemd tot voorzitter van P8. Sinds 2006 vertegenwoordigt P8 de gezamenlijke belangen van de Nederlandse paprikatelers. Doel van P8 is gezamenlijk de marktpositie van de Nederlandse paprikatelers te versterken in de keten. Zie onder meer <http://p-acht.nl/>, [*vertrouwelijk*] en de Statuten van de oprichting van P8, dossierstuk 7036_1/18 (Map 1, A, nummer 1).

⁹⁷ Hiermee wordt ZON bedoeld.

⁹⁸ Dossierstuk 7036_1/18 (Map 1, C, nummer 13).

⁹⁹ *Ibidem*. De heer [*vertrouwelijk*] is de Bestuurder van Florpartners; zie hiervoor, randnummer 32.

¹⁰⁰ Zie mondelinge verklaringen van [*vertrouwelijk*] en Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken [*vertrouwelijk*] en 7036_1/55, p. 15.

5.2.1 Document van 30 mei 2006

89. Het document *"Positie UWG-Rainbow-ZON binnen P8"* van 30 mei 2006¹⁰¹ betreft een presentatie die is opgesteld ten behoeve van een bijeenkomst van de betrokken ondernemingen op 30 mei 2006. Uit de presentielijst op de eerste pagina van dit document blijkt dat de betrokken ondernemingen bij elkaar zijn gekomen. Florpartners heeft hierover verklaard: *"De eerste bijeenkomst was op 30 mei 2006. Als je dan op 26 juni bij elkaar komt, zijn er al drie weken achter de rug."*¹⁰²
90. Het document vermeldt op de tweede pagina dat de aanleiding voor het gesprek de laatste vergadering van P8 op 17 mei 2006 was. Het document bevat vanaf de derde pagina een analyse van de positie van ZON, UWG en Rainbow in P8, welke schematisch weergeeft dat zij op dat moment vergelijkbare ondernemingen waren die een vergelijkbare positie in de markt hadden en een vergelijkbare verkoopstrategie hanteerden. Daarna vermeldt dit document de vraag *"op welke terreinen kan een gezamenlijke opstelling leiden tot een stabielere verkoop?"*.
91. De Bestuurder van Florpartners heeft in dit verband verklaard dat de betrokken ondernemingen bij de verkoop van paprika's moesten gaan samenwerken, omdat zij vergelijkbare ondernemingen waren: *"In 2006 hadden we dus de matrix gemaakt. Toen bleek dat UWG, Rainbow en ZON vergelijkbare ondernemingen waren. Ze zijn puur vanuit de teler bezig. Ze hebben verder geen bijzondere handelsbelangen en zijn qua denkwijze gelijk. Er was toen ook al gedoe over de klok, dat kwam vanuit Rainbow vandaan. Toen is gezegd als jullie in hetzelfde kwadrant van de matrix zitten en als jullie je verder willen ontwikkelen als paprikaspecialisten, moeten jullie gaan samenwerken. Toen zijn we bij elkaar gaan zitten en dan zie je dat we het bij de besprekingen hadden over prijzen, de klok enzovoort. Kijken of je elkaar kunt ondersteunen en samen de markt op wil. Kortom, hoe je kan samenwerken."*¹⁰³
92. De Bestuurder van Coöperatieve RPT heeft eveneens in dit verband verklaard dat het doel voor het contact tussen de betrokken ondernemingen was om gezamenlijk iets te doen aan de slechte prijsvorming: *"Drie betrokken ondernemingen hebben gezegd van 'kunnen we niet bij elkaar komen om iets te doen aan de slechte prijsvorming'."*¹⁰⁴ Ook blijkt dit doel uit andere verklaringen van de betrokken ondernemingen, zoals die van de Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten, de Bestuurder van Coöperatie Pamosa en de Vertegenwoordiger van Coöperatie UWG.¹⁰⁵

¹⁰¹ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 1).

¹⁰² Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 18.

¹⁰³ Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 15.

¹⁰⁴ Mondelinge verklaring van ZON, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/30, p. 22-23.

¹⁰⁵ Mondelinge verklaringen van [vertrouwelijk] en Coöperatie UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken [vertrouwelijk], 7036_3/31, p. 26-27 en 31.

93. Een verslag van de ledenvergadering van Coöperatieve RPT van 6 juni 2006 vermeldt het volgende over de eerste week van de samenwerking: *“Rainbow, UWG en ZON betalen de prijzen uit die zijn ontvangen, zij verkopen op de vrije markt en hebben 33% van het areaal. Door deze betrokken ondernemingen worden besprekingen gevoerd om te kijken of zij kunnen samenwerken. Vanaf vorige week werkt dit goed, communicatie in de middag om niet door grote betrokken ondernemingen uitgespeeld te worden. De klokprijs is goed, in de markt kan geen hogere prijs worden gemaakt. Belangrijk dat telers hierachter staan: water in de wijn doen i.p.v. de slimste van de klas proberen te zijn. P3 is constructief bezig om te zorgen dat de dagprijs op niveau is.”*¹⁰⁶
94. Florpartners heeft verklaard dat de betrokken ondernemingen voorts op 26 juni 2006 weer bij elkaar kwamen.¹⁰⁷ Het dossier bevat een presentatie, gedateerd 26 juni 2006, getiteld *“Te aanzet strategische samenwerking UWG-Rainbow-ZON, o.b.v. gemaakte afspraken op 6 juni 2006”*,¹⁰⁸ waarin een analyse van ZON, UWG en Rainbow is gemaakt met betrekking tot onder meer verkoopstrategieën en cultuurverschillen.
95. In de notulen van de bestuursvergadering van de Coöperatieve RPT van 27 juni 2006, één dag na de hiervoor genoemde presentatie, is voorts de volgende zin opgenomen: *“P3 wil onderling prijzen vergelijken.”*¹⁰⁹

5.2.2 Document van 29 juni 2006

96. Het dossier bevat een document getiteld *“Procedure samenwerking Rainbow – UWG – ZON in periode 12 juni tot en met september 2006, versie 2, 29 juni 2006”*¹¹⁰. Florpartners heeft verklaard dat zij dit document naar aanleiding van de bijeenkomst op 26 juni 2006 heeft opgesteld.¹¹¹
97. Het document bevat een schema, dat in de eerste kolom onder *“Wat willen we”* het volgende vermeldt: *“Afstemming dagprijzen”, “Afstemming weekprijzen”, “Uitwisselen aanbodprognose”, “Uitwisselen gerealiseerde weekprijzen”, “Klanten” en “Overig geplaatste opmerkingen en gemaakte afspraken”*. De tweede kolom van het schema vermeldt onder *“Hoe gaan we dit organiseren”* op welke wijze de betrokken ondernemingen voornoemde willen doen:

¹⁰⁶ Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/58.

¹⁰⁷ Mondelinge verklaring van ZON, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 18.

¹⁰⁸ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 3).

¹⁰⁹ Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/58.

¹¹⁰ Dossierstukken 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 4) en [vertrouwelijk].

¹¹¹ Dossierstuk 7036_1/167, p. 15.

<i>"Afstemming dagprijzen</i>	<ul style="list-style-type: none">- Voorverkoopprijs en minimumverkoopprijs 2x daags afstemmen- Prijsperioden (...)- Speelruimte tijdens de verkoop is 5 cent per kg; minimumverkoopprijs is minimumverkoopprijs- Betreft 4 kleuren Klasse I, de sorteringen 70 en 80 (90)
<i>Afstemming weekprijzen</i>	<ul style="list-style-type: none">- Weekprijs per kwaliteit en sortering afstemmen- Geldt tussen dinsdag 08.30 uur en woensdag 17.00 uur- Speelruimte tijdens de verkoop is 5 cent per kg; minimumverkoopprijs is minimumverkoopprijs- Op maandag om 17.00 uur de weekprijs vaststellen en deze dinsdag om 8.45 uur naar buiten brengen
<i>Uitwisselen aanbodprognose</i>	<ul style="list-style-type: none">- ZON, UWG en Rainbow ontvangen naast Aanbodprognose P8 totaal ook de prognose van de 3 verenigingen afzonderlijk (dus niet de 3 verenigingen in totaal) → voorkeur 1 A4
<i>Uitwisselen gerealiseerde weekprijzen</i>	<ul style="list-style-type: none">- ZON, UWG en Rainbow sturen maandag 11.00 uur gerealiseerde weekprijs van vorige week naar P8 secretariaat (idem als Aanbodprognose)- Weekprijs op basis van vrijdag tot en met donderdag- Betreft 4 kleuren Klasse I, de sorteringen 60, 70 en 80
<i>Klanten</i>	<ul style="list-style-type: none">- Betrokken ondernemingen respecteren elkaars klanten
<i>Overig geplaatste opmerkingen en gemaakte afspraken</i>	<ul style="list-style-type: none">- Bedrijven zijn tevreden over samenwerking afgelopen weken. Er is veel onderling contact. Er was een incident over het lekken van informatie naar een handelshuis.- ZON heeft afgelopen weken veel meer op weekbasis verkocht dan voorheen (...)- Bedrijven gaan onderling prijzen uitwisselen via <i>[vertrouwelijk]</i>

98. Het schema bevat daarnaast een kolom onder "Wanneer" die vermeldt op welk tijdstip de betreffende afspraak dient plaats te vinden. De laatste kolom onder "Door wie" duidt middels de afkortingen "vertrouwelijk", "vertrouwelijk", "vertrouwelijk" en "vertrouwelijk" aan welke personen bij de betreffende afspraak zijn betrokken. Uit verschillende

verklaringen¹¹² kan worden afgeleid welke personen met deze afkortingen worden aangeduid. Het betreft respectievelijk (i) de heer [vertrouwelijk], de Voormalig verkoopmedewerker van FresQ UWG, (ii) de heer [vertrouwelijk], de Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten, (iii) de heer [vertrouwelijk], de Verkoopleider van FresQ RGG en (iv) de heer [vertrouwelijk], de Bestuurder van Florpartners. Bij de afspraak "*Betrokken ondernemingen respecteren elkaars klanten*" is vermeld dat "*allen*" hierbij betrokken waren.

99. Het schema geeft eveneens aan dat op maandag om 13.00 uur een individuele aanbodprognose wordt uitgewisseld. Tevens vermeldt het schema dat op maandag om 11.00 uur de gerealiseerde weekprijzen via Florpartners worden uitgewisseld.¹¹³ In de kolom daarnaast, getiteld "*Door wie*", is de naam vermeld van de Bestuurder van Coöperatie UWG, "*[vertrouwelijk]*".¹¹⁴ Uit een interne e-mail van Zon Verkoopdiensten van 16 november 2006 blijkt voorts dat Zon Verkoopdiensten de gerealiseerde prijzen van alle kleuren paprika's heeft verstuurd aan de Bestuurder van Coöperatie UWG: "*Op jullie verzoek heb ik de prijzen van paprika verstuurd aan [vertrouwelijk]. Het gaat om alle 4 de kleuren paprika [...]*".¹¹⁵

100. De tweede pagina van genoemd document van 29 juni 2006 vermeldt voorts dat er reeds enkele weken contact is tussen de betrokken ondernemingen: "*Bedrijven zijn tevreden over samenwerking afgelopen weken. Er is veel onderling contact.*"

5.2.3 Document van 7 september 2006

101. De presentatie "*Verloop samenwerking UWG-Rainbow-ZON*" van 7 september 2006¹¹⁶, die is opgesteld door Florpartners, vermeldt: "*Besluit van 6 juni 2006. Marktmacht vergroten door starten met een lichte vorm van samenwerking*". Dit betekent blijkens het document: "*Informatie uitwisselen over aanbodsplanning, verkoopprijzen en afnemers, en logistieke dienstverlening*".

102. Een volgende pagina, getiteld "*Evaluatie periode juni – september aan de hand van de afgesproken procedure 29 juni 2006*" somt de volgende afspraken op:

- "*Afstemming dagprijzen en weekprijzen*"

¹¹² Mondelinge verklaringen van Florpartners, [vertrouwelijk] en FresQ RGG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken 7036_1/55, p. 16, [vertrouwelijk] en 7036_3/40, p. 22.

¹¹³ In het document wordt gesteld dat de gerealiseerde weekprijs naar het "*P8 secretariaat*" verstuurd moest worden. Het "*P8 secretariaat*" werd verzorgd door Florpartners. Florpartners heeft in dit verband verklaard dat via het P8-secretariaat of anderszins informatie is verspreid in de vorm van aanbodprognoses; dossierstuk 7036_1/167, p. 15.

¹¹⁴ De heer [vertrouwelijk] was bestuurslid van Coöperatie UWG (onder meer) in de periode 2006 tot en met 1 januari 2007.

¹¹⁵ [Vertrouwelijk].

¹¹⁶ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 5).

- *Uitwisselen aanbodprognose*
- *Uitwisselen gerealiseerde weekprijzen*
- *Respecteren elkaars klanten*
- *Sturing van de klok (doel 40%)*

103. Voorts blijkt uit het document *“Conclusies en besluiten bijeenkomst 17 oktober 2006”* van 18 oktober 2006 gericht aan *“P3 overleg Pamosa-Rainbow-UWG”* dat de betrokken ondernemingen akkoord gaan met het verslag van de vergadering van 7 september 2006: *“Verslag vergadering 7 september akkoord”*.¹¹⁷

5.2.4 Document van 9 oktober 2006

104. Het memo van 9 oktober 2006 van de heer [vertrouwelijk] (Florpartners), dat is gericht aan het P3-overleg Pamosa-Rainbow-UWG, getiteld *“Conclusies en besluiten bijeenkomst 7 september 2006”*,¹¹⁸ vermeldt onder andere het volgende:

“3. Procedure afstemming dagprijzen gaat goed. Belangrijk blijft dat betrokken ondernemingen “elkaar goed vasthouden” bij onderaanbiedingen van derden.

4. Procedure afstemming weekprijzen loopt ook goed. Wel wordt er een verschillende prijstactiek toegepast. Rainbow en ZON reageren op een tegenbod vanuit de markt. Bij UWG geldt prijs is prijs. De uitwisseling van gerealiseerde weekprijzen heeft door een misverstand nog niet plaatsgevonden.

5. Rainbow en UWG doen niet mee met de landelijke prijsvergelijking paprika. Ook Pamosa wil hier niet aan meewerken, maar ZON doet hier wel aan mee.”

105. Voorts vermeldt het document:

“De ondersteuning van de klok van ZON is tot nu toe goed gelopen. Tijdens enkele grote aanvoerpieken is een groter aanbod dan gepland via de klok verkocht. Uiteindelijk is circa 40 - 45% van de Pamosa aanvoer via de ZON klok verkocht. ZON en België werken momenteel aan klokkoppeling wat in 2007 moet leiden naar verdere stabiliteit. UWG denkt na over de wijze waarop ze een bijdrage kan leveren aan het ondersteunen van de klok van ZON.”

¹¹⁷ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 7) en [vertrouwelijk].

¹¹⁸ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 6).

106. De Bestuurder van Florpartners heeft over het betreffende document verklaard dat dit de uitkomst van de evaluatie bevat: *"Hierin staan conclusies van de vergadering van 7 september 2006. Er staat een paar keer dat het goed gaat, dat is dan de uitkomst van de evaluatie."*¹¹⁹
107. De Bestuurder van Coöperatieve RPT heeft bevestigd dat het document van 9 oktober 2006 een juiste weergave vormt van hetgeen de betrokken ondernemingen hebben besproken: *"Ik heb hier niets aan toe te voegen. Dit verslag is een juiste weergave van wat is besproken."*¹²⁰
108. Met betrekking tot het vierde punt van het genoemde document van 9 oktober 2006 – het afstemmen van de weekprijzen – vermeldt het *"Verslag van de vergadering van het bestuur Coöperatie Pamosa"* van 24 oktober 2006 het volgende: *"De prijszetting voor weekhandel wordt al onderling afgestemd, dat werkt goed; afwijkingen worden over en weer gemeld."*¹²¹

5.2.5 Document van 17 november 2006

109. Uit het document *"Briefing ExtraNet P3"* van 17 november 2006¹²² dat afkomstig is van Florpartners en gericht is aan *"UWG-Rainbow-ZON"*, volgen enkele details die betrekking hebben op het afstemmen van de dagprijzen en weekprijzen, het afstemmen van het aanbod en het uitwisselen van gerealiseerde transacties. Het document vermeldt onder het kopje *"Welke informatie moet continue beschikbaar zijn?"* het volgende:
- *"Afstemming dagprijzen: voorverkoop prijs en minimum verkoop prijs 2x daags afstemmen; speelruimte is € 0,05/kg; minimumverkoop prijs is minimumverkoop prijs; groen is afgestemde prijs of hoger; oranje is prijs binnen de speelruimte; rood is prijs lager dan afgesproken prijs -/- €0,05/kg; Betreft 4 kleuren Klasse I, de sorteringen 70 en 80 (90);*
 - *Afstemming weekprijzen: weekprijs per kwaliteit en sortering afstemmen; speelruimte is € 0,05/kg; minimumverkoop prijs is minimumverkoop prijs.*
 - *Afstemmen aanbod: werkelijk aanbod; actuele aanbod op ieder moment van de dag.*
 - *Uitwisselen gerealiseerde transacties: klant; kleur, klasse I, sortering; hoeveelheid en prijs; deelmarktvergoeding."*
110. Het document maakt tevens duidelijk dat de betrokken ondernemingen wilden voorkomen dat zij tegen elkaar zouden worden uitgespeeld door hun afnemers: *"Huidige samenwerking P3 is informatie uitwisselen op een aantal vaste 'ijk momenten', om onderling uitspelen van elkaar te voorkomen."*

¹¹⁹ Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 18.

¹²⁰ Mondelinge verklaring van Coöperatieve RPT, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/30, p. 24.

¹²¹ [Vertrouwelijk].

¹²² [Vertrouwelijk].

111. Tot slot vermeldt dit document:

*"(...) Gewenste samenwerking P3 is
- naar buiten opereren als 3 betrokken ondernemingen, met behoud van eigen identiteit
- onderling opereren als 1 partij*

*(...) Randvoorwaarden
Informatie alleen bestemd voor intern P3."*

5.2.6 Document van 28 november 2006

112. De presentatie *"Samenwerking UWG-Rainbow-ZON Wat wel en wat niet?"* van 28 november 2006¹²³ - die is opgesteld door Florpartners - bevat een pagina, getiteld *"Huidige procedure samenwerking. Vastgesteld 29 juni 2006"*. Deze pagina vermeldt:

- *"Afstemming dagprijzen*
- *Afstemming weekprijzen*
- *Uitwisselen aanbodprognose*
- *Uitwisselen gerealiseerde weekprijzen*
- *Betrokken ondernemingen respecteren elkaars klanten*
- *Betrokken ondernemingen wisselen onderling prijzen uit"*

113. Tevens vermeldt deze presentatie op een volgende pagina, getiteld *"Besluit 6 juni 2006: marktmacht vergroten"*, het volgende doel van de betrokken ondernemingen: *"Doel is voorkomen 'uitspelen van elkaar'"*.

114. Het document *"Conclusies en besluiten bijeenkomst 28 november 2006"* van 4 december 2006 bevestigt dat de betrokken ondernemingen op 28 november 2006 bij elkaar zijn gekomen.¹²⁴ Uit genoemd document van 4 december 2006 volgt voorts dat weer over de prijzen is gesproken: *"Minimaal zorgen dat dagprijzen boven weekprijs ligt"*.

5.2.7 Document van 30 januari 2007

115. Uit het document *"Verslag P3 (Rainbow-UWG-ZON)"* van 30 januari 2007 blijkt dat de betrokken ondernemingen een voorstel hebben gedaan over het delen van informatie over klanten: *"Eerlijkheid en transparantie binnen P3 is een vereiste voor succesvolle samenwerking. Voorstel is om informatie voor klanten te delen, als proef te beginnen met enkele klanten."*¹²⁵

¹²³ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 8).

¹²⁴ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 7).

¹²⁵ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 10).

116. Het document vermeldt ook dat de betrokken ondernemingen hebben geconstateerd dat de gemaakte afspraken in 2006 voor hen een positief effect hadden op de daghandel: *“Eind 2006 is geconstateerd dat de onderlinge samenwerking een positief effect had op de daghandel.”*
117. Het document geeft voorts onder het kopje *“Toekomst P3”* aan: *“Door gezamenlijk streven naar groter deel van verkopen op weekprijsbasis kan de (invloed van de) klokprijs worden gestuurd. ZON heeft tijd nodig voor deze omschakeling. Verdeling van productie over de week beïnvloedt de prijsvorming. Middels ‘voorraad in de kas’ en sturing (van bovenaf) van productieplanning naar kwekers (afspraken over verdeling wekelijkse productie, verkoop en opbrengsten per vereniging) kan P3 meer invloed krijgen op de klokprijs. Speculatie kwekers wordt op deze manier tegengegaan en verkopers krijgen meer vrijheid om te schuiven in dagen, zonder de kwekers te duperen.”*

5.2.8 Document van 28 februari 2007

118. Het uitwisselen van informatie over gerealiseerde prijzen, aanbodprognoses en klanten is voorts omschreven in de presentatie *“Plan van aanpak 2007 samenwerkende paprikaspecialisten”* van de bijeenkomst op 28 februari 2007 in Breda.¹²⁶
119. Een van de pagina's van voornoemd document van 28 februari 2007 vermeldt de doelstellingen voor 2007, waaronder: *“Voorkomen uitspelen van elkaar”*. Een volgende pagina, getiteld *“Herijken/voortzetten bestaande afspraken - Vastgesteld 29 juni 2006”*, vermeldt wat de acties voor 2007 zijn:
- *“Afstemming dagprijzen*
 - *Afstemming weekprijzen*
 - *Uitwisselen aanbodprognose*
 - *Uitwisselen gerealiseerde weekprijzen*
 - *Betrokken ondernemingen respecteren elkaars klanten*
 - *Betrokken ondernemingen wisselen onderling prijzen uit”*
120. Dit document vermeldt tevens dat de betrokken ondernemingen zo spoedig mogelijk uitvoering zouden geven aan het respecteren van elkaars klanten¹²⁷: *“Afstemmen klanten wordt zo spoedig mogelijk door de werkgroep gedaan.”*

¹²⁶ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 11) en Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/58.

¹²⁷ In het citaat wordt niet de term 'respecteren', maar de term 'afstemmen' gebruikt. In het document *“Plan van aanpak 2007 samenwerkende paprikaspecialisten”* van 28 februari 2007, dat ter voorbereiding op de bijeenkomst tussen de betrokken ondernemingen is opgesteld, wordt wel gesproken over het respecteren van elkaars klanten; dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 11).

121. Voorts vermeldt deze presentatie op een aparte pagina met betrekking tot het versterken van de invloed op de klokprijs:

- *“Klok blijft voorlopig enig openbaar prijsinstrument;*
- *Sturing klokken verder optimaliseren; klokken schaars houden; doel klokprijs hoger dan weekprijs; vaste klanten die op weekprijs kopen moeten niet teleurgesteld worden door lagere dagprijzen;*
- *Samenwerking met Belgische Veilingen versterken; afstemmingen klokaanbod en veiltijdstip.”*

5.2.9 Document van 28 maart 2007

122. Het uitwisselen van informatie over gerealiseerde prijzen, aanbodprognoses en klanten, alsook het respecteren van klanten is ook vastgelegd in het document *“Verslag P3 werkgroep”* van de bijeenkomst op 28 maart 2007 in het Van der Valk hotel-restaurant *Princeville* te Breda.¹²⁸

123. Dit document vermeldt onder het kopje *“Afstemming dagprijzen”* het volgende: *“(…) ‘s Ochtends voor de klok is er geen overleg met ZON, ‘s middags wel. UWG en Rainbow hebben wel overleg. Afspraak is wel om 06.45 uur overleg te hebben. Voor de klok uit wordt door ZON ‘s ochtends niet verkocht. Speelruimte wordt nu vastgesteld op € 0,05. Wordt hiervan afgeweken, dan direct elkaar informeren. 90-ers veilen na de 60-ers is geen optie. ZON denkt na over de veilvolgorde van de 90-ers.”*

124. Het document geeft onder het kopje *“Afstemming weekprijzen”* het volgende aan: *“Uitgangspunt voor dit jaar is meer verkopen op weekbasis, anders heeft de werkgroep niet gefunctioneerd. Dinsdag wordt de klok omhoog geduwd, ten voordele van de onderhandelingspositie over de weekprijzen. Geeft aan hoe een aantal betrokken ondernemingen de klok kunnen manipuleren. Vervolgens worden niet al te veel paprika's ingekocht op woensdag en zakt de prijs. Handel heeft ondertussen de weekverkopen vastgelegd. Belangrijk is wel allemaal op hetzelfde tijdstip met de weekprijs naar buiten te komen. Het lijkt ook zeer belangrijk de invloed op afgeven weekprijzen van de dinsdagklok uit te sluiten. Afgesproken wordt de komende 4 weken op maandag om 17.00 uur de weekprijs vast te leggen en deze dinsdag om 08.45 uur naar buiten brengen”*.¹²⁹

¹²⁸ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 12) en Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/58.

¹²⁹ *Ibidem*.

125. Het einde van het verslag vermeldt dat de volgende bijeenkomst plaatsvindt op 26 april 2007 op dezelfde locatie.

5.2.10 Document van 28 april 2007

126. Na de bijeenkomst van 28 maart 2007 heeft verder overleg plaatsgevonden tussen ZON, Rainbow en UWG. Dit blijkt uit een verslag van het directieoverleg van FresQ RGG van 28 april 2008.¹³⁰ Het verslag refereert aan de afspraak van de betrokken ondernemingen om de klok van Zon Verkoopdiensten te ondersteunen: *“Het overleg met UWG en Zon was positief. Plan is dat UWG en Rainbow steunaankopen gaan doen en redelijke prijzen zullen betalen. We kunnen met extra product extra verkoop genereren en relaties opbouwen. [Vertrouwelijk].”*¹³¹

5.2.11 Document van 13 februari 2009

127. Op 13 februari 2009 zijn de betrokken ondernemingen, behalve Florpartners, weer bijeengekomen. Uit het document *“Notulen”* van 13 februari 2009¹³² (de notulen van deze bijeenkomst) blijkt dat hierbij vertegenwoordigers aanwezig waren van zowel ZON, UWG als Rainbow: (i) [vertrouwelijk], de Bestuurder van Coöperatie Pamosa, (ii) [vertrouwelijk], de Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten, (iii) [vertrouwelijk], de Vertegenwoordiger van Coöperatie UWG, (iv) [vertrouwelijk], de Verkoopmedewerker van FresQ UWG, (v) [vertrouwelijk], de Bestuurder van Coöperatieve RPT en (vi) [vertrouwelijk], de Verkoopleider van FresQ RGG.

128. Het document vermeldt bovenaan het papier de logo's van ZON, Fresteem en Rainbow.

129. Het document vermeldt onder het kopje *“Verkoopovereenkomsten”* het volgende:

“[vertrouwelijk]¹³³: (...) Samenwerking zal leiden tot iets betere vraag. Op het gebied van prijzen wordt nu al goed overlegd, alleen weten we de uiteindelijke prijs niet van elkaar. De klok is hierin een indicatiemiddel.

[vertrouwelijk]¹³⁴: We moeten de informatie-uitwisseling uitbreiden. We zullen over de prijzen moeten overleggen om niet een te lage prijs te accepteren. Voorspelling van een prijsverlaging komt al vaak uit. We moeten met zijn drieën de prijs hoog zien te houden. Het gaat om centen, maar het blijft toch belangrijk. We kunnen zo een betere marktpositie verwerven.”

¹³⁰ Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/58 (*Notulen directieoverleg Rainbow Growers Group B.V. d.d. 28 april 2008*).

¹³¹ Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/58.

¹³² [Vertrouwelijk] en Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/57.

¹³³ Verwezen wordt naar de heer [vertrouwelijk], de Verkoopmedewerker van FresQ UWG.

¹³⁴ Verwezen wordt naar de heer [vertrouwelijk], de Bestuurder van Coöperatieve RPT.

130. Het document vermeldt onder het kopje "Moment van verkoop":

"[vertrouwelijk]¹³⁵: We moeten dagelijks contact houden en onze prijzen op elkaar afstemmen".

131. Het document geeft onder het kopje "Conclusies" onder andere de volgende acties aan:

- a. *"We moeten als 1 blok verkopen en goede klanten uitkiezen, anders heeft samenwerken geen zin.*
- b. *Dagelijks doorbellen van de prijzen naar elkaar rond 06.50 uur en prijzen doorbellen naar [vertrouwelijk]. Actie [vertrouwelijk]¹³⁶ / [vertrouwelijk]¹³⁷.*
- c. *Uitbetaalprijzen dagelijks rondbellen en 1x per week e-mailen. Actie allen."*

132. De notulen vermelden voorts: "Alle drie de betrokken ondernemingen zetten een procesbeschrijving op papier. Actie allen binnen 2 weken."¹³⁸ Uit een verklaring van de Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten blijkt dat de betrokken ondernemingen naar aanleiding van de bijeenkomst op 13 februari 2009 nog actie zouden ondernemen. ZON heeft voorts verklaard dat (de uitvoering van) de afspraken zijn gestaakt na 28 juli 2009.¹³⁹ Tevens heeft ZON verklaard dat de Afspraak doorliep tot (in ieder geval) 13 februari 2009.¹⁴⁰

5.3 Verklaringen van de betrokken ondernemingen over de afspraken

133. Over de stukken genoemd in voorgaande paragraaf, alsmede over de gedragingen van de betrokken ondernemingen, zijn door de betrokken ondernemingen verklaringen afgelegd. Deze worden hieronder weergegeven.

5.3.1 Afstemming van dag- en weekprijzen

134. De Bestuurder van Coöperatieve RPT heeft over het verloop van de afspraken tussen de betrokken ondernemingen omtrent de dag- en weekprijzen verklaard: "Volgens mij liepen de afspraken wel goed. Die verkopers merkten op een gegeven moment wel op als het niet goed liep."¹⁴¹ De Bestuurder van Coöperatieve RPT heeft ook verklaard dat de betrokken

¹³⁵ Met "[vertrouwelijk]" wordt de heer [vertrouwelijk] bedoeld, de Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten.

¹³⁶ Met "[vertrouwelijk]" wordt de heer [vertrouwelijk] bedoeld, de Verkoopleider van FresQ RGG.

¹³⁷ Met "[vertrouwelijk]" wordt de heer [vertrouwelijk] bedoeld, de Verkoopmedewerker van FresQ UWG.

¹³⁸ [vertrouwelijk] en Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/57. [Vertrouwelijk].

¹³⁹ [Vertrouwelijk].

¹⁴⁰ Dossierstuk 7036_1/232, p. 10.

¹⁴¹ Mondelinge verklaring van Coöperatieve RPT, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/30, p. 25.

ondernemingen hebben afgesproken om bij het afstemmen van de dagelijkse prijzen een bandbreedte te hanteren: *“’s Ochtends was er overleg tussen de drie betrokken ondernemingen. Ze vertelden aan elkaar wat ze gingen vragen voor de paprika. Het was afstemmen van op welke prijzen zitten we vandaag. [...] Er was nog steeds de vrijheid om het anders te gaan doen. Maar grote afwijkingen gebeurden eigenlijk niet, want dan is je geloofwaardigheid voor de volgende dag gelijk weg. Normaal gesproken werd er dus niet verkocht onder die prijs. [...] ’s Ochtends vertel je aan elkaar welke prijzen je doet. Als je daar toch vanaf wijkt dan informeer je elkaar. Dat was een soort bandbreedte. De afspraak was om elkaar te informeren als je er 5 cent onder gaat van wat je eerder had uitgewisseld.”*¹⁴²

135. De Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten heeft eveneens verklaard dat tussen de betrokken ondernemingen de dag- en weekprijs werd afgestemd: *“[vertrouwelijk]”*^{143 144}
136. De Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten heeft verder verklaard dat de betrokken ondernemingen de afgestemde prijs niet altijd konden realiseren: *“[vertrouwelijk].”*¹⁴⁵
137. De Bestuurder van Coöperatie Pamosa heeft verklaard dat het afstemmen van dag- en weekprijzen inhoudt dat men elkaar informeert over de prijs, en de prijs aan de hand daarvan mogelijk bijstelt: *“[vertrouwelijk].”*¹⁴⁶ Daarnaast heeft de Bestuurder van Coöperatie Pamosa bevestigd dat het hanteren van een minimumprijs zich vooral tussen de verkoopmedewerkers van paprika’s afspeelde: *“[vertrouwelijk].”*¹⁴⁷
138. De Bestuurder van Florpartners heeft expliciet verklaard dat het de bedoeling was om door het afstemmen van dag- en weekprijzen dezelfde prijzen te hanteren: *“Het afstemmen van de dagprijs heeft te maken met het in evenwicht brengen van de klok. Het had ook iets te maken met een soort uitgangspunt om met een gelijke dagprijs uit te gaan. Bij weekprijzen was het denk ik ook de bedoeling om dezelfde prijzen te hanteren.”*¹⁴⁸

5.3.2 Uitwisselen van informatie over gerealiseerde prijzen, aanbodprognoses en klanten

139. De Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten heeft verklaard dat gerealiseerde weekprijzen werden uitgewisseld om te kunnen controleren of de betrokken ondernemingen zich aan de afgestemde weekprijzen hielden: *“[vertrouwelijk].”*¹⁴⁹

¹⁴² Mondelinge verklaring van Coöperatieve RPT, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/30, p. 23.

¹⁴³ [Vertrouwelijk].

¹⁴⁴ [Vertrouwelijk].

¹⁴⁵ [Vertrouwelijk].

¹⁴⁶ [Vertrouwelijk].

¹⁴⁷ [Vertrouwelijk].

¹⁴⁸ Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 17.

¹⁴⁹ [Vertrouwelijk].

140. De Bestuurder van Coöperatieve RPT heeft bevestigd dat gerealiseerde weekprijzen werden uitgewisseld: *“Daaronder staat in de presentatie ook ‘uitwisselen van gerealiseerde weekprijzen’. Het uitwisselen van weekprijzen gebeurt achteraf. Dat willen de telers graag weten.”*¹⁵⁰
141. De Bestuurder van Florpartners heeft verklaard dat gerealiseerde prijzen daadwerkelijk werden uitgewisseld tussen de betrokken ondernemingen via de Bestuurder van Coöperatie UWG en dat dit bijgehouden werd voor de telers die zijn aangesloten bij de coöperaties: *“De verkopers realiseren prijzen en [vertrouwelijk]¹⁵¹ die hield dit bij. Dit werd vastgelegd omdat het voor de sector een belangrijk fenomeen is wat de uitkomsten van de prijzen zijn. Dit werd bijgehouden voor de telers.”*¹⁵²
142. De Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten heeft voorts verklaard dat [vertrouwelijk].¹⁵³ De Verkoopmedewerker van FresQ UWG heeft in dit verband verklaard dat aanbodprognoses een hulpmiddel vormen om tot een betere prijs te komen: *“Aanbodprognoses zijn op een gegeven moment door de P8 verzameld, als hulpmiddel om tot een betere prijs te komen. Ik kan me niet herinneren of ik een individuele aanbodprognose heb gehad van ZON.”*¹⁵⁴
143. De Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten heeft tevens verklaard dat de betrokken ondernemingen onderling klanten wilden verdelen: *“[vertrouwelijk].”*¹⁵⁵ De Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten heeft ook verklaard dat de betrokken ondernemingen geen uitvoering hebben gegeven aan het respecteren van elkaars klanten.¹⁵⁶
144. De Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten heeft met betrekking tot de afspraak omtrent het respecteren van elkaars klanten verklaard dat de betrokken ondernemingen klanteninformatie hebben uitgewisseld: *“[vertrouwelijk].”*¹⁵⁷
145. De Bestuurder van Coöperatieve RPT heeft verklaard dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen om elkaars klanten te respecteren. Dit hield volgens hem in dat de betrokken ondernemingen geen paprika's aan elkaars klanten zouden aanbieden: *“Iedereen heeft een paar gezamenlijke klanten. Bij sommige ben je huisleverancier. Deze afspraak betekent dat ik die leverancier geen prijs zal aanbieden. Die afspraak hebben we met elkaar gemaakt.”*

¹⁵⁰ Mondelinge verklaring van Coöperatieve RPT, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/30, p. 24.

¹⁵¹ De heer [vertrouwelijk] was bestuurslid van Coöperatie UWG (onder andere) in de periode 2006 tot en met 1 januari 2007, zie ook hiervoor, randnummers 21, 97 en 99.

¹⁵² Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 19.

¹⁵³ [Vertrouwelijk].

¹⁵⁴ Mondelinge verklaring van FresQ UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/38, p. 15.

¹⁵⁵ [Vertrouwelijk].

¹⁵⁶ *Ibidem.*

¹⁵⁷ *Ibidem.*

*Iedereen weet van elkaar wie de klanten zijn. Dus zonder namen te noemen hebben we de afspraak gemaakt om dat te respecteren.*¹⁵⁸

146. De Bestuurder van Florpartners heeft verklaard dat met het respecteren van klanten wordt bedoeld dat de betrokken ondernemingen voorzichtig om moesten gaan met elkaars klanten: *"Het is een zeer concurrentiële wereld, er is weinig sprake van vaste lijnen. Daarmee bedoel ik dat retailers veel van leverancier wisselen. Dus hier is bedoeld dat men niet het slimste jongetje van de klas moest gaan spelen door allerlei gekke dingen te doen met elkaars klanten.*"¹⁵⁹

5.3.3 Ondersteunen van de klok van Zon Verkoopdiensten

147. De Bestuurder van Florpartners heeft verklaard dat een belangrijke afspraak tussen de betrokken ondernemingen was om de klokprijs van Zon Verkoopdiensten te beïnvloeden: *"Dit heeft veel te maken met de klok. Het was een belangrijke drijfveer om de koopkracht bij de klok in evenwicht te houden.*"¹⁶⁰
148. De Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten heeft verklaard dat het beïnvloeden van de klok gebeurde middels ondersteuning en/of sturing: *"[vertrouwelijk]."*¹⁶¹
149. De Bestuurder van Coöperatie Pamosa heeft verklaard dat FresQ RGG ook daadwerkelijk de klokprijs heeft beïnvloed door deze te ondersteunen: *"[vertrouwelijk]."*¹⁶²
150. De Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten heeft erkend dat UWG en Rainbow daadwerkelijk paprika's kochten via de klok van Zon Verkoopdiensten: *"[vertrouwelijk]."*^{163/164}

5.4 De rol van Florpartners

151. Uit de schriftelijke stukken, alsook uit een aantal verklaringen, volgt dat Florpartners de afspraken tussen de betrokken ondernemingen heeft gefaciliteerd.
152. Het merendeel van de voormelde documenten is door Florpartners opgesteld, waaronder het eerste gedetailleerde document *"Procedure samenwerking Rainbow-UWG-ZON in periode 12 juni tot en met september 2006, versie 2, 29 juni 2006"*. Hierin zijn de door de (overige)

¹⁵⁸ Mondelinge verklaring van Coöperatieve RPT, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/30, p. 24.

¹⁵⁹ Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 17.

¹⁶⁰ Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 16.

¹⁶¹ [Vertrouwelijk].

¹⁶² [Vertrouwelijk].

¹⁶³ Met "Frestem" wordt UWG bedoeld.

¹⁶⁴ [Vertrouwelijk].

betrokken ondernemingen gemaakte afspraken gedetailleerd weergegeven.¹⁶⁵ Ook zijn bijna alle notulen van de bijeenkomsten van de betrokken ondernemingen, opgesteld door (medewerkers van) Florpartners.¹⁶⁶ Voorts heeft Florpartners presentaties aan de NMa verstrekt die refereren aan de afspraken tussen de ondernemingen.¹⁶⁷ De Bestuurder van Florpartners heeft hierover verklaard dat de werkwijze was dat er geen verslagen werden gemaakt, maar dat de afspraken in een presentatie werden gezet.¹⁶⁸

153. Uit de schriftelijke stukken blijkt voorts dat Florpartners kosten in rekening heeft gebracht voor haar dienstverlening die verband houdt met de afspraken tussen de betrokken ondernemingen. Uit specificaties/facturen blijkt dat Florpartners in totaal EUR **[vertrouwelijk]** heeft ontvangen voor het voorbereiden van de bijeenkomsten, het opstellen van presentaties, het maken van verslagen van bijeenkomsten en het vastleggen van de afspraken.¹⁶⁹
154. De Bestuurder van Florpartners heeft verklaard dat hijzelf als voorzitter optrad tijdens de hierboven beschreven bijeenkomsten van ZON, UWG en Rainbow: *“Op verzoek van die drie betrokken ondernemingen zijn er een aantal bijeenkomsten geweest. Daarbij zijn functionarissen of bestuursleden van die clubs aanwezig geweest. Het was een soort stuurgroep. Men vraagt mij dan om die bijeenkomsten te leiden en leiding aan dat project te geven en het te coördineren.”*¹⁷⁰
155. Volgens de Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten gaf de Bestuurder van Florpartners in zijn rol als voorzitter veel sturing aan de gesprekken tussen de (overige) betrokken ondernemingen: *“Toen het binnen de P8 moeilijker werd en er drie betrokken ondernemingen wel met elkaar klikten, heeft hij daar in gestuurd. Hij wilde ook iets neerzetten. **[Vertrouwelijk]** was onderdeel van de P3. Hij zat dat volgens mij ook voor. [...] **[Vertrouwelijk]** gaf als voorzitter heel veel sturing aan de gesprekken binnen P3.”*¹⁷¹
156. De Bestuurder van Florpartners heeft over zijn rol verklaard dat hij als adviseur medeverantwoordelijk was voor de afspraken en dat hij inzag had dat het gedrag van de ondernemingen *“te ver”* ging en dat hij als voorzitter had moeten ingrijpen.¹⁷²

¹⁶⁵ Mondelinge verklaringen van Florpartners en Coöperatieve RPT, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken 7036_1/55, p. 16 en 7036_3/30, p. 23.

¹⁶⁶ Dossierstukken 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 6), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 7), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 9), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 10), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 11), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 12).

¹⁶⁷ Dossierstukken 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 1), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 2), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 3), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 5) en 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 8).

¹⁶⁸ Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 16.

¹⁶⁹ Dossierstuk 7036_1/72.

¹⁷⁰ Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 16.

¹⁷¹ **[Vertrouwelijk]**.

¹⁷² Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 15-17.

157. De Bestuurder van Florpartners heeft verklaard dat zijn betrokkenheid bij de afspraken die zijn gemaakt na de bijeenkomst van 28 maart 2007 is geëindigd: *"Ik weet dat die bijeenkomst van 26 april niet meer is doorgedaan. Er is geen betrokkenheid meer van ons geweest en de onderlinge relatie was erg slecht. Vanuit P8 is er niets meer mee gebeurd, ik heb er geen enkele betrokkenheid meer bij gehad en er is niet meer vergaderd."*¹⁷³ Uit de door Florpartners aan de NMa verstrekte facturen blijkt eveneens dat Florpartners na 28 maart 2007 geen werkzaamheden meer heeft verricht voor de (overige) betrokken ondernemingen.

5.5 Tussenconclusie gedragingen van de betrokken ondernemingen

158. De Raad concludeert uit de schriftelijke stukken en (bijbehorende) verklaringen dat de betrokken ondernemingen op 30 mei 2006 hebben afgesproken (1) om dag- en weekprijzen van paprika's af te stemmen en hierbij een minimumverkoopprijs te hanteren, (2) om informatie uit te wisselen over gerealiseerde dag- en weekprijzen alsmede aanbodprognoses, (3) om elkaars klanten te respecteren en daartoe klanteninformatie uit te wisselen en (4) om de klokprijs van Zon Verkoopdiensten te beïnvloeden. Het beïnvloeden van de klokprijs van Zon Verkoopdiensten gebeurde enerzijds door het aanbod van paprika's die via de klok door Zon Verkoopdiensten werden geveild te beperken (sturing) en anderzijds door paprika's bij de veiling door Zon Verkoopdiensten te kopen (ondersteuning).

159. De Raad stelt vast dat de betrokken ondernemingen tijdens meerdere bijeenkomsten de op 30 mei 2006 gemaakte afspraken hebben herbevestigd, namelijk op de volgende data: 7 september 2006¹⁷⁴, 17 oktober 2006¹⁷⁵, 28 november 2006¹⁷⁶, 30 januari 2007¹⁷⁷, 28 februari 2007¹⁷⁸, 28 maart 2007¹⁷⁹ en (met uitzondering van Florpartners) 13 februari 2009¹⁸⁰.

160. De Raad concludeert voorts uit de schriftelijke stukken en de mondelinge verklaringen dat de betrokken ondernemingen de afstemming van de dag- en weekprijzen, de uitwisseling van gerealiseerde prijzen betreffende paprika's en de beïnvloeding van de klokprijs bij Zon Verkoopdiensten daadwerkelijk hebben uitgevoerd.

161. De Raad stelt vast dat uit de schriftelijke bewijsstukken blijkt dat bij elk van de genoemde bijeenkomsten vertegenwoordigers aanwezig waren van zowel de betrokken

¹⁷³ Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 20.

¹⁷⁴ Dossierstukken 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 5) en 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 6).

¹⁷⁵ Dossierstukken 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 7) en [vertrouwelijk].

¹⁷⁶ Dossierstukken 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 8) en 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 9).

¹⁷⁷ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 10).

¹⁷⁸ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 11) en Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/58.

¹⁷⁹ Dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 12) en Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/58.

¹⁸⁰ [Vertrouwelijk] en Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/57.

telersverenigingen – Coöperatie Pamosa, Coöperatie UWG, Coöperatieve RPT – als van de betrokken vennootschappen die de paprika's verkochten – Zon Verkoopdiensten, FresQ UWG en FresQ RGG.

162. De Raad concludeert uit de schriftelijke bewijsstukken en mondelinge verklaringen dat de afspraken tussen de betrokken ondernemingen (met uitzondering van Florpartners) plaatsvonden van 30 mei 2006 tot en met 13 februari 2009. De Raad concludeert uit de schriftelijke stukken en de mondelinge verklaringen dat Florpartners van 30 mei 2006 tot en met 28 maart 2007 in een faciliterende rol rechtstreeks betrokken was bij de afspraken.
163. De Raad duidt de bovengenoemde afspraken hierna gezamenlijk aan als "de Afspraak".

5.6 Zienswijzen van de betrokken ondernemingen en beoordeling door de Raad

164. De Raad gaat in deze en navolgende paragrafen in op de aangevoerde zienswijzen van de betrokken ondernemingen ten aanzien van de feiten en omstandigheden.

5.6.1 Zienswijzen met betrekking tot de rol van de betrokken ondernemingen

Coöperatie UWG en Coöperatieve RPT

165. Coöperatie UWG en Coöperatieve RPT betogen dat zij enkel telersverenigingen zijn en zij – in tegenstelling tot de coöperatieve afzetorganisaties – geen paprika's verkopen. Nu de Afspraak zag op de daadwerkelijke verkoop en/of afzet van paprika's op de markt, konden betreffende partijen niet betrokken zijn bij de Afspraak.
166. Daarnaast stelt Coöperatie UWG dat de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk] in 2006 en 2007 niet Coöperatie UWG vertegenwoordigden. Deze heren waren slechts leden van Coöperatie UWG. Zij waren niet in dienst bij Coöperatie UWG noch konden zij haar binden, aldus genoemde onderneming.

Oordeel van de Raad

167. De Raad volgt het betoog van de betreffende partijen niet. In hoofdstukken 2, 4 en voorgaande paragrafen van dit hoofdstuk is uiteengezet hoe de betrokken ondernemingen hun verkoop organiseerden. Het is naar het oordeel van de Raad niet van belang of de telersvereniging al dan niet daadwerkelijk zelf paprika's verkocht. Waar het om gaat, is dat de betrokken verenigingen – al dan niet op basis van de Integrale GMO-Verordening¹⁸¹ – zich krachtens hun statuten bezighielden met het bundelen van de afzet van hun leden,

¹⁸¹ Zie hiervoor, onder andere paragraaf 4.1.

alsook de belangen van hun leden behartigden en feitelijke bemoeienis met de verkoop van de paprika's hadden. Coöperatie UWG en Coöperatieve RPT kunnen zich derhalve niet aan hun verantwoordelijkheid onttrekken door zich te verschuilen achter de dochtervennootschappen (FresQ UWG en FresQ RGG) waaraan de werkelijke verkoop van de paprika's binnen UWG respectievelijk Rainbow was toevertrouwd.

168. Gelet op het voorgaande, stelt de Raad vast dat ZON, UWG en Rainbow groepen zijn die uit verschillende, al dan niet met elkaar in verband staande, rechtspersonen bestaan.¹⁸² De Raad stelt voorts vast dat er namens elke groep een afgevaardigde van de coöperatie en een verkoopmedewerker van de dochtervennootschap aan de bijeenkomsten van P3 deelnamen.
169. Met betrekking tot de stelling van Coöperatie UWG, dat de heren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] haar niet vertegenwoordigden, wijst de Raad erop dat Coöperatie UWG haar stelling op generlei wijze aannemelijk heeft gemaakt, bijvoorbeeld aan de hand van documentatie. De Raad wijst er voorts op dat uit de statuten van oprichting van de P8¹⁸³ blijkt dat de heer [vertrouwelijk] wel Coöperatie UWG vertegenwoordigde: "*De heer [vertrouwelijk] (...) handelend als mondeling gevolmachtigde van – en als zodanig volgens zijn verklaring rechtsgeldig vertegenwoordigend - de te 2685 DH Poeldijk, gemeente Westland, ABC Westland 668, gevestigde coöperatie, Coöperatie United West Growers U.A. (...)*". Ook uit het document "*Directieoverleg 06 2007*" blijkt dat de heer [vertrouwelijk] optrad namens Coöperatie UWG.¹⁸⁴ Hiernaast blijkt uit de handelshistorie van de Kamer van Koophandel dat de heer [vertrouwelijk] in de periode van 14 november 2002 tot en met 1 januari 2007 bestuurder bij Coöperatie UWG was en daarmee de coöperatie vertegenwoordigde.¹⁸⁵

FresQ UWG

170. FresQ UWG betoogt dat zij geen partij was bij de Afspraak. In dit verband ontkent FresQ UWG onder meer dat de heer [vertrouwelijk] namens haar betrokken zou zijn geweest bij de Afspraak. Zij geeft daarbij aan dat de heer [vertrouwelijk] nooit in dienst is geweest bij FresQ UWG. De heer [vertrouwelijk] trad volgens haar wel op als verkoper bij FresQ UWG, maar legde geen verantwoording af binnen FresQ UWG.

Oordeel van de Raad

171. De Raad volgt het betoog van FresQ UWG niet. Meerdere verklaringen in het dossier bevestigen dat de heer [vertrouwelijk] een verkoper namens FresQ UWG was. Zo heeft de heer [vertrouwelijk], die vanaf april 2008 verkoopmedewerker was bij FresQ UWG¹⁸⁶, het volgende over de rol van de heer [vertrouwelijk] verklaard:

¹⁸² Zie ook dossierstuk 7036_1/232, p. 7-9.

¹⁸³ Dossierstuk 7036_1/18 (Map 1, A, nummer 1).

¹⁸⁴ Dossierstuk 7036_3/58.

¹⁸⁵ Uittreksel uit het Handelsregister, Coöperatie United West Growers U.A., d.d. 14 december 2010.

¹⁸⁶ De heer [vertrouwelijk] was vanaf april 2008 verkoopmedewerker bij FresQ UWG; zie hiervoor, randnummer 24.

“Vraag NMa: Toen u bij FresQ Fresteem kwam, zag u dat er betrokken ondernemingen waren die overleg hadden?”

Antwoord: Toen ik bij FresQ Fresteem kwam, ging [vertrouwelijk] weg. Ik wist toen niet van het bestaan van de P3.

Vraag NMa: Wat heeft uw voorganger de heer [vertrouwelijk] u verteld over de P3?

Antwoord: Ik heb geen overdracht van [vertrouwelijk] gehad, hij was wat gepikeerd toen hij wegging. Hij werkt nu bij Redstar, ook onderdeel van FresQ.”¹⁸⁷

172. De heer [vertrouwelijk], de Bestuurder van Florpartners, heeft over de heer [vertrouwelijk] verklaard:

“Vraag NMa: Wie waren er van Pamosa, Rainbow en UWG bij betrokken?”

Antwoord: Dat waren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] van ZON. [vertrouwelijk], de voorzitter van UWG, [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk], [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] waren de verkopers.”¹⁸⁸

173. Voorts wijst de Raad erop dat, zoals uit de feiten is gebleken, ‘UWG’ als partij bij de Afspraak wordt genoemd. ‘UWG’ wordt in de schriftelijke bewijsstukken als één partij aangeduid, zonder dat hierbij elke keer expliciet wordt genoemd welke rechtspersoon wordt bedoeld. In de bewijsmiddelen worden meerdere personen genoemd die namens ‘UWG’ bij de Afspraak waren betrokken: de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk]¹⁸⁹, de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk].¹⁹⁰ Hierbij is van belang dat uit het aanvullend onderzoek is gebleken dat de genoemde personen allen betrokken waren bij de verkoop van de paprika’s van de leden van Coöperatie UWG en dat de paprika’s werden verkocht door (verkoopmedewerkers bij) FresQ UWG.¹⁹¹ Ook uit de schriftelijke ondernemingsverklaring van ZON volgt dat de heer [vertrouwelijk] tot en met 2008 commercieel medewerker bij UWG was.¹⁹² De betrokkenheid van FresQ UWG bij de Afspraak is naar het oordeel van de Raad derhalve niet enkel gebaseerd op de betrokkenheid van de heer [vertrouwelijk].

¹⁸⁷ Mondelinge verklaring van FresQ UWG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/38, p. 13-14.

¹⁸⁸ Mondelinge verklaring van Florpartners, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_1/55, p. 16.

¹⁸⁹ De betrokkenheid van de heer [vertrouwelijk] bij de Afspraak blijkt bijvoorbeeld ook uit het document “Jaarplan 2008” van Coöperatie UWG. Dit document vermeldt dat de heer [vertrouwelijk] onder andere “P3/vervanger Aat P8” in zijn takenpakket had; zie dossierstuk 7036_1/275.

¹⁹⁰ Zie dossierstukken 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 4), [vertrouwelijk], 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 10), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 11), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 12) en 7036_2/45 (bijlage 75).

¹⁹¹ Dossierstuk 7036_1/280.

¹⁹² [Vertrouwelijk].

174. Gelet op het voorgaande, wijst de Raad erop dat niet van belang is bij welke entiteit de heer **[vertrouwelijk]** formeel in dienst was. Van belang is slechts dat de heer **[vertrouwelijk]** verkooped medewerker bij FresQ UWG was en aan het onderhavige overleg deelnam.

FresQ RGG

175. FresQ RGG stelt *sec* dat op basis van het Rapport een onjuiste indruk kan ontstaan dat de ondernemingen een juridische eenheid vormen en er een juridische relatie bestaat tussen Coöperatieve RPT en FresQ RGG.
176. FresQ RGG voert voorts aan dat de bijeenkomsten en contacten plaatsvonden in het kader van P3 – naar haar zeggen de ‘werkgroep’ van Coöperatie Pamosa, Coöperatieve RPT en Coöperatie UWG – en zij geen lid was van P3. Aansluitend daarop betoogt FresQ RGG (alsook Florpartners) dat de heer **[vertrouwelijk]** niet namens haar betrokken is geweest bij de Afspraak. De heer **[vertrouwelijk]** was gedurende de periode van de vermeende overtreding bestuurslid van Coöperatieve RPT. Dit wordt ook zo weergegeven in het schema ‘*Structuur van de verschillende samenwerkingsverbanden*’.¹⁹³ De heer **[vertrouwelijk]** is volgens FresQ RGG pas sinds 1 januari 2010 statutair bestuurder van FresQ RGG en was in de periode van de overtreding aldus niet in dienst van FresQ RGG.

Oordeel van de Raad

177. De Raad volgt dit betoog niet. Zo blijkt uit het dossier dat de heer **[vertrouwelijk]** zelf heeft verklaard dat hij verkoopleider was bij FresQ RGG:

“Vraag NMa: Bent u nog steeds werkzaam als verkoopleider bij FresQ Rainbow Growers Group B.V.?”

Antwoord: Ja, ik ben nog steeds verkoopleider bij FresQ Rainbow Growers Group B.V.

Vraag NMa: Sinds wanneer werkt u bij Rainbow?”

Antwoord: Ik werk daar sinds 4 à 5 jaar. Dat is dus vanaf 2005 à 2006. Ik weet niet meer precies wanneer ik ben begonnen.”¹⁹⁴

“Vraag NMa: Bij welke onderneming bent u in dienst?”

Antwoord: Ik word betaald door FresQ Rainbow Growers Group B.V.”¹⁹⁵

178. Voorts is gebleken dat de heer **[vertrouwelijk]** gedurende de periode van de overtreding ook bestuurslid was van Coöperatieve RPT en (naar eigen zeggen) “*een beetje twee petten*”¹⁹⁶ op had.

¹⁹³ Beantwoording informatieverzoek Florpartners, dossierstuk 7036_1/17.

¹⁹⁴ Mondelinge verklaring van FresQ RGG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/40, p. 2.

¹⁹⁵ Mondelinge verklaring van FresQ RGG, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstuk 7036_3/40, p. 3.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

179. De Raad wijst er hiernaast op dat, zoals uit de feiten is gebleken, 'Rainbow' als partij bij de Afspraak wordt genoemd. Gebleken is dat er een onderlinge verwevenheid bestaat tussen de verschillende Rainbow-entiteiten. 'Rainbow' wordt in de schriftelijke bewijsstukken als één partij aangeduid, zonder dat hierbij elke keer expliciet wordt genoemd welke rechtspersoon wordt bedoeld. Hierbij is van belang dat de in de bewijsstukken genoemde natuurlijke personen aan de zijde van Rainbow¹⁹⁷ allen betrokken waren bij de verkoop van de paprika's van de leden van Coöperatieve RPT en dat de paprika's werden verkocht door (verkoopmedewerkers bij) FresQ RGG.
180. Gelet op het voorgaande, stelt de Raad dat niet van belang is bij welke entiteit de heer [vertrouwelijk] formeel in dienst was. Van belang is slechts dat de heer [vertrouwelijk] verkoopleider bij FresQ RGG was en aan het onderhavige overleg deelnam.

Florpartners

181. Florpartners betoogt dat zij ten onrechte bij de onderhavige zaak is betrokken. Florpartners vervulde (en vervult) op verzoek van het P8-bestuur de functie van het P8-secretariaat, maar was (en is) uitsluitend werkzaam in opdracht van het P8-bestuur. De heer [vertrouwelijk] betoogt dat hij, voor zover hij bij de gestelde gedragingen van P3 (ZON, UWG en Rainbow) betrokken is geweest, dit gebeurde namens P8, waarvan hij voorzitter is. Een eventuele overtreding dient daarom volgens Florpartners te worden toegerekend aan P8 (en niet aan Florpartners).

Oordeel van de Raad

182. De Raad stelt dat primair van belang is dat Florpartners van 30 mei 2006 tot en met 28 maart 2007 in een faciliterende rol rechtstreeks betrokken was bij de Afspraak. Niet van belang is in welke hoedanigheid (ten behoeve van P3 of P8) Florpartners deze werkzaamheden verrichtte. De Raad volgt Florpartners dan ook niet in haar zienswijze.

5.6.2 Zienswijzen met betrekking tot de Afspraak en uitvoering daarvan

183. P3 was volgens de betrokken ondernemingen, behalve ZON, een P8-activiteit die in 2006 werd ontplooid. P3 was volgens de betreffende ondernemingen slechts een werkgroepje/denktank van P8, waarin werd gezien of tussen Coöperatie Pamosa, Coöperatieve RPT en Coöperatie UWG op langere termijn een samenwerking tot stand zou kunnen komen, door deze partijen samen te brengen in een rechtsvorm, om zo de marktpositie te versterken. Aan deze zoektocht namen volgens partijen vooral personen

¹⁹⁷ Naast de heer [vertrouwelijk] wordt in de meeste bewijsstukken de heer [vertrouwelijk] genoemd; zie onder andere hiervoor, randnummer 27.

deel die geen zelfstandige beslissingsbevoegdheid hadden. Het ging om een 'mogelijk experiment met een hoog brainstormgehalte'. Uit de bewijsstukken blijkt volgens de betreffende partijen een samenwerkingsmodel dat was bedoeld voor de toekomst, indien de drie coöperaties zouden besluiten tot een gezamenlijk commercieel beleid.

184. In het Rapport en het dossier bevinden zich volgens de betrokken ondernemingen, behalve ZON, geen concrete aanwijzingen dat het daadwerkelijk tot vergaande afspraken en vormen van afstemming en samenwerking is gekomen. Het dossier bevat juist vele aanwijzingen voor het tegendeel, aldus betreffende ondernemingen. De bewijsstukken bevatten slechts procedureafspraken (om tot eventueel verboden afspraken en afstemming te komen), maar geen verboden afspraken. Uit de diverse mondelinge en schriftelijke verklaringen blijkt volgens de betreffende partijen weliswaar dat er gesproken werd over vrij vergaande vormen van afstemming, maar dat het nooit zover is gekomen. Partijen voeren per afspraak specifiek het volgende aan:

(i) Afstemming van dag- en weekprijzen

185. Door de NMa is volgens de betrokken ondernemingen, behalve ZON, op geen enkele wijze aangetoond dat dag- en weekprijzen zijn afgestemd en dat daarbij minimumprijzen zijn gehanteerd. Met betrekking tot het vaststellen van minimumverkoopprijzen wijst FresQ RGG erop dat dit niet is gebeurd en dit volgens de Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten wordt bevestigd: *"[vertrouwelijk]"*.¹⁹⁸
186. Ook uit de zinsnede in de "Notulen" van 13 februari 2009 (zie hiervoor, paragraaf 5.2.11) "*op het gebied van prijzen wordt nu al goed overlegd, alleen weten we de uiteindelijke prijs niet van elkaar*" kan volgens de betrokken ondernemingen (behalve ZON) slechts worden afgeleid dat niet over de uiteindelijke prijzen wordt overlegd. Ook zou niet duidelijk zijn over welke prijzen het gaat. Zo kunnen dit de dalende paprikaprijzen uit de voorgaande jaren betreffen.

Oordeel van de Raad

187. De Raad stelt vast dat de stelling dat slechts sprake kan zijn van een proces of een procedurele samenwerking geen steun vindt in de feiten, zoals die blijken uit het dossier. De zienswijzen van de betrokken ondernemingen zijn in strijd met het bewijs, nu er bewijs is voor concrete en gedetailleerde afspraken over (i) het afstemmen van de dag- en weekprijzen, (ii) de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie, (iii) het respecteren van elkaars klanten, (iv) de beïnvloeding van de prijs die tot stand komt bij de veiling door Zon Verkoopdiensten. Deze afspraken komen terug in meerdere opeenvolgende schriftelijke stukken. Hierin zijn de afspraken consistent met dezelfde aanduidingen en in een soortgelijke opsomming beschreven. Bovendien dateren de stukken uit de periode waarin

¹⁹⁸ [Vertrouwelijk].

de gedragingen plaatsvonden, en zijn de stukken gedetailleerd en direct opgesteld voor of na de betreffende bijeenkomsten. De Raad beschouwt de schriftelijke bewijsstukken daarom als zeer betrouwbaar.¹⁹⁹ Daarnaast ondersteunen diverse verklaringen het bestaan van de afspraken. Uit de rechtspraak volgt dat verklaringen die ingaan tegen de belangen van degene die ze heeft afgelegd, in beginsel als meer betrouwbare bewijselementen moeten worden beschouwd.²⁰⁰ Gelet op het voorgaande, volgt de Raad het betoog van de betrokken ondernemingen niet.

188. De Raad volgt ook het betoog van partijen niet met betrekking tot het hanteren van de minimumprijzen. Uit het hiervoor beschreven document van 17 november 2006 volgt dat de betrokken ondernemingen zeer concrete en gedetailleerde afspraken hebben gemaakt met betrekking tot onder andere het hanteren van een minimumverkoopprijs, de frequentie van het afstemmen (dagelijks en wekelijks), de te hanteren speelruimte bij de prijsafstemmingen (EUR per kilogram paprika's) en voor welke (kleur en klasse) paprika's de prijsafstemmingen golden.

189. Hiernaast is van belang dat de betrokken ondernemingen ook daadwerkelijk dag- en weekprijzen hebben afgestemd. Dit volgt uit de hiervoor weergegeven memo van de heer [vertrouwelijk] van Florpartners van 9 oktober 2006, het verslag van de vergadering van het bestuur van Pamosa van 24 oktober 2006, het verslag van de 'P3 werkgroep' van de bijeenkomst op 28 maart 2007 en de notulen van de bijeenkomst van 13 februari 2009.

(ii) Uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie

190. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, betogen dat uit de bewijsstukken blijkt dat het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie niet kan hebben plaats gevonden. Hiertoe wordt gewezen op het document '*Conclusies en besluiten bijeenkomsten 7 september 2006*', waarin staat: "*De uitwisseling van gerealiseerde weekprijzen heeft door een misverstand nog niet plaatsgevonden. Rainbow en UWG doen niet mee met de landelijke prijsvergelijking paprika*". Ook wordt gewezen op een passage uit de ondernemingsverklaring van ZON, waarin staat dat "[vertrouwelijk]".²⁰¹

191. In diverse verklaringen van de bevroegde personen wordt verklaard dat concrete prijsinformatie uitsluitend werd uitgewisseld in het kader van een verkoop-inkoop relatie. Uit het dossier blijkt bovendien dat de meeste betrokken ondernemingen zowel verkoper als inkoper van paprika's waren. Er wordt volgens FresQ UWG zonder afdoende motivering van

¹⁹⁹ Zie ook de Conclusie van AG Vesterdorf, 10 juli 1991, gevoegde zaken T-1/89 tot en met T-15/89, *Rhône-Poulenc SA e.a. t. Commissie*, Jur. 1991, p. II-867, paragraaf I.E.4.

²⁰⁰ GvEA EG 8 juli 2004, zaken T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, *JFE Engineering Corp. e.a. t. Commissie*, Jur. 2004, p. II-2593.

²⁰¹ [Vertrouwelijk].

uitgegaan dat eventuele contacten over prijzen in een horizontale relatie tussen concurrenten en niet in een verticale verkoop-inkoop relatie geplaatst moeten worden.

Oordeel van de Raad

192. De Raad volgt het betoog van de betreffende ondernemingen niet. De Raad wijst er allereerst op dat uit de hiervoor in paragraaf 5.3.2 weergegeven verklaringen van de Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten, de Bestuurder van Coöperatieve RPT en de Bestuurder van Florpartners volgt dat de betrokken ondernemingen daadwerkelijk de gerealiseerde prijzen onderling hebben uitgewisseld.
193. De Raad wijst er voorts op dat niet gebleken is dat contacten over prijzen plaatsvonden in het kader van een 'verticale verkoop-inkoop relatie' tussen de betrokken ondernemingen. Vast staat evenwel dat de betrokken ondernemingen (behalve Florpartners) concurrenten van elkaar waren op de markt voor de verkoop van paprika's. Naar het oordeel van de Raad dient de Afspraak dan ook te worden beoordeeld in het licht van deze relatie tussen de betrokken ondernemingen.

(iii) Beïnvloeding van de klokprijs van Zon Verkoopdiensten

194. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, betogen dat zij de klokprijs van ZON niet hebben beïnvloed. FresQ RGG benadrukt voorts dat zij in de periode van de vermeende overtreding nimmer paprika's via de veilingklok van Zon Verkoopdiensten heeft ingekocht en nimmer facturen heeft ontvangen van Zon Verkoopdiensten. Ook Coöperatieve RPT stelt dat zij de klok niet kan hebben beïnvloed, omdat zij geen paprika's in- en verkocht.

Oordeel van de Raad

195. De Raad volgt het betoog van FresQ RGG en Coöperatieve RPT niet. De Raad wijst er allereerst op dat primair van belang is dat, zoals hiervoor is weergegeven, de betrokken ondernemingen concreet en gedetailleerd hebben afgesproken om de prijs die tot stand komt bij de veiling door Zon Verkoopdiensten te beïnvloeden. Hiernaast is gebleken, zoals hiervoor is weergegeven in randnummers 149 en 150, dat Rainbow en UWG hebben gekocht via de klok van Zon Verkoopdiensten.

5.6.3 Zienswijze van Florpartners met betrekking tot haar faciliterende rol

196. Onjuist is volgens Florpartners dat zij instrumenteel was aan het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie door hierbij als 'tussenpersoon' te fungeren. Ook stelt Florpartners dat zij aan de betrokken ondernemingen geen kosten in rekening heeft gebracht. De door Florpartners verrichte werkzaamheden vormden onderdeel van de

reguliere werkzaamheden voor P8 en zijn volgens haar dan ook als zodanig aan P8 in rekening gebracht en door P8 betaald.

Oordeel van de Raad

197. De Raad is van oordeel dat het betoog van Florpartners niet slaagt. Uit hetgeen hiervoor in paragraaf 5.4 is beschreven, volgt dat Florpartners het merendeel van de in deze zaak centraal staande bewijsstukken heeft opgesteld. Hiermee heeft Florpartners de Afspraak gefaciliteerd. Uit de verklaring van de Commercieel medewerker van Zon Verkoopdiensten volgt bovendien dat de heer [vertrouwelijk] van Florpartners de lijsten met klanten van de P3 leden heeft verzameld en gepresenteerd.²⁰² De gespecificeerde facturen²⁰³ waaruit blijkt dat Florpartners in totaal EUR [vertrouwelijk] heeft ontvangen voor het voorbereiden van de bijeenkomsten, het opstellen van presentaties, het maken van verslagen van bijeenkomsten en het vastleggen van de afspraken voor P3 ondersteunen het bewijs van haar faciliterende rol bij de Afspraak. Dat (eventueel) door P8 is betaald, doet naar het oordeel van de Raad aan het voorgaande niet af.

5.6.4 Zienswijzen met betrekking tot de duur van de Afspraak

198. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, voeren aan dat de NMa onvoldoende heeft onderbouwd dat de Afspraak zou hebben voortgeduurd na 28 maart 2007. Na 2007 is P3 volgens de betrokken ondernemingen, behalve ZON, doodgebloed. In het '*Inhoudelijk Jaarverslag P8 in 2007* – dat is opgesteld door Florpartners – is onder de paragraaf "*Verkoopstrategie/Klok*" aangegeven dat het "*Proces verdere samenwerking in P3 verband tijdelijk geparkeerd*" is.²⁰⁴ Daarnaast blijkt volgens de betreffende partijen uit de "*Notulen*" van 13 februari 2009 dat de 'aftastende gesprekken' al eerder waren beëindigd. Gelet op het voorgaande is de duur van de overtreding volgens partijen aldus beperkt tot ten hoogste een periode van enkele maanden in het *Holland seizoen van 2006*.

Oordeel van de Raad

199. De Raad merkt allereerst op dat geen van de betrokken ondernemingen bewijs heeft overgelegd waaruit zou blijken dat de Afspraak in 2008 als geëindigd werd beschouwd of dat de betrokken ondernemingen zich van de Afspraak hebben gedistantieerd. Uit de schriftelijke bewijsstukken volgt veeleer dat de Afspraak is voortgezet tot en met 13 februari 2009. Dit blijkt expliciet uit de notulen van de bijeenkomst van 13 februari 2009. Tevens heeft ZON verklaard dat de Afspraak doorliep tot (in ieder geval) 13 februari 2009.²⁰⁵ Gelet

²⁰² [Vertrouwelijk].

²⁰³ Dossierstuk 7036_1/72.

²⁰⁴ Bijlage van dossierstuk 7036_1/167.

²⁰⁵ Dossierstuk 7036_1/232, p. 10. Zie ook hiervoor, randnummer 132.

op het voorgaande stelt de Raad vast dat de Afspraak voortduurde tot en met 13 februari 2009.

5.7 Conclusie gedragingen van de betrokken ondernemingen

200. De Raad concludeert, op grond van het aangehaalde schriftelijke bewijsmateriaal en de mondelinge verklaringen van personen die direct bij de Afspraak waren betrokken, dat de betrokken ondernemingen hebben afgesproken om (i) de dag- en weekprijzen van paprika's af te stemmen en hierbij een minimumverkoopprijs te hanteren, (ii) informatie over gerealiseerde prijzen, aanbodprognoses en klanten betreffende paprika's uit te wisselen, (iii) elkaars klanten te respecteren en (iv) de prijs die tot stand komt bij de veiling van paprika's door Zon Verkoopdiensten te beïnvloeden. Deze afspraken ondersteunden elkaar over en weer en vormden aldus één geheel. De Raad concludeert dat de Afspraak als gemeenschappelijk doel had het verbeteren (in de zin van verhogen) van de prijs van paprika's.
201. Voorts concludeert de Raad dat de betrokken ondernemingen de dag- en weekprijzen, alsmede de gerealiseerde prijzen betreffende paprika's hebben uitgewisseld, en dat de betrokken ondernemingen de klopprijs bij Zon Verkoopdiensten daadwerkelijk hebben geprobeerd te beïnvloeden.
202. De Raad concludeert tot slot dat de Afspraak heeft plaatsgevonden in de periode 30 mei 2006 tot en met 13 februari 2009. Florpartners heeft in de periode van 30 mei 2006 tot en met 28 maart 2007 in een faciliterende rol deelgenomen aan de Afspraak.

6 Juridische beoordeling

6.1 Artikel 6, eerste lid, Mw

203. Artikel 6, eerste lid, Mw verbiedt overeenkomsten tussen en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet²⁰⁶ sluit artikel 6, eerste lid, Mw zoveel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG (thans artikel 101, eerste lid, VwEU).

²⁰⁶ MvT Mw, Kamerstukken II, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 61.

6.1.1 Ondernemingen in de zin van de Mededingingswet

204. De Raad stelt vast dat alle betrokken rechtspersonen economische activiteiten verrichten en derhalve ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, onder f, Mw.

6.1.2 Overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging

Beoordelingskader

205. Het verbod van artikel 6 Mw ziet, voor zover hier van belang, zowel op overeenkomsten als op onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

206. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.²⁰⁷ Er zijn geen vormvereisten en contractuele sancties nodig en handhavingsmaatregelen zijn evenmin verplicht. Het bestaan van een overeenkomst kan derhalve uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.²⁰⁸

207. Het verbod op onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 6, eerste lid, Mw moet worden begrepen in het licht van het in het begrip 'mededinging' besloten concept dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk commercieel beleid hij zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid staat in de weg aan contact tussen ondernemers, indien dat contact als doel heeft de beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent of de kennisgeving aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag.²⁰⁹ Aldus valt onder het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw ook elke vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.²¹⁰

208. Hoewel het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, zoals uit de bewoordingen van artikel 6, eerste lid, Mw blijkt, behalve de afstemming tussen ondernemingen een daarop volgend marktgedrag en een oorzakelijk verband tussen beide vereist, mag – behoudens tegenbewijs – worden vermoed dat ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en

²⁰⁷GvEA EG 20 april 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie (PVC II)*, gev. zaken T-305/94 e.a., Jur. p. II-931, r.o. 715.

²⁰⁸Onder andere Europese Commissie, 10 juli 1986, *Polypropyleen*, zaak 86/398, PB. L 230/1; later bevestigd door het GvEA EG *Polypropyleen*, zaak T-7/89, r.o. 262-264.

²⁰⁹HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48/73 enz., *Suiker Unie en anderen t. Commissie*, Jur. 1975, blz. 1663, r.o. 173 en 174.

²¹⁰HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, r.o. 26; HvJ EG 14 juli 1972, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Imperial Chemical Industries t. Commissie*, zaak 48/69, Jur. 1972, blz. 619, r.o. 64.

op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op de markt, rekening blijven houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie, met name wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden.²¹¹

209. Een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen kan de uitdrukking zijn van een enkele overtreding die ten dele onder het begrip overeenkomst en ten dele onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging valt.²¹² Derhalve kan een dergelijke overtreding als een overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging worden gekwalificeerd, zonder dat gelijktijdig en cumulatief behoeft te worden bewezen dat elk van de feitelijke bestanddelen zowel de karakteristieken van een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertoont.²¹³ De begrippen "overeenkomst" en "onderling afgestemde feitelijke gedraging" omvatten in subjectief opzicht samenspanningsvormen van dezelfde aard, die enkel verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren.²¹⁴
210. Het is normaliter zo dat overeenkomsten en gedragingen in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw uit de aard der zaak clandestien zijn en dat het daarop betrekking hebbende bewijs gefragmenteerd en slechts spaarzaam beschikbaar is. In de meeste gevallen dient het bestaan van een verboden gedraging of overeenkomst derhalve te worden afgeleid uit een aantal toevalligheden en aanwijzingen die, in onderlinge samenhang bezien en bij gebreke van een plausibele uitleg, kunnen worden beschouwd als bewijs voor een schending van de mededingingsregels.²¹⁵ Volgens vaste rechtspraak is het dan ook voldoende indien de NMa in zijn geheel bezien gericht en samenhangend bewijsmateriaal overlegt om een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw en/of artikel 81, eerste lid, EG vast te stellen.²¹⁶

Toepassing op deze zaak

211. Uit de feiten zoals beschreven in hoofdstuk 5 van dit besluit, blijkt dat de Afspraak tussen de betrokken ondernemingen allereerst is te kwalificeren als een (voortdurende) overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw: er bestond immers voortdurend (wils)overeenstemming tussen de betrokken ondernemingen om zich op een bepaalde

²¹¹ HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e.a.*, r.o. 44-53.

²¹² HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Anic Participazioni SpA t. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 112-114; GvEA EG 20 maart 2002, zaak T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft e.a. t. Commissie*, Jur. 2002, p. II-1487, r.o. 188.

²¹³ GvEA EG 24 oktober 1991, zaak T-1/89, *Rhône-Poulenc SA t. Commissie*, Jur. 1991, p. II-867, r.o. 127.

²¹⁴ HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 23.

²¹⁵ HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Aalborg e.a./Commissie*, Jur. 2004, I-123, r.o. 53-57; GvEA EG 27 september 2006, gevoegde zaken T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP en T-61/02 OP, *Dresdner Bank AG e.a./Commissie*, Jur. 2006, II-3567, r.o. 59-67.

²¹⁶ Onder andere GvEA EG 14 mei 1998, T-337/94, *Enso-Gutzeit OY*, Jur. 1998, II-01571, ro. 151; GvEA EG 6 juli 2000, T-62/98, *Volkswagen AG*, Jur. 2000, II-02707, r.o. 234.

manier op de markt te gedragen teneinde de prijs van paprika's hiermee te verbeteren. Uit hetgeen in hoofdstuk 5 van dit besluit is weergegeven, volgt dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen om ten aanzien van de afzet en/of verkoop van paprika's in Nederland (i) de dag- en weekprijzen van paprika's af te stemmen en hierbij een minimumverkoopprijs te hanteren, (ii) informatie over gerealiseerde prijzen, aanbodprognoses en klanten uit te wisselen, (iii) elkaars klanten te respecteren en (iv) de prijs die bij de veiling van paprika's door Zon Verkoopdiensten tot stand komt te beïnvloeden.

212. Uit hetgeen in hoofdstuk 5 is beschreven, volgt voorts dat de betrokken ondernemingen in het kader van de Afspraak hun voorgenomen marktgedrag met betrekking tot de dag- en weekprijzen, het uitwisselen van gerealiseerde prijzen en het beïnvloeden van de klokprijs bij Zon Verkoopdiensten hebben afgestemd, alsook hebben uitgevoerd. Aldus is eveneens sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Aangezien de betrokken ondernemingen (behalve Florpartners) actief zijn gebleven met de verkoop van paprika's, dient ervan uit te worden gegaan dat zij bij het bepalen van hun marktgedrag rekening hebben gehouden met hetgeen zij hebben afgestemd en de risico's van (potentiële) mededinging welbewust hebben uitgeschakeld.

Zienswijzen van de betrokken ondernemingen

213. De betrokken ondernemingen betogen dat de NMa tekortschiet in het juridisch kwalificeren door niet te expliciteren welke gedragingen de NMa ziet als een overeenkomst respectievelijk een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw.
214. FresQ RGG betoogt voorts dat geen sprake was van een overeenkomst, omdat uit de documenten niet volgt dat sprake was van een gemeenschappelijke wil van de betrokken ondernemingen. Uit de documenten blijkt immers noch dat FresQ RGG deze documenten heeft gezien, noch wat haar reactie op de inhoud was. Zelfs in de hypothetische situatie dat FresQ RGG op de hoogte zou zijn geweest van de inhoud van een document, zou dat volgens haar niet voldoende zijn voor de conclusie dat sprake is geweest van afstemming, omdat geen sprake was van welbewuste coördinatie.

Oordeel van de Raad

215. Ten aanzien van het betoog van de betrokken ondernemingen, dat niet is geëxpliciteerd welke gedragingen worden gezien als een overeenkomst respectievelijk een onderling afgestemde feitelijke gedraging, wijst de Raad erop dat niet van belang is of elk van de feitelijke bestanddelen van de Afspraak aangemerkt kan worden als een overeenkomst of als een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Bepalend is slechts dat de Afspraak als

geheel gekwalificeerd kan worden als een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging.

216. De Raad volgt het betoog van FresQ RGG evenmin. In dit verband herinnert de Raad eraan dat het vaste rechtspraak is dat, wanneer een onderneming, zelfs zonder een actieve rol te spelen, een vergadering heeft bijgewoond waarop een ongeoorloofde afstemming ter sprake is gebracht, zij wordt geacht aan die afstemming te hebben deelgenomen, tenzij zij aantoonst dat zij zich openlijk daarvan heeft gedistantieerd of de overige deelnemers heeft laten weten dat zij voornemens was vanuit een andere optiek dan de hunne aan de betrokken vergadering deel te nemen.²¹⁷ Uit de hiervoor beschreven bewijsstukken van de Afspraak blijkt dat FresQ RGG de in deze zaak centraal staande bijeenkomsten heeft bijgewoond. Hieruit volgt dat FresQ RGG de Afspraak kende. FresQ RGG heeft voorts met de Afspraak ingestemd. De Raad neemt hierbij mede in aanmerking dat FresQ RGG zich niet op enig ogenblik publiekelijk van de Afspraak heeft gedistantieerd. Naar het oordeel van de Raad was FresQ RGG aldus partij bij de onderhavige overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging.

6.1.3 Rol van Florpartners

217. Florpartners betoogt dat zij niet instrumenteel is geweest aan enige verboden gedraging. Er is volgens Florpartners niet voldaan aan de voorwaarden om haar als deelnemer aan enige verboden gedraging te kwalificeren.

Oordeel van de Raad

218. Ten aanzien van Florpartners overweegt de Raad het volgende. Florpartners is zelf niet actief op het gebied van de afzet en/of verkoop van paprika's. Een onderneming kan deelnemen aan een mededingingsbeperkende afspraak, zonder dat dit noodzakelijkerwijs veronderstelt dat zij zelf op de betrokken relevante markt actief is. Het Gerecht van Eerste Aanleg (thans genaamd 'het Gerecht') heeft in dit verband overwogen dat de voorwaarden voor toerekening aan een betrokken onderneming van de verschillende inbreukmakende gedragingen zijn vervuld wanneer de onderneming:

- i) (zelfs) op ondergeschikte, accessoire of passieve wijze, aan de tenuitvoerlegging ervan heeft deelgenomen, bijvoorbeeld door stilzwijgende instemming of door van het kartel geen aangifte te doen bij de autoriteiten (de objectieve voorwaarde); en

²¹⁷ Vergelijk GvEA EG 15 maart 2000, T 25/95, T 26/95, T 30/95–T 32/95, T 34/95–T 39/95, T 42/95–T 46/95, T 48/95, T 50/95–T 65/95, T 68/95–T 71/95, T 87/95, T 88/95, T 103/95 en T 104/95, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, Jur. p. II 491, r.o. 3199 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

- ii) blijktens haar wilsuiting de doelstellingen van de mededingingsregeling, al is het maar stilzwijgend, onderschrijft (de subjectieve voorwaarde).²¹⁸

219. De Raad is van oordeel dat zowel aan de objectieve als aan de subjectieve voorwaarde voor toerekening van de inbreuk aan Florpartners is voldaan. De Raad stelt vast, zoals in paragraaf 5.4 is aangetoond, dat Florpartners aan de tenuitvoerlegging van de Afspraak heeft deelgenomen door:

- i) als voorzitter op te treden tijdens bijeenkomsten in het kader van de Afspraak;
- ii) meerdere documenten op te stellen die de inhoud van de Afspraak weergeven (en bewijs van de Afspraak vormen);
- iii) kosten in rekening te brengen voor deze diensten.

220. De Raad oordeelt voorts dat uit deze handelingen volgt dat Florpartners de doelstellingen van de Afspraak onderschreef.

221. Uit het voorgaande volgt dat de inbreukmakende gedragingen ook door Florpartners zijn begaan.

6.1.4 Mededingingsbeperkende strekking

Beoordelingskader

222. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw is van toepassing op een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging wanneer zij ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Artikel 6, eerste lid, Mw sluit zoveel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, EG. Dit geldt ook voor de in artikel 81, eerste lid, sub a tot en met e, EG gegeven voorbeelden van verboden gedragingen.²¹⁹

223. Gedragingen en afstemming van gedragingen die naar hun aard de mededinging beperken, zoals het verdelen van de markt of het afstemmen van prijzen, zijn op grond van artikel 81, eerste lid, EG en daarbij aansluitend artikel 6, eerste lid, Mw, verboden.²²⁰ Dergelijke gedragingen hebben immers tot doel de mededinging te beperken. Elke onderneming dient

²¹⁸ GvEA EG 8 juli 2008, zaak T-99/04, *AC-Treuhand AG t. Commissie*, r.o. 112-122 en 136.

²¹⁹ De voorbeelden zijn niet overgenomen in artikel 6, eerste lid, Mw, maar zijn blijkens het gestelde in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet naar analogie van toepassing. Zie Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 61.

²²⁰ Zie bijvoorbeeld de *Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten*, Pb. C 3/2, 6 januari 2001, punt 18.

immers autonoom te bepalen wat zij als commercieel aantrekkelijk en haalbaar beschouwt, alsmede daaruit de consequentie voor haar eigen optreden te trekken.²²¹

224. Het Hof van Justitie (thans: Hof van Justitie van de Europese Unie) heeft geoordeeld dat er reeds sprake is van een mededingingsbeperkende strekking wanneer de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben. Met andere woorden, het volstaat dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.²²² Partijen kunnen in dat geval in beginsel niet stellen dat het niet de bedoeling was om de mededinging te beperken of dat met de overeenkomst ook een ander doel werd nagestreefd.²²³ Voorts is van een mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst niet pas sprake als de eindgebruikers de voordelen van een effectieve mededinging zijn ontnomen.²²⁴

225. Wanneer wordt vastgesteld dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, verhinderen of vervalsen, behoeven voor de toepassing van artikel 81, eerste lid, EG en bijgevolg artikel 6, eerste lid, Mw de concrete gevolgen van een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging niet nader te worden onderzocht.²²⁵

226. Het gedrag waarbij een onderneming aan zijn concurrenten openheid van zaken geeft met betrekking tot zijn toekomstige prijsbeleid – of het beleid dat hij daaromtrent in overweging heeft – wordt voorts gelijk gesteld met het maken van prijsafspraken, hetgeen een ernstige beperking van de mededinging is.²²⁶

Toepassing op deze zaak

227. De Afspraak, die onder andere betrekking had op het afstemmen van dag- en weekprijzen en het beïnvloeden van de klokprijs bij Zon Verkoopdiensten, was geschikt om de mededinging te beperken, nu de Afspraak het concurrentieproces tussen de betrokken ondernemingen

²²¹ Europese Commissie 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland*, Pb. L 92/1; GvEA EG 21 februari 1995, T-29/92, *SPO e.a./Commissie*, Jur. 1995, p. II-289; HvJ EG 25 maart 1996, C-137/95-P, *SPO e.a./Commissie*, Jur. 1996, p. I-1611.

²²² HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 31. Zie in deze zin ook CbB 12 augustus 2010, AWB 06/657, 06/660 en 06/661, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Vodafone Libertel B.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 7.3.2.

²²³ HvJ EG 8 november 1983, *IAZ/Commissie*, gevoegde zaken 96-102 e.a., Jur. 1983, p. 3411.

²²⁴ HvJ EG 6 oktober 2009, *GlaxoSmithKline Services Unlimited t. Commissie*, gevoegde zaken C-501/06, C-513/06, C-515/06 en C-519/06, r.o. 63.

²²⁵ HvJ EG, C-49/92 P, *Commissie t. Anic Participazioni*, Jur. 1999, I-4125, r.o. 99; HvJ EG 13 juli 1966, zaak 56 en 58/64, *Consten-Grundig t. Commissie*, Jur. 1978, p. 131, punt 7, alsook HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, *Etablissements Consten en Grundig-Verkaufs GmbH / Commissie*, Jur. 1966, p. 516; HvJ EG 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06, C-513/06, C-515/06 en C-519/06, *GlaxoSmithKline Services Umlimited t. Commissie*, r.o. 55.

²²⁶ GvEA EG, gevoegde zaken T-202/98 etc., *Tate & Lyle v. Commission*, [2001] ECR II-2035, r.o. 103.

direct kon beïnvloeden. De Raad stelt vast dat de prijs een relevante concurrentieparameter bij de verkoop van paprika's is. Het afstemmen van de dag- en weerprijzen van paprika's op zeer frequente basis is concreet geschikt om deze parameter te beïnvloeden. Daarnaast vormt de prijs die tot stand komt bij de veiling van paprika's bij Zon Verkoopdiensten een belangrijk referentiepunt voor de prijsvorming van paprika's via andere verkoopmethodes en voor de prijsvorming van paprika's bij andere marktpartijen dan de betrokken ondernemingen.

228. De Raad stelt voorts vast dat de afspraak inzake het respecteren van elkaars klanten door de betrokken ondernemingen - hetgeen in feite een marktverdelingsafpraak betrof - geschikt was om te voorkomen dat zij tegen elkaar zouden worden uitgespeeld in hun onderhandelingen met afnemers. Ook deze afspraak was concreet geschikt om het concurrentieproces tussen de betrokken ondernemingen direct te beïnvloeden.
229. Daarnaast betreft de informatie-uitwisseling met betrekking tot gerealiseerde prijzen van paprika's onder normale marktomstandigheden (waarin geen sprake is van mededingingsbeperkende gedragingen zoals in deze zaak) geen openbare informatie, maar (onderling) concurrentiegevoelige informatie.
230. De Afspraak diende er naar het oordeel van de Raad toe onzekerheid weg te nemen over het actuele en voorgenomen marktgedrag van de betrokken ondernemingen. De betrokken ondernemingen hebben door middel van de Afspraak welbewust de risico's van het onafhankelijk van elkaar concurreren verkleind door samen te werken. De Afspraak was geschikt om de mededinging uit te schakelen dan wel te beperken. Door de Afspraak bepaalden de betrokken ondernemingen niet meer autonoom wat zij als commercieel aantrekkelijk en haalbaar beschouwden, om vervolgens daaruit consequenties voor hun eigen optreden te trekken.²²⁷
231. Gelet op het bovenstaande was de Afspraak concreet geschikt om te leiden tot een beperking van de mededinging en strekte de Afspraak ertoe de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw te beperken, verhinderen dan wel te vervalsen.
232. In hoofdstuk 5 is bovendien aangetoond dat de betrokken ondernemingen daadwerkelijk het doel hadden om de mededinging te beperken door onderling hun marktgedrag te coördineren. Zij wilden immers met de Afspraak de prijs van paprika's verbeteren (in de zin van verhogen) en niet tegen elkaar uitgespeeld worden. De Raad constateert dat dit

²²⁷ Europese Commissie 5 februari 1992, *Bouwnijverheid in Nederland (SPO)*, PbEG 1992 L92, o.a. r.o. 136; GVEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92, *SPO e.a. t. Commissie*, Jur. 1995, p. II-289; HvJ EG 25 maart 1996, *SPO e.a. t. Commissie*, C-137/95P, Jur. 1996, p. I-1611.

subjectieve doel van de betrokken ondernemingen de mededingingsbeperkende strekking van de Afspraak bevestigt.

Zienswijzen van de betrokken ondernemingen

233. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, voeren aan dat de NMa niet duidelijk heeft aangegeven waarom de vier elementen van de Afspraak een mededingingsbeperkende strekking hebben. De NMa houdt volgens de betreffende ondernemingen onvoldoende rekening met de markt waarop de Afspraak is gemaakt. De NMa houdt volgens hen onder meer geen rekening met de inkoopmacht van supermarkten, de wijze waarop het onderhandelingsproces op deze markt plaatsvindt en de instabiliteit van de prijzen op de markt. Volgens de betrokken ondernemingen kan in een markt waar de prijs meerdere keren per dag tot stand komt en de prijs voortdurend wordt heronderhandeld en bijgesteld, niet zonder meer worden aangenomen dat het afstemmen van dag- en weekprijzen invloed heeft op de prijs.
234. Daarnaast was de manipulatie van de klok volgens de betrokken ondernemingen, behalve ZON, slechts van gering effect, nu de prijsbepaling via de klok in de praktijk niet of slechts in beperkte mate is beïnvloed, slechts een klein gedeelte van de verkoop geschiedt door middel van de klok en de uiteindelijke klokprijzen niet gemanipuleerd kunnen worden, in die zin dat het onmogelijk is om de eindprijzen vooraf vast te stellen.

Oordeel van de Raad

235. De Raad wijst er allereerst op dat niet gebleken is dat de supermarkten een zodanige inkoopmacht hadden dat geen mededinging aan de zijde van de betrokken ondernemingen mogelijk was.²²⁸ Voor zover er sprake zou zijn van enige inkoopmacht aan de zijde van de supermarkten, zou de Afspraak naar het oordeel van de Raad aldus nog steeds geschikt zijn om de mededinging te beperken.
236. Met betrekking tot de beweerde instabiliteit van de paprikaprijzen wijst de Raad erop dat deze blijkbaar niet dermate ernstig is dat op communautair niveau dient te worden ingegrepen. De Integrale GMO-Verordening voorziet immers niet in een interventieregeling voor de groente- en fruitsector (zie hierna, randnummer 308), waarbij de producentenorganisaties hun producten uit de markt kunnen nemen wanneer de prijzen onder een bepaald niveau – de zogenoemde ophoudprijs – dalen, om zo de producenten een minimuminkomen te garanderen. Voorts merkt de Raad op dat de betrokken ondernemingen de Afspraak niet alleen hebben gemaakt toen de paprikaprijzen laag waren, maar gedurende meerdere seizoenen; de verschillende elementen van de Afspraak liepen door en hadden een voortdurend karakter.

²²⁸ Zie bijvoorbeeld het *Visiedocument Inkoopmacht* van de NMa, december 2004, <http://www.nma.nl>, par. 3.4.

237. De Raad wijst er voorts op dat met de overeengekomen uitwisseling (op geplande en frequente basis) van gerealiseerde prijzen, aanbodprognoses en klanten, werd beoogd de afstemming van dag- en weekprijzen te ondersteunen.
238. Of over de prijs werd 'heronderhandeld' doet naar het oordeel van de Raad niet aan het voorgaande af. De betrokken ondernemingen hebben bij het maken van de Afspraak juist ingespeeld op de wijze waarop het onderhandelingsproces plaatsvond; zij hebben het uitgangspunt bij de onderhandelingen veranderd door het uitgangspunt van de prijszetting richting de afnemers op elkaar af te stemmen, waardoor invloed kon worden uitgeoefend op het uiteindelijke resultaat. Op de concrete gevolgen hoeft hierbij geen acht te worden geslagen.²²⁹
239. Ten overvloede wijst de Raad op het document "*Verslag P3 (Rainbow-UWG-ZON)*" van 30 januari 2007, waaruit volgt dat de Afspraak in de praktijk een effect op de hoogte van de prijzen van paprika's heeft gehad. Dit document vermeldt immers dat de betrokken ondernemingen hebben geconstateerd dat de Afspraak in 2006 voor hen een positief effect had op de daghandel: "*Eind 2006 is geconstateerd dat de onderlinge samenwerking een positief effect had op de daghandel.*"²³⁰

6.1.5 Een enkele complexe en voortdurende inbreuk

Beoordelingskader

240. Zoals het Hof van Justitie, in navolging van het Gerecht, overwoog in de zaak *Anic*, blijkt uit de tekst van artikel 81 EG (thans: artikel 101 VwEU) dat een inbreuk niet alleen kan bestaan uit een op zichzelf staande handeling, maar tevens uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging.²³¹ Deze interpretatie kan niet worden betwist met het argument dat een of meer onderdelen van deze reeks handelingen of een voortgezette gedraging op zich ook een schending van artikel 81, eerste lid, EG kunnen opleveren. Wanneer de verschillende handelingen, wegens hun identieke doel de mededinging verstoren, deel uitmaken van een "*totaalplan*", mag de NMa de verantwoordelijkheid voor die handelingen bepalen aan de hand van de deelneming van de betrokken ondernemingen aan de betrokken inbreuk in haar geheel.²³²

²²⁹ HvJ EG 6 oktober 2009, *GlaxoSmithKline Services Umlimited t. Commissie*, gevoegde zaken C-501/06, C-513/06, C-515/06 en C-519/06, r.o. 55.

²³⁰ Zie hiervoor, randnummer 116; dossierstuk 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 10).

²³¹ HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Anic Partecipazioni SpA t. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 81.

²³² HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jur. 2004, I-123, *Aalborg e.a./Commissie*, r.o. 258; HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Anic Partecipazioni SpA t. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 78-81, 83-85 en 203.

241. Het Gerecht heeft in de zaak *Cimenteries* onder meer overwogen dat het concept van een 'enkele overeenkomst' of een 'enkele inbreuk' veronderstelt dat sprake is van een samenstel van door verschillende betrokken ondernemingen gebezigde praktijken, teneinde een enkel concurrentieverstorend doel te bereiken.²³³ Het feit dat de overeenkomst op gezette tijden werd gewijzigd of dat er mechanismen werden overgenomen of versterkt, om rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen doet daaraan niets af. De geldigheid van deze beoordeling wordt niet beïnvloed door de mogelijkheid dat een of meer elementen van een serie acties of een continue gedragslijn op zichzelf een inbreuk op artikel 81, eerste lid, EG kunnen vormen.
242. Zolang het gaat om meerdere elementen die gebaseerd zijn op een gemeenschappelijk doel, en de voortdurende gedraging dus kan worden vastgesteld als één enkele inbreuk, kan het plan inclusief uitvoeringshandelingen in algemene zin als een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en/of artikel 81, eerste lid, EG worden gekwalificeerd.²³⁴
243. Hoewel een kartel een gezamenlijke gedraging is, kan elke deelnemer aan de overeenkomst een eigen specifieke rol spelen. Er kan sprake zijn van interne conflicten, rivaliteit of zelfs bedrog, maar wanneer sprake is van een gemeenschappelijke en doorlopende doelstelling houdt dit niet in dat de overeenkomst geen overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging vormt voor de doeleinden van artikel 81, eerste lid, EG.²³⁵
244. Het feit dat elke deelnemer in een kartel de rol kan spelen die past bij zijn eigen specifieke omstandigheden, ontslaat hem niet van zijn verantwoordelijkheid voor de inbreuk in zijn geheel, met inbegrip van de activiteiten van andere deelnemers, die hetzelfde onwettige doel dienen en hetzelfde averechtse effect op de mededinging sorteren. Een onderneming die deelneemt aan de gemeenschappelijke onwettige actie via activiteiten die bijdragen aan de realisering van de gedeelde doelstelling is, voor de gehele periode waarin zij het gemeenschappelijke plan volgde, verantwoordelijk voor de activiteiten van de andere deelnemers ingevolge dezelfde inbreuk. Dit is het geval indien is aangetoond dat de betreffende onderneming zich bewust was van het onwettige gedrag van de andere deelnemers, dan wel dit redelijkerwijs kon hebben voorzien of zich hiervan bewust kon zijn geweest, en desalniettemin bereid was het risico te nemen.²³⁶

Toepassing op deze zaak

²³³ GvEA EG 15 maart 2000, T 25/95, T 26/95, T 30/95–T 32/95, T 34/95–T 39/95, T 42/95–T 46/95, T 48/95, T 50/95–T 65/95, T 68/95–T 71/95, T 87/95, T 88/95, T 103/95 en T 104/95, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, Jur. p. II 491, r.o. 3699.

²³⁴ Europese Commissie, 21 november 2001, PbEG 2003 L6/1, *Vitaminen*, punt 558; Europese Commissie, 21 oktober 1998, *Voorgeïsoleerde buizen*, PbEG 1999 L 24/1, punt 133.

²³⁵ Onder andere GvEA EG 9 juli 2003, T-224/00, *ADM/Commissie*, r.o. 256 en GvEA EG 8 oktober 2008, T-73/04, *Carbone Lorraine/Commissie*, r.o. 199.

²³⁶ HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P, *Anic Partecipazioni SpA t. Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 83.

245. Uit hetgeen in hoofdstuk 5 van dit besluit is weergegeven, volgt dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen om ten aanzien van de afzet en/of verkoop van paprika's in Nederland (i) de dag- en weerprijzen van paprika's af te stemmen en hierbij een minimumverkoopprijs te hanteren, (ii) informatie over gerealiseerde prijzen, aanbodprognoses en klanten uit te wisselen, (iii) elkaars klanten te respecteren en (iv) de prijs die bij de veiling van paprika's door Zon Verkoopdiensten tot stand komt te beïnvloeden.
246. De onderdelen van de Afspraak vormen naar het oordeel van de Raad een samenstel van afspraken die onderling nauw met elkaar verbonden en complementair aan elkaar waren en aldus één gemeenschappelijk doel hadden. Dit blijkt uit het feit dat de afspraken onderdeel uitmaken van een alomvattend plan dat de betrokken ondernemingen op 30 mei 2006 gezamenlijk hebben opgesteld om hun marktgedrag te coördineren. Dit plan betrof (in de kern) het verbeteren (in de zin van verhogen) van de prijs van paprika's. Uit de wijze waarop de elementen van de Afspraak zijn beschreven, blijkt dat zij nauw met elkaar verbonden zijn. Dit nauw met elkaar verbonden samenstel van afspraken komt bovendien terug in meerdere schriftelijke stukken, waarin de afspraken consistent met dezelfde aanduidingen en in een soortgelijke opsomming zijn beschreven.
247. De Raad stelt vast dat de nauwe verbondenheid en complementariteit van het samenstel van afspraken voorts blijkt uit het onderdeel van de Afspraak dat betrekking heeft op de uitwisseling van informatie over gerealiseerde prijzen, alsmede uit de overeengekomen beïnvloeding van de klokprijs van Zon Verkoopdiensten. De Bestuurder van Florpartners en de Bestuurder van Coöperatieve RPT hebben aangegeven dat de uitwisseling van gerealiseerde weerprijzen de mogelijkheid bood om te toetsen of de afstemming van weerprijzen werd nagekomen.²³⁷ Het beïnvloeden van de klokprijs bij Zon Verkoopdiensten was voorts direct ondersteunend aan het 'verbeteren' (in de zin van verhogen) van de prijs van paprika's.
248. Voorts blijkt uit meerdere schriftelijke stukken²³⁸ alsmede mondelinge verklaringen van direct bij de Afspraak betrokken personen²³⁹ dat de vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen wetenschap hadden van dit gezamenlijke plan. Het staat derhalve vast dat de betrokken ondernemingen wisten dan wel redelijkerwijs hadden kunnen voorzien dat zij deelnamen aan een gezamenlijk plan met als doel onzekerheid weg te nemen over het

²³⁷ Zie hiervoor, randnummers 140 en 141.

²³⁸ Zie bijvoorbeeld het document "Notulen" van 13 februari 2009: "We moeten de informatie-uitwisseling uitbreiden. We zullen over de prijzen moeten overleggen om niet een te lage prijs te accepteren. Voorspelling van een prijsverlaging komt al vaak uit. We moeten met zijn drieën de prijs hoog zien te houden", [vertrouwelijk] en Bijlage bij Verslag van Ambtshandelingen, dossierstuk 7036_3/57.

²³⁹ Mondelinge verklaringen van Florpartners, [vertrouwelijk] en Coöperatieve RPT, ondertekend na vastlegging door de NMa, dossierstukken 7036_1/55, p. 15, [vertrouwelijk] en 7036_3/30, p. 22-23.

(voorgenomen) marktgedrag van concurrenten en dat uiteindelijk als doel had om de prijs van paprika's te 'verbeteren' (verhogen).

249. Het feit dat verschillende personen die direct bij de Afspraak waren betrokken hebben verklaard dat de betrokken ondernemingen zich niet altijd aan de afgestemde dag- en weekprijzen hielden en/of dat de afgestemde dag- en weekprijzen niet altijd werden gerealiseerd, doet niet ter zake. Uit het beschikbare bewijs is afdoende helder naar voren gekomen dat de betrokken ondernemingen wisten of op zijn minst hadden kunnen weten van het onwettige gedrag van de andere deelnemers en desalniettemin de gedragingen voortzetten en daarmee het risico aanvaardden dat de gedragingen aan het licht zouden komen.
250. De Raad concludeert op basis van de schriftelijke bewijsstukken en mondelinge verklaringen van personen die direct bij de Afspraak waren betrokken, dat de Afspraak voldoet aan de vereisten voor een kwalificatie als één enkele complexe en voortdurende inbreuk in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG met betrekking tot de afzet en/of verkoop van paprika's in Nederland.

6.1.6 Merkbaarheid

Beoordelingskader

251. In geval van een mededingingsbeperkende strekking van de betreffende overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen dient in beginsel te worden aangenomen dat de mededinging merkbaar kan worden beperkt.²⁴⁰ Een dergelijke overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ontkomt slechts aan het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw wanneer zij, wegens de zwakke positie van partijen op de relevante markt, geschikt was om de mededinging op de markt slechts in (zeer) geringe mate te beïnvloeden.²⁴¹
252. Bij het antwoord op de vraag of een overeenkomst/onderling afgestemde feitelijke gedraging geschikt is om de mededinging merkbaar te beperken, moet rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop de

²⁴⁰ Gedragingen die naar hun aard de mededinging beperken - zoals hier het geval is - leveren volgens de Europese Commissie een merkbare beperking van de concurrentie op, zie Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (*de minimis*), Pb 2001 C 368/13.

²⁴¹ Zie CbB 31 december 2007, *Mobiele Operators*, AWB 06/657, r.o. 9.5.4; CbB 7 december 2005, *Secon en G-Star/Basilicum en Chilly*, AWB 04/237 en 04/249, r.o. 6.5.

overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging betrekking heeft en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.²⁴²

253. Meer specifiek heeft het CBb overwogen dat de bepaling van de relevante markt een instrument is om de grenzen van de mededinging tussen ondernemingen te onderkennen en af te bakenen. De voornaamste doelstelling van de marktafbakening is het op systematische wijze onderkennen van de concurrentiedwang waarmee de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd. De afbakening van de relevante markt is geen doel op zich maar een instrument voor de analyse die is vereist voor de toepassing van de mededingingsregels, waarbij de mate van gedetailleerdheid afhankelijk is van hetgeen wordt vereist voor de beoordeling van de gedragingen die het voorwerp van onderzoek vormen.²⁴³

Toepassing op deze zaak

254. Zoals ook in hoofdstuk 4 van dit besluit is beschreven, is uit het Marktonderzoek van de NMa gebleken dat de supermarkten, die de belangrijkste afnemers van paprika's in Nederland van partijen zijn, op grond van de kenmerken van het product geen ander product in plaats daarvan kunnen en/of willen aanbieden aan consumenten, omdat zij het volledige assortiment aan groenten, waaronder paprika's, willen aanbieden aan de eindgebruikers.²⁴⁴ Uit het Marktonderzoek van de NMa is tevens gebleken dat er geen aanleiding is om uit te gaan van een nauwere markt dan paprika's, nu er door de afnemers nauwelijks tot geen onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende typen en kleuren paprika's. Voorts is, gelet op het niveau van de productiekolom waar de Afspraak op ziet, de keuze van de consument naar het oordeel van de Raad niet aan de orde bij de onderhavige beoordeling.²⁴⁵
255. Verder is uit het Marktonderzoek naar voren gekomen dat er voor telers van paprika's relevante drempels bestaan om over te stappen op het telen van een andere soort glasgroente, wegens onder meer de relatief hoge investeringskosten.²⁴⁶ De Raad neemt voorts in aanmerking dat paprika's zich, gelet op hun specifieke eigenschappen, onderscheiden van andere soorten (glas/vrucht)groenten.²⁴⁷ Hiernaast is van belang dat de onderhavige Afspraak alleen betrekking had op de afzet/verkoop van het product paprika en niet op andere groenten. Daarnaast hadden de betrokken rechtspersonen in paprika's gespecialiseerde medewerkers in dienst.²⁴⁸

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ CBb 4 oktober 2011, AWB 07/647 tot en met 07/650, *Fietsen*, r.o. 4.5.3.

²⁴⁴ Zie hiervoor, randnummer 61.

²⁴⁵ Vergelijk CBb 4 oktober 2011, AWB 07/647 tot en met 07/650, *Fietsen*, r.o. 4.5.3.

²⁴⁶ Zie hiervoor, randnummer 62.

²⁴⁷ Zie hiervoor, randnummer 60.

²⁴⁸ [Vertrouwelijk].

256. Uit hoofdstuk 4 van dit besluit is voorts gebleken tijdens het *Holland seizoen* geen concurrentiedruk wordt uitgeoefend door ondernemingen in het buitenland die actief zijn op het gebied van de afzet en/of verkoop van paprika's. In deze periode zijn (nagenoeg) alle paprika's die in Nederland worden verkocht in Nederland geteeld. Uit hoofdstuk 4 van dit besluit is tevens gebleken dat het *Holland seizoen* (doorgaans) duurt van april tot en met oktober.
257. Op basis van al het bovenstaande gaat de Raad voor de beoordeling van de merkbaarheid van deze zaak uit van een Nederlandse markt voor paprika's gedurende het *Holland seizoen*.
258. ZON, Rainbow en UWG hebben op deze markt een sterke gezamenlijke positie: zij brengen naar schatting gezamenlijk ongeveer 30-40% van het in Nederland geteelde aanbod van paprika's in de handel.²⁴⁹ Op basis hiervan oordeelt de Raad dat de Afspraak van de betrokken ondernemingen, gelet op hun sterke gezamenlijke positie bij de afzet en/of verkoop van paprika's gedurende het *Holland seizoen*, de mededinging op de onderhavige markt niet slechts insignificant heeft kunnen beperken.
259. Gelet op het voorgaande concludeert de Raad dat de Afspraak geschikt was om de mededinging op de Nederlandse markt van paprika's in het *Holland seizoen*, vanaf april tot en met oktober, in merkbare mate te beperken.

Zienswijzen van de betrokken ondernemingen

260. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, voeren aan dat de markt ruimer is dan het product paprika, waardoor hun gedragingen de mededinging niet merkbaar zouden hebben beperkt.
261. De betreffende partijen voeren aan dat de Europese Commissie in verschillende besluiten heeft geoordeeld dat verse groenten een aparte productmarkt vormen en dat binnen die categorie een aparte productmarkt bestaat voor de activiteiten op import- en productieniveau, waaronder tevens wordt begrepen de afzet van producten naar het buitenland.²⁵⁰ De Commissie heeft volgens betreffende ondernemingen nooit aanleiding gezien een nader onderscheid te maken tussen verschillende soorten verse groenten, zoals de NMa in het Rapport doet, omdat consumenten een vast budget besteden aan verse groenten en consumenten overstappen op een andere groente indien een bepaalde groente significant in prijs stijgt.²⁵¹ Daarnaast betogen zij dat ook uit het dossier in deze zaak blijkt dat sprake is van een ruimere markt, nu het LEI in het onderzoek naar prijsvorming in de

²⁴⁹ Zie hiervoor, randnummer 69.

²⁵⁰ Europese Commissie 11 augustus 2008, COMP/M.5201, *Total Produce/Haluco/JV*; Europese Commissie 8 februari 2008, COMP/M.4896, *CVC Capital Partners/Katopé International*.

²⁵¹ Europese Commissie 30 mei 2006, COMP/M.4216, *CVC/Bocchi/De Weide Blik*.

glastuinbouw aangeeft dat de relevante markt voor vruchtgroenten de Europese Unie is.²⁵² Soortgelijke informatie wordt volgens de betreffende partijen teruggevonden in de antwoorden van de supermarkten.

262. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, verwijzen voorts naar twee rapportages van Rosenstok Economics (uit 2008 en 2011) die een onderzoek weergeven naar de relevante markt voor de glas-/vruchtgroenten paprika, tomaat, komkommer en aubergine.²⁵³ Er blijken volgens dat onderzoek matige tot sterkere correlaties te zijn tussen de consumentenprijzen van tomaat, komkommer, rode en gemengde paprika en aubergine. Dit duidt er volgens de betrokken ondernemingen op dat deze glas/vruchtgroenten tot dezelfde relevante productmarkt behoren.
263. Volgens de betrokken ondernemingen, behalve ZON, zijn er op basis van het onderzoek van Rosenstok Economics tevens aanwijzingen die op aanbodsubstitutie onder telers duiden. Zo blijkt volgens dat onderzoek dat telers soms op korte termijn beslissen om de teelt van het ene soort groente of fruit te ruimen en op de teelt van een ander soort over te stappen, naar aanleiding van slechte opbrengstprijzen van het oude soort of naar aanleiding van relatief lagere productiekosten. De productmarkt zou volgens partijen op basis van aanbodsubstitutie breder kunnen zijn dan verse groenten en ook andere kasproducten die met dezelfde productiemiddelen worden geproduceerd kunnen omvatten.²⁵⁴
264. Op basis van een analyse in het onderzoeksrapport²⁵⁵ van de haalbare transportafstand en van een cijfermatige analyse van de productie en handelsstromen tussen de verschillende landen, de zogenoemde Elzinga-Hogarty test, betogen de betrokken ondernemingen voorts dat de relevante geografische markt van komkommer – welke volgens de betrokken ondernemingen eveneens tot de productmarkt behoort – op jaarbasis mogelijk zo groot is als de gehele Europese Unie. De relevante geografische markt van paprika is volgens de betrokken ondernemingen waarschijnlijk groter dan die van komkommer, gezien de hogere waarde per kilo product.
265. Voorts betogen de betrokken ondernemingen, behalve ZON, op basis van het onderzoek van Rosenstok Economics dat nauwelijks sprake is van relevante seizoensinvloeden. Ondanks de zomerpiek in de Nederlandse productie van vruchtgroenten zou juist in het *Holland seizoen* ook veel concurrentie bestaan van andere Noord-Europese landen met een vergelijkbare zomerpiek. De betreffende partijen concluderen dan ook dat het marktaandeel

²⁵² Bunte, F., *Prijsvorming glastuinbouw*, LEI Wageningen UR, Den Haag, januari 2009, p. 7.

²⁵³ Onderzoeksrapport van Rosenstok Economics voor het Productschap Tuinbouw, *Beoordeling marktpositie APO telersverenigingen*, 29 oktober 2008 en onderzoeksrapport van Rosenstok Economics, *Nadere rapportage Nederlandse paprika*, 7 april 2011.

²⁵⁴ Rosenstok Economics, *Beoordeling marktpositie APO telersverenigingen*, 29 oktober 2008, pp. 24-26.

²⁵⁵ Rosenstok Economics, *Beoordeling marktpositie APO telersverenigingen*, 29 oktober 2008, pp. 13-16.

van de Nederlandse productie in de zomermaanden nauwelijks hoger ligt dan het jaarlijkse gemiddelde. Ook in de zomermaanden is volgens de betrokken ondernemingen ruimschoots alternatief aanbod naast de Nederlandse productie van vruchtgroenten.²⁵⁶

266. Nu er volgens de betrokken partijen, behalve ZON, sterke aanwijzingen bestaan dat de relevante markt beduidend breder is dan in het Rapport wordt gesteld, is ook het marktaandeel van de betrokken ondernemingen tezamen verwaarloosbaar laag, te weten tussen 0,7 tot 2,6% of zelfs minder. Van merkbaarheid zou hierdoor geen sprake kunnen zijn.
267. Tot slot geven de betrokken ondernemingen, behalve ZON, aan dat de vraag in de informatieverzoeken "koopt u in het buitenland in?" onterecht ontkennend door de supermarkten is beantwoord. Volgens de betreffende partijen lijkt met deze ontkenning de suggestie te zijn gewekt dat de supermarkten geen buitenlandse paprika's zouden inkopen. Dit is volgens de betrokken ondernemingen onjuist, nu bijna alle supermarkten werken met een of enkele serviceproviders die voor de supermarkt bij verschillende betrokken ondernemingen een compleet pakket aan groenten en fruit inkopen. Een serviceprovider zou ook kunnen beslissen de producten uit het buitenland te halen, zoals dat met paprika's gebeurt voor veel supermarkten, aldus de betreffende partijen.

Oordeel van de Raad

268. De Raad wijst erop dat – in tegenstelling tot hetgeen partijen beweren²⁵⁷ – in eerdere besluiten van de Europese Commissie en de NMa een mogelijke markt voor verse groenten met een mogelijke onderverdeling naar verschillende soorten glasgroenten is overwogen. Een exacte marktafbakening is echter door zowel de Europese Commissie als de NMa in het midden gelaten.²⁵⁸
269. De Raad volgt voorts niet de conclusies die de betreffende ondernemingen trekken uit de Rosenstok Economics-rapporten. Ten eerste wijst de Raad erop dat die onderzoeksrapporten zelf aangeven dat zij geen uitputtend marktonderzoek vormen naar de exacte marktpositie van de Nederlandse paprika's.²⁵⁹ Ten tweede is de conclusie van Rosenstok Economics dat er aanwijzingen zijn dat de verschillende soorten vruchtgroenten tot dezelfde relevante productmarkt behoren, gestoeld op een analyse van de correlatie tussen *consumenten*prijzen van deze groenten in Nederland.²⁶⁰ De Raad is van oordeel dat

²⁵⁶ Rosenstok Economics, *Nadere rapportage Nederlandse paprika*, 7 april 2011, pp. 5-7; Rosenstok Economics, *Beoordeling marktpositie APO telersverenigingen*, 29 oktober 2008, pp. 26-32.

²⁵⁷ Zie hiervoor, randnummer 261.

²⁵⁸ NMa 6 april 1998, zaak 132/25, *Greenery/Van Dijk*, rnr. 14; Europese Commissie 30 mei 2006, zaak COMP/M.4216, *CVC/Bocchi/De Weide Blik*, rnr. 19-20; NMa 19 november 2009, zaak 6797, *Tradition/Westveg/Unistar/Brassica Groep*, rnr. 20.

²⁵⁹ Rosenstok Economics, *Nadere rapportage Nederlandse paprika*, 7 april 2011, p. 3.

²⁶⁰ Rosenstok Economics, *Beoordeling marktpositie APO telersverenigingen*, 29 oktober 2008, p. 22 e.v.

het gebruik van prijzen op dit niveau van de verkoopkolom een (voor deze zaak) onjuist beeld geeft van de markt. Naar het oordeel van de Raad zouden de inkooprijzen van de detailhandel, met name van de grote supermarktketens, en niet de consumentenprijzen, in de analyse moeten worden gebruikt. De betrokken ondernemingen verkopen immers niet aan eindafnemers/-gebruikers (consumenten), maar aan supermarkten. Daarenboven voeren supermarkten een eigen prijsbeleid ten aanzien van het gehele productassortiment, waardoor de door de supermarkten gehanteerde consumentenprijzen een vertekend beeld kunnen geven. Zo passen supermarkten zogenoemde kruissubsidies in hun productassortiment toe: supermarkten lijden bewust verlies op een aantal producten om klanten (consumenten) te trekken en omzet over het gehele assortiment te stimuleren; er wordt winst op andere producten behaald.²⁶¹

270. Het Marktonderzoek van de NMa heeft daarentegen wel betrekking op het in deze zaak van toepassing zijnde niveau, te weten het niveau van de afnemers van de betrokken ondernemingen. De informatie die door de negen grootste supermarkten van Nederland is verstrekt, geeft een adequaat beeld van het inkoopgedrag van de supermarkten en vormt daarmee naar het oordeel van de Raad een betrouwbare aanwijzing met betrekking tot de omvang van de relevante productmarkt. Uit deze informatie volgt dat de supermarkten steevast paprika's inkopen, hetgeen een aanwijzing vormt voor het bestaan van een aparte productmarkt van paprika's.
271. De Raad wijst er verder op dat de door partijen aangehaalde prijscorrelatietesten geen betrouwbare indicatie geven van de omvang van de onderhavige productmarkt, aangezien een verklaring voor gevonden correlaties in de onderhavige zaak ontbreekt. Zoals de Rosenstok Economics-rapportages zelf aangeven,²⁶² kunnen sterke prijscorrelaties bijvoorbeeld volgen uit gemeenschappelijke productiekosten van de verschillende producten en/of andere omstandigheden (zoals een energieprijsstijging).
272. Voorts is, in tegenstelling tot hetgeen de betrokken ondernemingen (behalve ZON) betogen, naar het oordeel van de Raad niet gebleken dat sprake is van relevante aanbods substitutie. Uit het Marktonderzoek van de NMa blijkt juist dat, in verband met het feit dat een groot deel van de telers gespecialiseerd is in de productie van een bepaalde glasgroente, er relevante drempels bestaan om over te stappen van het ene naar het andere product. Het overstappen naar een andere soort glasgroente vergt relatief grote investeringen (bijvoorbeeld in sorteermachines), zodat telers in de praktijk die overstap nauwelijks maken. De investeringskosten voor het overstappen naar een andere soort

²⁶¹ Zie onder andere Bunte, F., *Prijsvorming glastuinbouw*, LEI Wageningen UR, Den Haag, januari 2009, p. 23; Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Prijsvorming in de agri-foodsector*, december 2009, p. 26.

²⁶² Rosenstok Economics, *Beoordeling marktpositie APO telersverenigingen*, 29 oktober 2008, pp. 6 en 23.

glasgroente zijn hoog, te weten EUR 1 tot 1,5 miljoen per hectare glas.²⁶³ Tevens is het voor een teler moeilijk in te schatten of de investering in omschakeling op termijn loont, omdat het prijspeil voor de diverse glasgroenten in een volgend seizoen weer anders kan liggen. In de praktijk stappen dan ook weinig telers van het telen van paprika's over naar andere glasgroenten, of omgekeerd.

273. Gelet op voorgaande constateert de Raad dat de door de betrokken ondernemingen overgelegde onderzoeksrapporten geen overtuigende aanwijzingen bevatten dat de relevante productmarkt breder is dan paprika's.
274. Met betrekking tot het betoog van partijen ter zake van de relevante geografische markt, wijst de Raad erop dat in eerdere besluiten van de Europese Commissie en de NMa is gesteld dat sprake kan zijn van seizoensinvloeden.²⁶⁴ Het betoog van de betrokken ondernemingen, dat nauwelijks sprake zou zijn van relevante seizoensinvloeden, is naar het oordeel van de Raad feitelijk onjuist. Zoals uit paragraaf 4.3 blijkt, is sprake van een door alle betrokken ondernemingen op de markt erkend *Holland seizoen*. Zoals aldus blijkt uit de antwoorden van de grote supermarkten van Nederland, worden in het *Holland seizoen* in Nederland nagenoeg uitsluitend paprika's van Nederlandse bodem afgenomen, met name van de betrokken ondernemingen. Uit het Marktonderzoek volgt dat afnemers in Nederland een voorkeur hebben voor Nederlandse paprika's gelet op de prijs/kwaliteit verhouding en beschikbaarheid. Ook zijn in de zomer geen paprika's beschikbaar uit de voornaamste aanvoerlanden Spanje en Israël. Die landen leveren aan (onder andere) Nederland in de wintermaanden.²⁶⁵ De seizoensinvloeden blijken tevens uit de omzetcijfers van UWG en Rainbow.²⁶⁶
275. De Raad geeft aan dat uit de antwoorden van de supermarkten op de informatieverzoeken volgt dat er geen Nederlands aanbod van paprika's is buiten het *Holland seizoen*. De afnemers kopen buiten het *Holland seizoen* buitenlandse paprika's in.²⁶⁷ De Raad stelt tot slot vast dat uit de antwoorden op de informatieverzoeken – die overigens door de supermarkten zelf zijn beantwoord – niet is gebleken dat de serviceproviders zelfstandig kunnen handelen. Zij handelen voor/namens supermarkten en doen de logistieke coördinatie van de uiteindelijke bestellingen en facturatie. Zij zijn zelf geen afnemers of vragende partij van de betrokken ondernemingen en ontvangen instructies van de supermarkten over bijvoorbeeld de prijs, de kwaliteit en de producenten.²⁶⁸

²⁶³ Zie hiervoor, randnummer 62.

²⁶⁴ NMa 6 april 1988, zaak 132/25, *Greenery/Van Dijk*, rnr. 17 en 26; Europese Commissie 30 mei 2006, COMP/M.4216, *CVC/Bocchi/De Weide Blik*, rnr. 28 en 29; NMa 19 november 2009, zaak 6796, *Tradition/Westveg/Unistar/Brassica Groep*, rnr. 21-25.

²⁶⁵ Op de hoorzitting van 22 april 2011 is bovenstaande bevestigd; dossierstuk 7036_1/232, p. 11.

²⁶⁶ Zie hiervoor, randnummer 63.

²⁶⁷ Zie hiervoor, paragraaf 4.3.

²⁶⁸ Zie onder meer dossierstukken 7036_1/37 en 7036_1/232, p. 12.

276. Gelet op al het voorgaande leiden de zienswijzen van partijen niet tot een ander oordeel van de Raad ten aanzien van de merkbaarheid van de Afspraak.

6.2 Artikel 6, derde lid, Mw

Beoordelingskader

277. In artikel 6, derde lid, Mw, is een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw opgenomen. Op grond van artikel 6, vierde lid, Mw dient een onderneming die zich op artikel 6, derde lid, Mw beroept, te bewijzen dat aan de vereisten van dat lid is voldaan. De betrokken ondernemingen hebben zich niet op deze uitzondering beroepen. Desalniettemin beziet de Raad hierna (ten overvloede) of de onderhavige Afspraak voldoet aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.

278. Ingevolge artikel 6, derde lid, Mw geldt het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of de mogelijkheid te geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen. Uit de tekst van deze uitzonderingsbepaling volgt dat de hierin opgenomen voorwaarden cumulatieve voorwaarden zijn.

Toepassing op deze zaak

279. De Raad wijst erop dat hij hiervoor heeft vastgesteld dat de Afspraak er naar zijn aard toe strekte de mededinging te beperken en dat deze wordt aangemerkt als een ernstige concurrentiebeperking. Er wordt aangenomen dat dergelijke beperkingen de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden. Dergelijke beperkingen komen in de regel niet in aanmerking voor een beroep op de uitzonderingsregeling als neergelegd in artikel 6, derde lid, Mw, nu zij in het algemeen negatieve marktgevolgen hebben.²⁶⁹

280. De Raad stelt vast dat geen sprake kan zijn van een verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van technische of economische vooruitgang als gevolg van de Afspraak. Het afstemmen van dag- en weesprijzen en het beïnvloeden van de klokprijs bij Zon Verkoopdiensten leidt juist in beginsel tot hogere prijzen, aangezien de

²⁶⁹ Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, EG, Pb. C 101/97, 27 april 2004, punt 46.

prijsconcurrentie tussen de betrokken ondernemingen aanzienlijk wordt verminderd en afnemers daardoor structureel worden beperkt in de mogelijkheid om te profiteren van de prijsverlagende druk die normaliter van prijsconcurrentie tussen ondernemingen uitgaat. Onzekerheid over het gedrag van concurrenten is een factor die aanzet tot innovatie en efficiëntie, en bevordert daarmee de concurrentie.²⁷⁰ Prikkel om op meer efficiënte wijze te produceren, zodat men onder het prijsniveau van een concurrent kan verkopen, worden door genoemde gedragingen weggenomen. De afnemer wordt voorts beperkt in zijn mogelijkheden om een leverancier van paprika's op basis van het prijsniveau te selecteren.

281. Nu de Raad heeft vastgesteld dat geen sprake is van economische voordelen, als bedoeld onder de voorwaarde voor wettelijke uitzondering, kan een billijk aandeel daarvan ook niet aan de afnemers worden doorgegeven. Integendeel, de gedragingen waarvan in deze zaak sprake is, beperken de keuze voor afnemers.
282. Op grond van het bovenstaande concludeert de Raad dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de in artikel 6, derde lid, Mw opgenomen uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw.

6.3 Conclusie artikel 6 Mw

283. Uit het voorgaande volgt dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen, althans hebben afgestemd, om ten aanzien van de afzet en/of verkoop van paprika's in Nederland (i) de dag- en weekprijzen van paprika's vast te stellen en hierbij een minimumverkoopprijs te hanteren, (ii) informatie over gerealiseerde prijzen, aanbodprognoses en klanten uit te wisselen, (iii) elkaars klanten te respecteren en (iv) de prijs die bij de veiling van paprika's door Zon Verkoopdiensten tot stand komt te beïnvloeden.
284. De Afspraak strekte er naar het oordeel van de Raad toe de mededinging te beperken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. De Raad concludeert voorts dat de Afspraak de mededinging in meer dan insignificante mate kon beperken. Het door de Afspraak gevormde samenstel van afspraken voldoet naar het oordeel van de Raad aan de vereisten voor een kwalificatie als één enkele complexe en voortdurende inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw.
285. De Raad stelt vast dat de betrokken ondernemingen van 30 mei 2006 tot en met 13 februari 2009 hebben deelgenomen aan de Afspraak. Florpartners heeft van 30 mei 2006 tot en met 28 maart 2007 in een faciliterende rol deelgenomen aan de Afspraak.

²⁷⁰ NMa 25 juli 2003, zaak 3089, *Penta Projectontwikkeling B.V.*, randnummer 66.

286. Ten slotte constateert de Raad dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van in artikel 6, derde lid, Mw.

6.4 Artikel 81, eerste lid, EG²⁷¹

Beoordelingskader

287. Ingevolge artikel 81, eerste lid, EG zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, en met name die welke bestaan in a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden, b) het beperken of controleren van de productie, de verkoop, de technische ontwikkeling of de investeringen, of c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen.
288. Op grond van artikel 3, eerste lid, van Verordening 1/2003²⁷² zijn de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten verplicht om artikel 81 EG toe te passen wanneer ze het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de Lidstaten kunnen beïnvloeden.
289. Uit artikel 88 Mw vloeit de bevoegdheid voor de NMa voort om artikel 81 EG en artikel 82 EG toe te passen in overeenstemming met de uitvoeringsverordeningen²⁷³ op grond van artikelen 83 en 84 EG.
290. Met betrekking tot (i) de kwalificatie als ondernemingen, overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, (ii) de (merkbare) mededingingsbeperking en (iii) artikel 81, derde lid, EG verwijst de Raad naar de beoordeling in voorgaande paragrafen, omdat toetsing aan artikel 81, eerste en derde lid, EG in dit opzicht niet afwijkt van de toetsing aan artikel 6, eerste en derde lid, Mw en de beoordelingen en conclusies derhalve hetzelfde zijn.
291. Artikel 81, eerste lid, EG kent echter het bijkomende vereiste van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel.²⁷⁴ Het verbod van de betreffende bepaling is van toepassing indien de

²⁷¹ Thans artikel 101, eerste lid, VwEU; zie hiervoor, voetnoot 2.

²⁷² Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 EG, PbEG 2003, L 1/1.

²⁷³ Meer in het bijzonder, *Verordening nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 EG*, PbEG 2003, L 1/1 en *Verordening van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen*, PbEG L24/1.

²⁷⁴ Zie in algemene zin over het vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten, de *Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 EG*, PbEG 2004, C 101/81.

mededingingsbeperkende afspraak de tussenstaatse handel kan beïnvloeden. Aan deze voorwaarde is voldaan zodra, op basis van het geheel van feitelijke en juridische elementen, met een voldoende mate van waarschijnlijkheid is te verwachten dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging " *al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op het handelsverkeer tussen Lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen dat de verwezenlijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt tussen de Lidstaten wordt geschaad.*"²⁷⁵ Daarnaast dient deze beïnvloeding van de interstatelijke handel merkbaar te zijn.²⁷⁶

292. Het begrip 'kunnen beïnvloeden' impliceert dat het mogelijk moet zijn te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lidstaten kan beïnvloeden.²⁷⁷ Voor de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht behoeft niet het bewijs te worden geleverd dat de overeenkomst of gedraging de interstatelijke handel daadwerkelijk heeft beïnvloed.²⁷⁸ 'Beïnvloeding' is een neutraal begrip, dat niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de handel wordt beperkt of verminderd. Het gaat erom dat de handel tussen de Lidstaten zich mét de overeenkomst of gedraging waarschijnlijk anders had ontwikkeld dan de ontwikkeling die zónder de overeenkomst of gedraging te verwachten viel.²⁷⁹

293. Volgens vaste jurisprudentie kunnen horizontale kartels die het gehele grondgebied van een Lidstaat bestrijken normaal gesproken de handel tussen Lidstaten beïnvloeden, aangezien zij naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist.²⁸⁰ In het geval van overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen Lidstaten kunnen beïnvloeden, kan vaak worden aangenomen dat dit effect merkbaar is wanneer het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen de 5%-drempel overschrijdt.²⁸¹

Toepassing op deze zaak

294. Gelet op het feit dat de Afspraak betrekking had op het gehele grondgebied van Nederland, alsmede gelet op het gegeven dat het marktaandeel van partijen groter is dan 5%, dient naar

²⁷⁵ HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84, *Remia e.a. t. Commissie*, Jur. 1985, p. 2545, r.o. 22.

²⁷⁶ HvJ EG 25 november 1971, zaak 22/71, *Béguélin*, Jur. 1971, p. 946, r.o. 16; HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69, *Völk*, Jur. 1969, p. 295, r.o. 7.

²⁷⁷ HvJ EG 14 juli 1981, zaak 172/80, *Züchner*, Jur. 1981, p. 2021, r.o. 18; HvJ EG 10 december 1985, gevoegde zaken 240/82 e.a., *Stichting Sigarettenindustrie*, Jur. 1985, p. 3831, r.o. 48; en GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95 e.a., *Cimenteries CBR e.a. t. Commissie (Cement)*, Jur. 2000, p. II-491, r.o. 3930.

²⁷⁸ GvEA EG 7 oktober 1999, zaak T-228/97, *Irish Sugar*, Jur. 1999, p. II-2969, r.o. 170.

²⁷⁹ HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56 en 58/64, *Consten en Grundig*, Jur. 1966, p. 450: *Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 EG*, PbEG 2004, C 101/81, r.o. 34.

²⁸⁰ HvJ EG 17 oktober 1972, zaak 8/72, *Vereniging van Cementhandelaren t. Commissie*, Jur. 1972, p. 991. Zie voorts HvJ EG 19 februari 2002, zaak C-309/99, *Wouters*, Jur. 2002, p. I-1577, r.o. 95.

²⁸¹ Zie *Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 EG*, PbEG 2004, C 101/81, punten 53-55.

het oordeel van de Raad aangenomen te worden dat de Afspraak de interstatelijke handel ongunstig heeft kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 81, eerste lid, EG.

295. Uit het voorgaande volgt dat de Afspraak eveneens in strijd is met de verbodsnorm van artikel 81, eerste lid, EG.

6.5 Uitzondering op de mededingingsregels overeenkomstig de Integrale GMO-Verordening

296. Zoals in paragraaf 4.1 van dit besluit is uiteengezet, dient bij de onderhavige juridische beoordeling de toepassing van de Integrale GMO-Verordening op deze zaak te worden betrokken.²⁸²
297. Artikel 125 quater Integrale GMO-Verordening bepaalt dat een unie van producentenorganisaties (hierna: APO) de werkzaamheden van een producentenorganisatie, dat wil zeggen het concentreren en coördineren van het aanbod en het in de handel brengen van de producten van de leden, mag verrichten. Bij deze bepaling is aangegeven dat dit artikel alleen van toepassing is op erkende unies van producentenorganisaties en niet analoog kan worden toegepast op collectieve gedragingen van verschillende producentenorganisaties die niet gezamenlijk als APO erkend zijn. Aangezien in deze zaak geen sprake is van een officieel erkende APO, kunnen de betrokken ondernemingen naar het oordeel van de Raad geen beroep doen op de vrijstelling in deze bepaling.
298. Artikel 175 Integrale GMO-Verordening luidt als volgt: "*Tenzij in deze verordening anders is bepaald, gelden de artikelen 81 tot en met 86 van het Verdrag, evenals de daarvoor vastgestelde uitvoeringsbepalingen, voor alle in artikel 81, lid 1, en artikel 82 van het Verdrag bedoelde overeenkomsten, besluiten en gedragingen die betrekking hebben op de productie van of de handel in de in deze verordening vermelde producten, onder voorbehoud van de artikelen 176 en 177 van deze verordening.*"

²⁸² Verordening (EG) nr. 1234/2007 van de Raad van 22 oktober 2007 houdende een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten en specifieke bepalingen voor een aantal landbouwproducten (Integrale GMO-Verordening), Pb EG L 299 van 16 november 2007. Voor de inwerkingtreding van de Integrale GMO-Verordening was Verordening (EG) nr. 2200/1996 van de Raad van 28 oktober 1996 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit, Pb L 297 van 21 november 1996, van kracht. Verordening nr. 2200/96 was ingevolge artikel 204, tweede lid, Integrale GMO-Verordening tot 1 januari 2008 van kracht. Voor de inwerkingtreding van de Integrale GMO-Verordening was voorts ingevolge Verordening (EG) nr. 26/62 van de Raad inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten, Pb P 30 van 20 april 1962, eenzelfde bijzonder mededingingsrechtelijk kader voor onder andere paprika's van kracht. Verordening nr. 26/62 was tevens ingevolge artikel 204, tweede lid, Integrale GMO-Verordening tot 1 januari 2008 van kracht. In het navolgende wordt de Afspraak alleen getoetst aan de Integrale GMO-Verordening. Deze beoordeling is gelijk aan de toetsing van de Afspraak aan het bijzonder mededingingsrechtelijk kader van Verordening 26/62 (die aldus in de periode van 30 mei 2006 tot en met 1 januari 2008 van kracht was); zie ook hiervoor, paragraaf 4.1.

299. Het eerste lid van artikel 176 Integrale GMO-Verordening bevat drie algemene uitzonderingen op het kartelverbod (onderstreepte tekst toegevoegd door de Raad).²⁸³

"1. Artikel 81, eerste lid, van het Verdrag is niet van toepassing op de in artikel 175 van deze verordening bedoelde overeenkomsten, besluiten en gedragingen die een wezenlijk bestanddeel uitmaken van een nationale marktorganisatie [uitzondering 1] of die vereist zijn voor de verwezenlijking van de in artikel 33 EG omschreven doelstellingen [uitzondering 2].

Met name is artikel 81, lid 1 van het Verdrag niet van toepassing op de overeenkomsten, besluiten en gedragingen van landbouwondernemers, verenigingen van landbouwondernemers of verenigingen van deze verenigingen binnen een lidstaat, voor zover deze, zonder de verplichting in te houden een bepaalde prijs toe te passen, betrekking hebben op de voortbrenging of de verkoop van landbouwproducten of het gebruik van gemeenschappelijke installaties voor het opslaan, behandelen of verwerken van landbouwproducten, tenzij de Commissie vaststelt dat de mededinging zodoende wordt uitgesloten of dat de doeleinden van artikel 33 van het Verdrag in gevaar worden gebracht [uitzondering 3]."

300. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dienen de uitzonderingsgronden van artikel 176 Integrale GMO-Verordening strikt te worden geïnterpreteerd.²⁸⁴ Uit het arrest *Oude Luttikhuis*²⁸⁵ volgt dat de Raad een inbreuk op artikel 81 EG kan vaststellen indien hij de zekerheid heeft verkregen dat niet is voldaan aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor de in artikel 176 Integrale GMO-Verordening bedoelde uitzondering.
301. Niet de vraag is aan de orde of het mededingingsrecht dan wel het gemeenschappelijk landbouwbeleid prevaleert, maar het komt erop aan deze in de mate van het mogelijke met elkaar te verzoenen.²⁸⁶ In het arrest *Milk Marque* is dit bevestigd en benadrukt het Hof "(...) dat de handhaving van een echte mededinging op de markten voor landbouwproducten een van de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en van de gemeenschappelijke ordening van de betrokken markten is."²⁸⁷
302. Verder bepaalt artikel 176 Integrale GMO-Verordening dat artikel 81 EG niet van toepassing is op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van erkende brancheorganisaties die dienen voor (onder meer) het concentreren en coördineren

²⁸³ De drie onderdelen van artikel 176, eerste lid, van de Integrale GMO-Verordening moeten als drie afzonderlijke uitzonderingsgronden worden beschouwd. Zie HvJ EG 12 december 1995, C-399/93, *Oude Luttikhuis*, r.o. 22.

²⁸⁴ HvJ EG 12 december 1995, zaak C-399/93, H.G. *Oude Luttikhuis e.a. vs. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco*, Jur. 1995, I-4520, r.o. 23; GvEA EG 14 mei 1997, zaken T-70/92 en T-71/92, *Florimex B.V. en Vereniging van Groothandelaren in Bloemwekerijproducten vs. Commissie*, Jur. 1997, II-0693.

²⁸⁵ HvJ EG 12 december 1995, C-399/93, *Oude Luttikhuis*, r.o. 30.

²⁸⁶ HvJ EG 12 december 1995, zaak C-399/93, H.G. *Oude Luttikhuis e.a. vs. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco*, Jur. 1995, I-4520, r.o. 23 e.v.; GvEA EG 14 mei 1997, zaken T-70/92 en T-71/92, *Florimex B.V. en Vereniging van Groothandelaren in Bloemwekerijproducten vs. Commissie*, Jur. 1997, II-0693.

²⁸⁷ HvJ EG 9 september 2003, zaak C-137/00, *Milk Marque Ltd en National Farmers' Union*, Jur. 2003, p. I-7975, r.o. 57.

van het aanbod en het in de handel brengen van de producten van de leden. Bij deze bepaling is aangegeven dat bij de toepassing van deze vrijstelling een formele benadering moet worden gehanteerd: de vrijstelling is alleen van toepassing op verticaal geïntegreerde erkende brancheorganisaties. Er is naar het oordeel van de Raad in deze zaak noch sprake van verticale integratie noch van een erkende brancheorganisatie. De betrokken ondernemingen kunnen aldus geen beroep doen op deze vrijstelling.

303. Ook hadden partijen de Commissie kunnen verzoeken om artikel 176, tweede lid, GMO-Verordening, middels een formeel besluit, van toepassing te laten verklaren – de betrokken ondernemingen hebben dit nagelaten.
304. Op de hiervoor vermelde uitzonderingen van artikel 176 Integrale GMO-Verordening gaat de Raad hieronder afzonderlijk in.

Uitzondering 1

305. In het algemeen geldt dat de eerste uitzondering van artikel 176, eerste lid, Integrale GMO-Verordening slechts beperkt zal kunnen worden ingeroepen, omdat de ruimte voor het treffen van nationale maatregelen na het tot stand komen van een gemeenschappelijke marktordening zeer beperkt is.²⁸⁸ De Raad stelt vast dat deze uitzondering in de onderhavige zaak niet van toepassing is, nu ten aanzien van groenten en fruit in het algemeen, en paprika in het bijzonder, geen sprake is van een nationale marktorganisatie²⁸⁹.

Uitzondering 2

306. De tweede uitzondering van artikel 176, eerste lid, Integrale GMO-Verordening is van toepassing wanneer de betreffende mededingingsregeling noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de in artikel 33, eerste lid, EG neergelegde doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid:

*“1. Het gemeenschappelijk landbouwbeleid heeft ten doel:
a) de productiviteit van de landbouw te doen toenemen door de technische vooruitgang te bevorderen en door zowel de rationele ontwikkeling van de landbouwproductie als een optimaal gebruik van de productiefactoren, met name de arbeidskrachten, te verzekeren;*

²⁸⁸ HvJ EG 18 mei 1977, zaak 111/76, *Van den Hazel*, Jur. 1977, p. 101; HvJ EG 22 september 1988, zaak 212/87, *Unilec*, Jur. 1988, p. 5075.

²⁸⁹ *“Een nationale marktorganisatie is te omschrijven als een geheel van rechtsinstrumenten waarmee de marktregulering voor de betrokken producten onder toezicht van de overheid wordt gebracht ten einde door opvoering van de produktiviteit en een optimaal gebruik van de produktiefactoren, met name van de arbeidskrachten, de producenten een redelijke levensstandaard te verzekeren, de markten te stabiliseren, de voorziening veilig te stellen en redelijke prijzen aan verbruikers te verzekeren”*, HvJEG 10 december 1974, zaak 48/74, *Charmasson*, Jur. 1974, p. 1383.

- b) aldus de landbouwbevolking een redelijke levensstandaard te verzekeren, met name door de verhoging van het hoofdelijk inkomen van hen die in de landbouw werkzaam zijn;*
- c) de markten te stabiliseren;*
- d) de voorziening veilig te stellen;*
- e) redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren.”*

307. Deze uitzonderingsgrond wordt in de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie restrictief uitgelegd. Het is niet voldoende dat een bepaalde overeenkomst ertoe strekt de doelstellingen van artikel 33 EG te verwezenlijken. De betrokken uitzondering is slechts van toepassing indien een overeenkomst de verwezenlijking van elk van de hierboven genoemde doelstellingen bevordert.²⁹⁰
308. De tweede uitzondering van artikel 176, eerste lid, Integrale GMO-Verordening is in deze zaak ook niet van toepassing. De Afspraak draagt naar het oordeel van de Raad immers niet bij aan het bereiken van in ieder geval de onder a) en e) genoemde doelstellingen van artikel 33, eerste lid, EG, aangezien de toename van de productiviteit van de landbouw door technische vooruitgang niet wordt bevorderd (onderdeel a). Bovendien draagt de Afspraak er niet aan bij om redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren (onderdeel e), laat staan dat zij daartoe noodzakelijk is. Ten aanzien van de onder e) genoemde doelstelling geldt dat hiervoor is vastgesteld dat de betrokken ondernemingen met de Afspraak beoogden de prijs van paprika's te verhogen²⁹¹ en dat zij als gevolg van de Afspraak zo veel mogelijk in staat werden gesteld om hogere prijzen te bedingen. De Raad stelt vast dat de Afspraak vanwege haar potentie om de prijzen van paprika's voor afnemers te verhogen naar haar aard niet bijdraagt aan het verzekeren van redelijke prijzen bij de levering van paprika's aan verbruikers en deze doelstelling zelfs in gevaar brengt.
309. Voorts merkt de Raad op dat er ten aanzien van de groente- en fruitsector (waartoe paprika's behoren) geen communautair interventiemechanisme bestaat (zoals bij enkele andere sectoren wel het geval is). Zo is er geen communautaire ophoudprijs door de Europese Commissie vastgesteld, waarbij de producentenorganisaties de paprika's uit de markt zouden kunnen nemen wanneer de prijzen onder een bepaald niveau – de ophoudprijs – dalen, om zo de paprikatelers een minimuminkomen te garanderen.

Zienswijzen van Florpartners, en beoordeling ervan door de Raad

310. Florpartners stelt dat de toepassing van de mededingingsregels de uitoefening van de bevoegdheden door de coöperaties die hun in het kader van de gemeenschappelijke marktordening toekomen, doorkruist.

²⁹⁰ HvJ 15 mei 1975, zaak 71/74, *Frubo/ Commissie*, Jur. 1975, p. 563, r.o. 22-27 en de in noot 16 genoemde uitspraken in zaak C-399/93, punt 25; GvEA, 14 mei 1997, gevoegde zaken T-70/92 en T-71/92, *Florimex en VGB/Commissie*, r.o. 153.

²⁹¹ Zie hiervoor, randnummers 200 e.v.

311. De Raad acht dit betoog van Florpartners onjuist. Het gezamenlijk optreden van de coöperaties en verkopende vennootschappen, zoals dat aan de orde was in het kader van de Afspraak, valt naar het oordeel van de Raad buiten de reikwijdte van de Integrale GMO-Verordening.
312. Florpartners betoogt voorts, onder verwijzing naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) in *Garnalen*²⁹², dat de mogelijke structurele samenwerking tussen de betreffende drie coöperaties door middel van een associatie van producentenorganisaties (APO – zie ook hiervoor, randnummer 50) of anderszins zou kunnen leiden tot een soort Nederlandse paprikaspecialist op telersniveau. Zo'n APO zou het aanbod van de drie coöperaties kunnen bundelen en middels haar schaalvergroting en specialisatie kunnen bijdragen aan de doelstellingen onder a), c), d) en e). Voorts geeft Florpartners aan dat uit het arrest van het Hof van Justitie inzake *Beus*²⁹³ blijkt dat de doelstellingen (a tot en met e) deels tegenstrijdig zijn.
313. De Raad volgt dit betoog van Florpartners eveneens niet. De Raad wijst erop dat de marktordening onder meer de in het kader van de Afspraak afgesproken minimumprijzen (geen 'ophoudprijzen') en klantenverdeling niet als instrumenten kent waarmee de doelstellingen van artikel 33 EG dienen te worden nagestreefd. Bovendien is aan de betreffende voorwaarden – met name dat met alle doelstellingen van artikel 33 EG rekening moet worden gehouden en bij eventuele tegenstrijdigheid een zorgvuldige afweging moet worden gemaakt – bij (de elementen van) de Afspraak niet voldaan.

Uitzondering 3

314. De derde uitzondering van artikel 176, eerste lid, Integrale GMO-Verordening bepaalt dat het kartelverbod niet van toepassing is op de overeenkomsten, besluiten en gedragingen van landbouwondernemers, verenigingen van landbouwondernemers of verenigingen van deze verenigingen binnen een lidstaat, voor zover deze betrekking hebben op de voortbrenging of de verkoop van landbouwproducten of het gebruik van gemeenschappelijke installaties voor het opslaan, behandelen of verwerken van landbouwproducten.
315. Deze bepaling vermeldt voorts dat de derde uitzondering van artikel 176 Integrale GMO-Verordening niet van toepassing is indien de overeenkomsten, besluiten en gedragingen: (i)

²⁹² CBb 17 maart 2011, *Garnalen*, LJN BP8077.

²⁹³ HvJ EG 13 maart 1968, *Beus*, zaak 5-67, onderdeel III.

de verplichting inhouden een bepaalde prijs toe te passen, en/of (ii) de mededinging wordt uitgesloten en/of (iii) de doelstellingen van het verdrag in gevaar worden gebracht.

316. Het Hof van Justitie heeft een ruime duiding gegeven aan 'de verplichting een bepaalde prijs toe te passen' door te oordelen dat moet worden nagegaan of de betreffende overeenkomsten en gedragingen "*geen betrekking hebben op de prijzen, doch op de voortbrenging of de verkoop van landbouwproducten of het gebruik van gemeenschappelijke installaties voor de opslag, behandeling of verwerking van die producten.*"²⁹⁴
317. In voorgaande paragrafen heeft de Raad vastgesteld dat de betrokken ondernemingen onder meer zijn overeengekomen om dag- en weekprijzen van paprika's af te stemmen en hierbij een minimumverkoop prijs te hanteren. Dit is gebleken uit meerdere schriftelijke stukken waarvan de inhoud en strekking onderling consistent zijn en die elkaar bevestigen en versterken, de schriftelijke verklaring van een van de betrokken ondernemingen, meerdere mondelinge verklaringen van personen die direct bij de Afspraak waren betrokken en de daadwerkelijke uitvoering ervan. Het afstemmen van dag- en weekprijzen vormt in casu een 'verplichting om een bepaalde prijs toe te passen' in de zin van artikel 176 GMO-Verordening. Immers, het overeenkomen om dag- en weekprijzen van paprika's af te stemmen hield onder meer in om een "*minimumverkoop prijs*" overeen te komen waarbij een minimumverkoop prijs ook daadwerkelijk een minimumverkoop prijs moest zijn. De betrokken ondernemingen stemden deze minimumverkoop prijs twee keer per dag af en stelden op maandag om 17.00 uur gezamenlijk de weekprijs vast. Bovendien heeft de Bestuurder van Florpartners over het afstemmen van dag- en weekprijzen verklaard dat het daadwerkelijk de bedoeling was om dezelfde prijzen te hanteren.²⁹⁵
318. Nu één van de afspraken waaruit het door de Afspraak gevormde samenstel van afspraken bestaat, de verplichting inhoudt om een bepaalde prijs toe te passen, is de derde uitzondering van artikel 176 Integrale GMO-Verordening naar het oordeel van de Raad niet van toepassing op de Afspraak.
319. De derde uitzondering van artikel 176 GMO-Verordening is ook niet van toepassing, omdat de Afspraak er naar zijn aard toe strekte de mededinging te beperken. Aangenomen wordt dat dergelijke beperkingen de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden.
320. Het is naar het oordeel van de Raad aannemelijk dat de Afspraak de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid in gevaar brengt. Zoals onder meer hiervoor uit

²⁹⁴ HvJ EG 12 december 1995, zaak C-399/99, *Oude Luttikhuis*, r.o. 27.

²⁹⁵ Zie hiervoor, randnummer 138.

randnummer 306 blijkt, is een van deze doelstellingen het verzekeren van redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers. Dit wordt door de Afspraak in gevaar gebracht, aangezien de betrokken ondernemingen met de Afspraak juist beoogden om de prijs van paprika's te verhogen en zij als gevolg van de Afspraak ook zo veel mogelijk in staat werden gesteld om hogere prijzen te bedingen bij de onderhandelingen met hun afnemers.²⁹⁶

321. Daarnaast vereist de derde uitzondering van artikel 176 Integrale GMO-Verordening dat uitsluitend (verenigingen van) landbouwondernemers bij de overeenkomsten, besluiten en gedragingen betrokken zijn. Florpartners kan naar het oordeel van de Raad niet als (vereniging van) landbouwondernemers worden gekwalificeerd, aangezien zij actief was op het gebied van het verlenen van adviesdiensten aan bedrijven in de tuinbouwsector. Het feit dat Florpartners (in de periode 30 mei 2006 tot en met 28 maart 2007) in een faciliterende rol heeft deelgenomen aan de Afspraak vormt naar het oordeel van de Raad een bijkomende reden waarom deze derde uitzondering niet van toepassing is.

Zienswijzen van de betrokken ondernemingen

322. De betrokken ondernemingen, behalve ZON, voeren aan dat aan de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid is voldaan, nu de vermeende Afspraak niet inhield dat er een concrete minimumverkoopprijs zou zijn overeengekomen. De Afspraak leidde er volgens Coöperatie UWG niet toe dat de mededinging werd uitgesloten, omdat een gezonde concurrentie bleef bestaan, hetgeen ook uit het Rapport zou volgen. Volgens Florpartners heeft de samenwerking van de drie coöperaties bijgedragen aan het bereiken van de doelstelling onder e) – *redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren* – nu het streven naar een verbetering van de prijzen niet in strijd is met het streven naar redelijke prijzen. De prijzen waren in 2005 dramatisch laag en een verbetering daarvan was nodig om een renderende paprikateelt voor Nederland te behouden.
323. Tot slot merkt Florpartners op dat niet zij, maar de heer [vertrouwelijk] als voorzitter van het uitvoerend secretariaat van P8, bij de vermeende gedragingen van partijen was betrokken. Er is volgens Florpartners daarom geen beletsel om te concluderen dat het plan om tot een structurele samenwerking tussen de drie coöperaties te komen slechts gedragingen opleverde van (een vereniging van) landbouwondernemers.

Oordeel van de Raad

324. De Raad volgt het betoog van de betreffende partijen niet. Uit de verschillende schriftelijke stukken en mondelinge verklaringen volgt dat bij het afstemmen van dag- en weekprijzen sprake was van een minimumprijs en dat er een verplichting was om een bepaalde prijs te hanteren. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet, kent de Integrale GMO-Verordening de

²⁹⁶ GvEA EG van 13 december 2006, zaak T-217/03, *Frans Rundvlees*, r.o. 205.

afgesproken minimumprijzen niet als instrument waarmee de doelstellingen van artikel 33 EG dienen te worden nagestreefd. Gelet op het voorgaande is niet van belang of de betrokken ondernemingen '*redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers*' beoogden te bewerkstelligen.

325. Ten aanzien van de stelling van Florpartners dat het plan om tot een structurele samenwerking tussen de drie coöperaties te komen slechts als gedragingen van (een vereniging van) landbouwondernemers beschouwd dient te worden, wijst de Raad op het volgende. Zoals de Raad heeft vastgesteld in paragraaf 6.1.3, trad de heer **[vertrouwelijk]** namens Florpartners als voorzitter op bij de bijeenkomsten in het kader van de Afspraak en stelde hij meerdere documenten op voor de overige betrokken ondernemingen die het bewijs vormen voor de Afspraak. Nu is geconstateerd dat Florpartners ten tijde van de overtreding een faciliterende rol had, dient zij bij het toetsen aan de betreffende derde vrijstelling van de marktordening te worden meegenomen en is deze uitzondering dan ook mede vanwege de betrokkenheid van Florpartners bij de Afspraak niet van toepassing.

6.5.1 Conclusie beoordeling artikel 81 EG

326. Gelet op het voorgaande, stelt de Raad vast dat de in de Integrale GMO-Verordening opgenomen uitzonderingen op het kartelverbod van artikel 81, eerste lid, EG niet van toepassing zijn.

6.6 Conclusie juridische beoordeling

327. De Raad concludeert dat de betrokken ondernemingen middels de Afspraak een overeenkomst hebben gesloten en/of hun gedrag onderling hebben afgestemd. Het door de Afspraak gevormde samenstel van afspraken voldoet aan de vereisten voor een kwalificatie als één enkele complexe en voortdurende inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG.
328. ZON, Rainbow en UWG hebben van 30 mei 2006 tot en met 13 februari 2009 deelgenomen aan de Afspraak. Florpartners heeft van 30 mei 2006 tot en met 28 maart 2007 in een faciliterende rol deelgenomen aan de Afspraak.
329. De Raad concludeert dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de in artikel 6, derde lid, Mw opgenomen uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw. Tot slot concludeert de Raad dat de in de Integrale GMO-Verordening opgenomen uitzonderingen op het kartelverbod van artikel 81, eerste lid, EG niet van toepassing zijn.

7 Toerekening

330. Ingevolge artikel 62, tweede lid, onder d, Mw (oud) juncto artikel 59, tweede lid, sub c en sub d, Mw (oud)²⁹⁷ dient de Raad vast te stellen welke ondernemingen de overtreding hebben begaan, respectievelijk aan welke natuurlijke personen of rechtspersonen de overtreding kan worden toegerekend. In dit hoofdstuk stelt de Raad vast welke ondernemingen de overtreding hebben begaan.

ZON

331. Zoals uit de voorgaande hoofdstukken van dit besluit is gebleken, bestaat er een nauwe verwevenheid tussen de telers (de coöperatie) en het verkoopproces (de verkopende vennootschappen). Coöperatie Pamosa is via haar leden – de telers – verbonden met Veiling ZON. De telers die lid zijn van Coöperatie Pamosa zijn tevens lid van Veiling ZON. De paprika's die van de telers (die lid zijn van Coöperatie Pamosa en Veiling ZON) afkomstig zijn, worden uitsluitend verkocht via de 100% kleindochteronderneming van Veiling ZON en de 100% dochteronderneming van ZON Holding: Zon Verkoopdiensten.²⁹⁸ Gelet op het 100% aandeelhouderschap neemt de Raad aan dat Veiling ZON en ZON Holding een beslissende invloed hebben kunnen uitoefenen op het gedrag van Zon Verkoopdiensten.
332. Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van de Raad sprake van één onderneming, te weten ZON – bestaande uit Coöperatie Pamosa, Veiling ZON, ZON Holding en Zon Verkoopdiensten. ZON was via verschillende rechtspersonen – te weten Coöperatie Pamosa en Zon Verkoopdiensten – rechtstreeks betrokken bij de overtreding. De deelname aan de Afspraak van Coöperatie Pamosa en Zon Verkoopdiensten is aldus begaan door de onderneming ZON en wordt aan alle genoemde rechtspersonen die tot ZON behoren, toegerekend.

UWG

333. Hoewel de Raad constateert dat tussen Coöperatie UWG enerzijds en Telerscoöperatie FresQ anderzijds geen sprake is van een formele zeggenschapsrelatie, volgt uit de feiten van deze zaak dat er een nauwe band is tussen deze rechtspersonen. Uit de voorgaande hoofdstukken is gebleken dat Coöperatie UWG via haar leden – de telers – verbonden is met Telerscoöperatie FresQ; de telers die lid zijn van Coöperatie UWG zijn tevens lid van Telerscoöperatie FresQ. De paprika's die van deze telers afkomstig zijn, worden uitsluitend via FresQ UWG, 100% dochteronderneming van Telerscoöperatie FresQ, verkocht. De

²⁹⁷ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht zijn artikelen 59 en 62 Mw in de onderhavige procedure van toepassing in de bewoordingen zoals zij golden ten tijde van de hier aan de orde zijnde overtreding.

²⁹⁸ Statuten Coöperatieve Veiling Zuidoost-Nederland, dossierstuk 7036_2/41.

statuten van Coöperatie UWG van 5 januari 2006 geven in artikel 14 expliciet aan dat de leden van Coöperatie UWG hun producten via FresQ en/of FresQ UWG afzetten: " *De leden zijn verplicht hun volledige betrokken productie via de coöperatie te verkopen, met dien verstande dat aan deze verplichting eveneens is voldaan indien de afzet geschiedt via FresQ en/of door deze gehouden deelneming FresQ UWG B.V., danwel een andere door de coöperatie (UWG) aan te wijzen vennootschap/rechtspersoon.*"²⁹⁹

334. Voorts blijkt uit het Handelsregister dat meerdere van de in voorgaande hoofdstukken genoemde natuurlijke personen in de betrokken periode functies hebben bekleed bij verschillende UWG-entiteiten.³⁰⁰ In de bewijsstukken worden meerdere personen genoemd die namens UWG bij de Afspraak waren betrokken: de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk], de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk].³⁰¹ Uit het aanvullend onderzoek³⁰² is gebleken dat de genoemde personen allen betrokken waren bij de afzet en/of verkoop van de paprika's van de leden van Coöperatie UWG. Opgemerkt wordt dat de heer [vertrouwelijk] als voorzitter van het bestuur van Coöperatie UWG en directeur van FresQ UWG een belangrijke rol had bij de afzet en/of verkoop van de UWG-paprika's. Zijn functies bij Coöperatie UWG en FresQ UWG duiden bovendien op een sterke verwevenheid tussen deze entiteiten. Deze verwevenheid blijkt ook uit het document " *Rainbow en FresQ telers en medewerkers*"³⁰³, waarin de heren [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] als medewerkers van " *UWG*" worden vermeld onder het kopje " *FresQ-leden*". Tevens blijkt deze verwevenheid duidelijk uit de financiën van de verschillende UWG-entiteiten. Het document " *werkelijk 2008 – begroting 2009*"³⁰⁴ betreffende " *Concept verrekeningen deelnemingen UWG*", geeft aan dat er onderlinge verrekening plaatsvindt tussen meerdere 'UWG-entiteiten' waaronder " *UWG*", " *Coop UWG*" en " *FresQ UWG*". Dit wordt nog eens bevestigd in een passage uit het document " *Notulen productavond Fresteem paprika*"³⁰⁵, waarin wordt vermeld dat op de begroting van FresQ UWG bedragen worden gereserveerd om " *UWL en UWG op nul uit te laten komen*." De functies van de genoemde personen alsook de financiën bij Coöperatie UWG en FresQ UWG duiden aldus naar het oordeel van de Raad op een sterke verwevenheid tussen deze rechtspersonen.
335. Gelet op het 100% aandeelhouderschap neemt de Raad voorts aan dat Telerscoöperatie FresQ beslissende invloed heeft kunnen uitoefenen op het gedrag van FresQ UWG. Gelet op het 100% aandeelhouderschap en het voorgaande, gaat de Raad ervan uit dat

²⁹⁹ Dossierstuk 7036_1/255.

³⁰⁰ Dossierstuk 7036_1/266, 7036_1/267 en 7036_1/269.

³⁰¹ Dossierstukken 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 4), [vertrouwelijk], 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 10), 7036_1/18 (Map 7, nummer 11), 7036_1/18 (D, Map 7, nummer 12) en 7036_2/45 (bijlage 75).

³⁰² Zie hiervoor, randnummer 11.

³⁰³ Dossierstuk 7036_1/274.

³⁰⁴ Dossierstuk 7036_1/275.

³⁰⁵ Dossierstuk 7036_1/275.

Telerscoöperatie FresQ bij het uitoefenen van beslissende invloed uitsluitend heeft gehandeld in het belang van de telers die eveneens zijn aangesloten bij Coöperatie UWG.

336. Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van de Raad sprake van één onderneming, namelijk UWG – bestaande uit (ten tijde van de overtreding) Coöperatie UWG, Telerscoöperatie FresQ en FresQ UWG. UWG was via verschillende rechtspersonen – te weten Coöperatie UWG en FresQ UWG – rechtstreeks betrokken bij de overtreding. De deelname aan de Afspraak van Coöperatie UWG en FresQ UWG is begaan door onderneming UWG en wordt aan alle genoemde rechtspersonen die tot UWG behoren, toegerekend.
337. Voorts stelt de Raad vast dat Coöperatieve Telersvereniging FrEsteem U.A. rechtsopvolger is van Coöperatie UWG.³⁰⁶

Rainbow

338. Hoewel de Raad constateert dat tussen Coöperatieve RPT enerzijds en Telerscoöperatie FresQ anderzijds geen sprake is van een formele zeggenschapsrelatie, volgt uit de feiten van deze zaak dat er een nauwe band is tussen deze rechtspersonen. Zoals (ook) uit de voorgaande hoofdstukken volgt, is Coöperatieve RPT via haar leden – de telers – verbonden met Telerscoöperatie FresQ; de telers die lid zijn van Coöperatieve RPT zijn tevens lid van Telerscoöperatie FresQ. De paprika's die van die telers afkomstig zijn, worden uitsluitend via FresQ RGG, 100% dochteronderneming van Telerscoöperatie FresQ, verkocht.³⁰⁷ De dubbele functies van de heer [vertrouwelijk] bij Coöperatieve RPT en FresQ RGG wijzen naar het oordeel van de Raad eveneens op een sterke verwevenheid tussen deze rechtspersonen.³⁰⁸ De in de bewijsstukken genoemde natuurlijke personen aan de zijde van Rainbow³⁰⁹ waren bovendien allen betrokken bij de verkoop van de paprika's van de leden van Coöperatieve RPT. Voorts wijst de Raad erop dat, zoals uit de feiten is gebleken, 'Rainbow' als partij bij de Afspraak wordt genoemd. 'Rainbow' wordt in de schriftelijke bewijsstukken als één partij aangeduid, zonder dat hierbij elke keer expliciet wordt genoemd welke rechtspersoon wordt bedoeld.
339. Gelet op het 100% aandeelhouderschap neemt de Raad voorts aan dat Telerscoöperatie FresQ beslissende invloed heeft kunnen uitoefenen op het gedrag FresQ RGG. Gelet op het 100% aandeelhouderschap en het voorgaande, gaat de Raad ervan uit dat Telerscoöperatie FresQ bij het uitoefenen van beslissende invloed uitsluitend heeft gehandeld in het belang van de telers die eveneens zijn aangesloten bij Coöperatieve RPT.

³⁰⁶ Op 24 juni 2010 zijn Coöperatie United West Growers U.A. en Coöperatieve Telersvereniging Action Pearl verkregen door Coöperatieve Telersvereniging FrEsteem U.A.

³⁰⁷ Zie onder andere dossierstuk 7036_3/14 en 7036_3/40, p. 2.

³⁰⁸ Zie hiervoor, onder andere randnummer 179.

³⁰⁹ Onder andere de heer [vertrouwelijk] en de heer [vertrouwelijk].

340. Gelet op het voorgaande is naar het oordeel van de Raad sprake van één onderneming, namelijk Rainbow – bestaande uit Coöperatieve Rainbow Paprika Telers U.A., Telerscoöperatie FresQ en FresQ RGG. Rainbow was via verschillende rechtspersonen – te weten Coöperatieve RPT en FresQ RGG – rechtstreeks betrokken bij de overtreding. De deelname aan de Afspraak van Coöperatieve RPT en FresQ RGG is begaan door onderneming Rainbow en wordt aan alle betreffende rechtspersonen die tot Rainbow behoren, toegerekend.

Zienswijze van Telerscoöperatie FresQ

341. Telerscoöperatie FresQ voert aan dat er geen sprake is van het ‘klassieke beeld’ waarbij het beleid wordt bepaald door de moeder vennootschap, omdat bij een coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid de zelfstandigheid van haar leden voorop zou staan. Telerscoöperatie FresQ geeft voorts aan dat zij ten tijde van de overtreding niet de regie met betrekking tot de afzet in handen had³¹⁰ en daarmee geen beslissende invloed had over FresQ UWG en FresQ RGG.

Oordeel van de Raad

342. De Raad volgt het betoog van Telerscoöperatie FresQ niet. De Raad herinnert eraan, dat volgens vaste rechtspraak het gedrag van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend, met name wanneer de dochteronderneming, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.³¹¹ In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming bestaat een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter.³¹² In die omstandigheden volstaat het dat wordt bewezen dat het gehele kapitaal van een dochteronderneming in handen is van haar moedermaatschappij om aan te nemen dat deze laatste beslissende invloed heeft op het commerciële beleid van de dochter. Het is voorts aan de moedermaatschappij om dit vermoeden met afdoende bewijzen te weerleggen.³¹³ Dit bewijzvermoeden brengt mee dat de Raad niet hoeft te bewijzen dat de moedermaatschappij invloed heeft uitgeoefend op het beleid van haar dochter op het terrein waarop de inbreuk is gepleegd.³¹⁴

³¹⁰ [Vertrouwelijk].

³¹¹ HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel NV e.a./Commissie*, r.o. 58.

³¹² *Ibidem*, r.o. 60.

³¹³ *Ibidem*, r.o. 61.

³¹⁴ CbB 18 november 2010, AWB 08/616, LJN BO5197, *Dijkers Middelharnis*, r.o. 3.2; CbB 18 november 2010, AWB 08/972, LJN BO4962, *Ooms c.s.*, r.o. 3.3; CbB 18 november 2010, AWB 08/1029 LJ NBO5193, *Phoenix*, onderdeel 3.4; CbB 7 juli 2010, AWB 08/926, LJN BN0540, *Bruil Ede*, r.o. 3.10.4.

343. Tegen de achtergrond van het voorgaande is de Raad van oordeel dat dient te worden aangenomen dat Telerscoöperatie FresQ met haar 100% aandeelhouderschap beslissende invloed kan uitoefenen op het gedrag van haar dochterondernemingen FresQ UWG en FresQ RGG, bijvoorbeeld door de bestuurders van FresQ UWG en FresQ RGG te benoemen dan wel te ontslaan en hun strategische en financiële beleid vast te stellen. Telerscoöperatie FresQ heeft niet aangetoond dat zij – ondanks 100% aandeelhouderschap – geen beslissende invloed op het commerciële dan wel strategische beleid van beide dochtervennootschappen kon uitoefenen; zij heeft slechts verwezen naar **[vertrouwelijk]**. De Raad is bovendien van oordeel dat het argument van Telerscoöperatie FresQ dat zij geen regie over de afzet van haar dochterondernemingen had, niet valide is, nu zij overeenkomstig haar wettelijke verplichtingen **[vertrouwelijk]**, deze regie strak in handen diende te houden en zich dus niet aan die verplichtingen kon onttrekken. Met andere woorden, Telerscoöperatie FresQ kan zich niet aan haar verantwoordelijkheid van de naleving van de mededingingsregels onttrekken met een beroep op het feit dat zij in gebreke is gebleven de vereisten van **[vertrouwelijk]** na te leven. De Raad volgt de zienswijze van Telerscoöperatie FresQ dan ook niet.

Florpartners

344. De overtreding van Florpartners B.V. wordt aan haar toegerekend.

8 Sanctie

8.1 Beoordelingskader

345. Ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw (oud)³¹⁵, alsmede ingevolge artikelen 88 en 89 Mw heeft de Raad bij de vaststelling van een overtreding van artikel 6 Mw, respectievelijk een overtreding van artikel 81, eerste lid, EG, de bevoegdheid een boete op te leggen. Volgens artikel 57, tweede lid, Mw (oud)³¹⁶ houdt de Raad bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding.

346. Met betrekking tot de hoogte van een boete heeft de Raad op grond van artikel 4:81 Awb beleidsregels vastgesteld, die sinds 1 juli 2007 zijn opgenomen in de 'Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit' (hierna: de Boetecode).³¹⁷ De Boetecode is op de onderhavige overtreding van toepassing.

³¹⁵ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 56 Mw in de onderhavige procedure van toepassing in de bewoordingen zoals die golden ten tijde van de overtreding.

³¹⁶ Gelet op het bepaalde in artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is artikel 57 Mw in de onderhavige procedure van toepassing in de bewoordingen zoals die golden ten tijde van de overtreding.

³¹⁷ NMa Boetecode 2007, naderhand 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).

347. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding, in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. Met de duur van de overtreding wordt in de Boetecode rekening gehouden door de boete af te stemmen op de betrokken omzet die gedurende de overtreding is gemaakt. Randnummer 12 van de Boetecode geeft, voor zover hier van belang, aan dat bij overtredingen van artikel 6 Mw de boetegrondslag wordt afgeleid uit de betrokken omzet. Hoe hoger de betrokken omzet, des te groter de weerslag op de economie die de overtreding in het algemeen kan hebben, waaronder het met de overtreding mogelijk te behalen voordeel voor de overtreder(s). De boetegrondslag wordt derhalve hoger naarmate de duur en de omvang van de bij de overtreding betrokken economische activiteiten toenemen en daarmee de bedoelde (potentiële) weerslag op de economie van de overtreding. Voorts komt, indien de overtreding door meerdere overtreders is begaan, het aandeel van de afzonderlijke overtreders in deze (potentiële) weerslag op de economie tot uitdrukking. Dit alles draagt bij aan een evenredige boete met afschrikwekkende werking.
348. Overeenkomstig randnummer 53 Boetecode stelt de Raad de boete vast volgens de Boetecode en met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur. De Raad kan van de Boetecode afwijken indien onverkorte toepassing ervan tot evidente onbillijkheden leidt. Voorts is van belang dat de Raad ingevolge artikel 4:84 Awb overeenkomstig de Boetecode dient te handelen, tenzij dat voor één of meer belanghebbenden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen.

8.2 Boetegrondslag

349. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetegrondslag. Overeenkomstig randnummers 21 en 22 Boetecode baseert de Raad de boetegrondslag op de betrokken omzet van de overtreder. De betrokken omzet wordt in randnummer 1, aanhef onder d, Boetecode gedefinieerd als de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen.
350. Aangezien het *Holland seizoen* de maanden april tot en met oktober van elk jaar betreft, stelt de Raad de betrokken omzet van de ondernemingen ZON, Rainbow en UWG vast op de omzet van deze ondernemingen met betrekking tot paprika's in Nederland in de volgende perioden:
- juni 2006 tot en met oktober 2006
 - april 2007 tot en met oktober 2007
 - april 2008 tot en met oktober 2008

351. ZON, Rainbow en UWG hebben opgave gedaan van deze omzet. De hoogte van de betrokken omzet van ZON³¹⁸, Rainbow³¹⁹ en UWG³²⁰ bedraagt:

ZON	EUR 182.524.645
UWG	EUR 99.490.700
Rainbow	EUR 73.916.354

352. Overeenkomstig randnummer 22 Boetecode gaat de Raad uit van een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet. De boetegrondslag van de ondernemingen ZON, Rainbow en UWG bedraagt mitsdien als volgt:

ZON	EUR 18.252.464
UWG	EUR 9.949.070
Rainbow	EUR 7.391.635

Zienswijzen van de betrokken ondernemingen

353. FresQ UWG betoogt dat de NMa een te ruime invulling geeft aan het begrip betrokken omzet, omdat de vermeende gedragingen alleen betrekking hebben op de dag- en weekprijzen en op vier kleuren klasse 1 paprika's, met beperkte sorteringen. Andere paprikasoorten zijn in het Rapport niet genoemd. Naar het oordeel van FresQ UWG bestaat de betrokken omzet dan ook ten hoogste uit de omzet die is gerealiseerd met de verkoop tegen dag- of weekprijzen van vier kleuren paprika's klasse 1.

Oordeel van de Raad

354. De Raad volgt het betoog van FresQ UWG niet: uit hoofdstuk 5 van dit besluit blijkt dat de Afspraak tussen de betrokken ondernemingen betrekking had op de dag- en weekprijzen van alle soorten paprika's. De Raad ziet dan ook geen aanleiding om de omzet die gemoeid is met de verkoop van bepaalde kleuren, sorteringen en klasse paprika's van de betrokken omzet van de betrokken ondernemingen uit te zonderen.

8.3 De ernst van de overtreding

355. De Raad onderscheidt overeenkomstig randnummer 27-30 Boetecode 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de Raad rekening met de concrete economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dat verband komt onder andere betekenis toe aan de aard van de

³¹⁸ Dossierstuk 7036_2/76.

³¹⁹ Dossierstuk 7036_1/291.

³²⁰ Dossierstuk 7036_1/214.

betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken overtreder(s) alsmede het gezamenlijk marktaandeel, de structuur van de markt en de geldende regelgeving. De Raad kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten (zie randnummer 31 Boetecode).

356. De Raad neemt enerzijds de volgende factoren in aanmerking die de ernst van de overtreding onderstrepen. De betrokken ondernemingen zijn belangrijke concurrenten van elkaar en nemen gezamenlijk een sterke marktpositie in op het gebied van de verkoop van paprika's in Nederland in het *Holland seizoen*. De (potentiële) schade die als gevolg van de Afspraak kon worden toegebracht aan de afnemers is, mede gelet op duur van de periode waarin de gedragingen invloed hebben gehad op de marktstructuur, navenant hoog. De betrokken ondernemingen hebben met de Afspraak de prijzen van paprika's kunnen beschermen tegen onderlinge prijsconcurrentie en daarmee de concurrentieverhoudingen beïnvloed. Ten aanzien van de afnemers waarmee de betrokken ondernemingen in onderhandelingen traden, kon voorts met de Afspraak de uitkomst van de onderhandelingen in het voordeel van de betrokken ondernemingen worden beïnvloed.
357. De Raad neemt anderzijds in aanmerking dat de Afspraak, gelet op de hoogte van het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen, niet 'marktdekkend' was. De Raad overweegt hiernaast dat niet is gebleken dat de betrokken ondernemingen een onderdeel van de Afspraak, te weten: de overeengekomen verdeling van klanten, in de praktijk hebben uitgevoerd.
358. Naar het oordeel van de Raad is, gelet op de zwaarte van de overtreding en de economische context waarbinnen deze heeft plaatsgevonden, sprake van een zeer zware overtreding van de Mededingingswet. Gelet op al het voorgaande, acht de Raad een ernstfactor van 2 passend.

Zienswijzen van de betrokken ondernemingen

359. Florpartners betoogt dat de Europese regelgeving onduidelijk is. De Operationele Programma's waarin de gedragingen van partijen zouden zijn opgenomen, zijn bovendien officieel door het Productschap Tuinbouw jaarlijks goedgekeurd, aldus Florpartners. Daaruit blijkt volgens Florpartners dat sprake is van P8-activiteiten die voorzien zijn in de Operationele Programma's en derhalve mededingingsrechtelijk toelaatbaar zijn. Voorgaande vormt volgens Florpartners een reden om af te zien van een boete. De gedragingen van de betrokken ondernemingen zouden een soort voorfase zijn geweest van het latere APO-traject en hebben zich in alle openheid afgespeeld.

360. Volgens Florpartners kan voorts geen sprake zijn van een zware of zeer zware overtreding, maar hooguit van een lichte. Partijen hebben zich hooguit niet gerealiseerd dat zij, alvorens de 'fusiegesprekken' aan te gaan, eerst met de NMa dienden te overleggen.
361. Er kan volgens FresQ RGG geen sprake zijn van een zware overtreding, nu gedragingen de mededinging niet dan wel niet merkbaar hebben verstoord. Zo zou er volgens FresQ RGG ook onder het zogenoemde minimum verkocht zijn. FresQ RGG voert aan dat de hogere prijzen slechts van korte duur waren en dat het effect van de overtreding gering was. Zoals onder meer blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet³²¹ dient volgens FresQ RGG ook de omvang van het behaalde voordeel, die in de onderhavige zaak nihil dan wel zeer gering is, te worden meegenomen in de afweging met betrekking tot de hoogte van een eventuele boete.

Oordeel van de Raad

362. Gelet op de gemeenschappelijke marktordening die op de onderhavige sector van toepassing is, blijkt naar het oordeel van de Raad uit paragraaf 4.1 van dit besluit geenszins dat de Integrale GMO-Verordening uitnodigt tot concurrentiebeperkingen als de onderhavige en in dit opzicht ook niet als onduidelijk kan worden gekwalificeerd. De betrokken ondernemingen hadden kunnen en moeten begrijpen dat zij zich met betrekking tot de Afspraak niet konden beroepen op de Integrale GMO-Verordening. Er is naar het oordeel van de Raad dan ook geen aanleiding dit aspect bij de boetetoemeting in aanmerking te nemen.
363. Bovendien wijst de Raad erop dat het niet noodzakelijk is dat een onderneming zich ervan bewust was dat zij inbreuk maakte op de mededingingsregels, om de inbreuk op deze regels als een verwijtbare inbreuk te kunnen beschouwen. Naar het oordeel van de Raad volstaat het dat zij niet onkundig kon zijn van de omstandigheid dat het gewraakte gedrag in strijd is met de mededingingsregels.
364. Ten aanzien van het betoog van FresQ RGG wijst de Raad er allereerst op dat FresQ RGG niet heeft aangetoond dat paprika's stelselmatig onder de afgesproken minimumprijzen zijn verkocht. Zelfs als dit het geval geweest was, betekent dit naar het oordeel van de Raad niet dat de Afspraak geen effect op de mededinging heeft gehad. Partijen hadden immers middels de Afspraak jegens elkaar de onzekerheid weggenomen ten aanzien van de prijzen waartegen paprika's door hen aan klanten werden aangeboden. Aldus is niet gebleken dat het effect van de overtreding minder of nihil was.
365. Uit al het voorgaande volgt dat naar het oordeel van de Raad geen aanleiding bestaat om de ernstfactor lager vast te stellen.

³²¹ Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88.

366. Een ernstfactor van 2 toegepast op de voormelde boetegrondslagen resulteert in de volgende basisboetes voor de ondernemingen ZON, UWG en Rainbow:

ZON	EUR 36.504.928
UWG	EUR 19.898.140
Rainbow	EUR 14.783.270

8.4 Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

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

368. De Raad acht geen boeteverhogende omstandigheden in de zin van randnummer 48 Boetecode aanwezig. De Raad acht ook geen boeteverlagende omstandigheden in de zin van randnummer 49 Boetecode aanwezig.

Zienswijzen van de betrokken ondernemingen

369. FresQ UWG betoogt dat haar geen verwijt kan worden gemaakt en dus geen boete aan haar kan worden opgelegd, nu de heer [vertrouwelijk] niet in dienst van FresQ UWG was ten tijde van de overtreding en hij geen verantwoording aflegde aan het bestuur van FresQ UWG. De eventuele betrokkenheid van de heer [vertrouwelijk] bij de Afspraak paste niet in de normale bedrijfsvoering van FresQ UWG en was niet in het belang van FresQ UWG.

370. FresQ RGG wijst erop dat de betrokken ondernemingen de vermeende overtreding uit eigen beweging hebben beëindigd voor de aanvang van het onderzoek van de NMa. Volgens de Boetecode 2007 (randnummer 49b) is dit reden voor verlaging van de boete.

371. FresQ RGG geeft aan dat zij verdergaande medewerking dan wettelijk verplicht heeft verleend omdat zij de NMa ambtenaren tijdens het bedrijfsbezoek toestemming heeft gegeven voor het volledig inzage nemen in haar administratie.

372. Ook voert FresQ RGG aan dat zij geen eerdere mededingingsrechtelijke overtredingen heeft begaan. Zij stelt zich op het standpunt dat hiermee (overeenkomstig eerdere jurisprudentie) rekening gehouden dient te worden.

373. Telerscoöperatie FresQ voert aan dat de NMa geenszins verplicht is om haar – als enig aandeelhouder – te beboeten.

Oordeel van de Raad

374. De Raad volgt het betoog van FresQ UWG niet. Zoals reeds hiervoor, in randnummer 171 en verder is vastgesteld, is niet van belang of de heer [vertrouwelijk] bij FresQ UWG in dienst was. Uit de bewijsstukken is gebleken dat er een nauwe verwevenheid bestaat tussen FresQ UWG en de andere UWG-entiteiten. De heer [vertrouwelijk], alsook andere natuurlijke personen, waren namens de onderneming UWG, die bestond uit onder meer FresQ UWG, betrokken bij de Afspraak.
375. De Raad volgt ook het betoog van FresQ RGG niet. De Raad wijst erop dat slechts sprake is van een boeteverlagende omstandigheid als aan twee voorwaarden is voldaan: (i) de onderneming moet in objectieve zin verdergaand hebben meegewerkt dan waartoe een wettelijke verplichting bestond; en (ii) deze verdergaande medewerking heeft het voor de Raad gemakkelijker gemaakt de inbreuk vast te stellen.³²² Aan deze voorwaarden is door FresQ RGG in de onderhavige zaak niet voldaan. Het feit dat FresQ RGG volledige inzage in haar administratie heeft gegeven, vormt naar het oordeel van de Raad ook geen reden tot boetematiging, nu FresQ RGG hiermee alleen heeft voldaan aan de op haar rustende wettelijke medewerkingsplicht op grond van artikel 5:20 Awb. Ook het feit dat FresQ RGG geen eerdere mededingingsrechtelijke overtredingen heeft begaan en dat zij de vermeende overtreding uit eigen beweging heeft beëindigd voor de aanvang van het onderzoek van de NMa, vormt naar het oordeel van de Raad geen reden tot boetematiging; FresQ RGG doet hiermee namelijk niet meer dan zich houden aan de wet. Bij de hoogte van de boetegrondslag is bovendien reeds rekening gehouden met de duur van de overtreding.
376. Ten aanzien van Telerscoöperatie FresQ wijst de Raad erop dat de deelname aan de overtreding door UWG en Rainbow mede kan worden toegerekend aan Telerscoöperatie FresQ, in haar hoedanigheid van 100% moedervenootschap van FresQ UWG en FresQ RGG.³²³ Niet valt in te zien dat de Raad in de onderhavige zaak van deze bevoegdheid geen gebruik kan maken.
377. Uit het voorgaande volgt dat de Raad de zienswijzen van partijen niet volgt. De Raad acht aldus geen boeteverlagende omstandigheden in de zin van randnummer 49 Boetecode aanwezig. Dit leidt tot de volgende boetebedragen:

ZON	EUR 36.504.928
UWG	EUR 19.898.140
Rainbow	EUR 14.783.270

³²² Rb. Rotterdam 6 mei 2010, AWB 09/2897 en AWB 09/2898, *Kazerne I en II*, r.o. 2.4.

³²³ HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo Nobel NV e.a./Commissie*, r.o. 58 e.v.; zie ook hiervoor, randnummer 342.

8.5 Clementie ZON

378. Zon Verkoopdiensten B.V., ZON Holding B.V. en Coöperatieve Veiling ZuidOost-Nederland U.A. hebben, mede namens de andere vennootschappen in de ZON-groep, een geldig clementieverzoek ingediend in de zin van de Richtsnoeren Clementie.³²⁴
379. Het clementieverzoek is op 26 februari 2009 ontvangen door de NMa. De marker is op 18 maart 2009 verleend. ZON heeft het verzoek daarna aangevuld, waarna op 27 juli 2009 een clementietoezegging ten aanzien van Zon Verkoopdiensten B.V., ZON Holding B.V. en Coöperatieve Veiling Zuidoost-Nederland U.A. is verleend, en op 14 december 2010 een clementietoezegging ten aanzien van Coöperatie Pamosa U.A. is verleend.
380. De Raad neemt in aanmerking dat het onderzoek in deze zaak is aangevangen op 12 juni 2009.³²⁵ Uit het voorgaande volgt dat ZON als eerste, en voordat de NMa met het onderzoek was begonnen, vrijwillig informatie heeft verstrekt. Het Clementiebureau heeft ZON overeenkomstig de Richtsnoeren Clementie voorwaardelijk een boetevermindering van 100% (boete-immuniteit) toegezegd. De Raad stelt vast dat ZON aan deze voorwaarden heeft voldaan. Om deze reden kent de Raad overeenkomstig de clementietoezegging boete-immuniteit toe aan de onderneming ZON.

8.6 Toepassing randnummer 53 van de Boetecode t.a.v. de hoogte van de boetes van UWG en Rainbow

381. Gelet op de hoogte van de in randnummer 377 vermelde boetes voor de ondernemingen UWG en Rainbow, leidt onverkorte toepassing van de Boetecode naar het oordeel van de Raad tot onevenredig hoge boetes voor deze ondernemingen. De Raad neemt hierbij primair in aanmerking dat UWG en Rainbow (in de kern) coöperaties zijn die namens, alsmede ten behoeve van, de bij hen aangesloten telers paprika's 'gebundeld' hebben verkocht. Aldus ziet de Raad zich gesteld voor de bijzondere situatie dat enerzijds de opbrengsten van de door de Afspraak beïnvloede transacties ten goede zijn gekomen aan de leden, terwijl anderzijds niet is gebleken dat de leden in coöperatief verband een mandaat hebben verstrekt tot het maken van de Afspraak. Van bijzonder belang is daarbij dat Telerscoöperatie FresQ, die tot zowel de onderneming UWG als de onderneming Rainbow behoort, een erkende producentenorganisatie in de zin van de Integrale GMO-Verordening is. In het kader van deze Verordening worden aan een producentenorganisatie uitvoerende taken toebedeeld waarmee de doelstellingen van artikel 34 VWEU worden gediend en waarvoor ook een aanzienlijk deel van haar inkomsten bestemd is. De Raad is van oordeel dat oplegging van een boete voor de

³²⁴ Richtsnoeren Clementie met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken ingevolge de artikelen 5L, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 van Mw in kartelzaken, laatstelijk gewijzigd bij besluit van de Raad van Bestuur van de NMa van 9 oktober 2007 en gepubliceerd in Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196.

³²⁵ Zie hiervoor, randnummer 1.

onderhavige overtreding het functioneren van Telerscoöperatie FresQ als erkende producentenorganisatie niet in gevaar mag brengen.

382. Tegelijkertijd neemt de Raad in aanmerking dat de telers in staat zijn om de financiële positie van de producentenorganisaties direct te beïnvloeden middels (structurele of incidentele) financiële bijdragen. Dit geschiedt in de praktijk ook en kan ertoe leiden dat de ene producentenorganisatie over ruime financiële middelen beschikt, terwijl de andere producentenorganisatie beperkte financiële middelen heeft om een boete te dragen.
383. Hoewel UWG en Rainbow niet hebben aangevoerd dat bovenstaande boetes een faillissement van UWG respectievelijk Rainbow waarschijnlijk maken, heeft de Raad – al het voorgaande in aanmerking nemend, alsmede het feit dat de glasgroentesector in Nederland in het jaar 2011 onderhevig is geweest aan de EHEC crisis - bij UWG en Rainbow (voorlopige) financiële gegevens over 2011 opgevraagd. Partijen hebben deze gegevens gedeeltelijk verstrekt.
384. Naar het oordeel van de Raad staat op basis van deze (voorlopige) gegevens, en mede gelet op het feit dat de telers in staat zijn om de financiële positie van de producentenorganisaties direct te beïnvloeden, niet vast of bovenstaande boetes een faillissement van UWG en/of Rainbow waarschijnlijk maken. Wel bevatten deze gegevens naar het oordeel van de Raad aanwijzingen dat voorgaande boetes in een onevenredige verhouding staan tot de financiële positie van UWG en Rainbow, mede in het licht van het functioneren van partijen als producentenorganisaties.
385. Gelet op het voorgaande, ziet de Raad aanleiding om - gebruikmakend van zijn bevoegdheid onder randnummer 53 van de Boetecode - de hoogte van de boetes van de ondernemingen UWG en Rainbow aan te passen.
386. De ernst alsmede de duur van de overtreding in deze zaak in aanmerking nemend, acht de Raad het – mede uit oogpunt van generale en speciale preventieve werking - aangewezen om aan de ondernemingen UWG en Rainbow een boete op te leggen van (ieder) EUR 7.000.000. De Raad neemt hierbij mede in aanmerking dat Telerscoöperatie FresQ als erkende producentenorganisatie in de zin van de Integrale GMO-Verordening voor zowel UWG als Rainbow fungeert. De Raad acht de hoogte van deze boetes passend, mede in het licht van al het voorgaande, en in het bijzonder uit oogpunt van een voortdurende onbelemmerde uitvoering door Telerscoöperatie FresQ van de aan haar - in haar hoedanigheid van erkende producentenorganisatie - toebedeelde taken.

8.7 Boete Florpartners

387. Florpartners heeft geen omzet behaald met de afzet/verkoop van paprika's. De hoogte van de betrokken omzet van Florpartners zou dan ook overeenkomstig het bepaalde in randnummer 1d van de Boetecode nihil bedragen.
388. De Raad neemt in aanmerking dat de omzet die Florpartners in haar faciliterende rol heeft behaald met haar eigen bijdrage aan de overtreding EUR [vertrouwelijk] bedraagt.³²⁶ Gelet op het voorgaande en mede uit oogpunt van speciale preventieve werking, acht de Raad het – gebruikmakend van zijn bevoegdheid onder randnummer 53 van de Boetecode – passend om de boete van Florpartners vast te stellen op EUR 5.000.

8.8 Wettelijk maximum

389. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw (oud) bedraagt de boete voor een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Dit maximum wordt met betrekking tot geen van de ondernemingen overschreden.³²⁷

8.9 Conclusie

390. De boetes voor de betrokken ondernemingen worden vastgesteld op:

Onderneming	Boete (EUR)
ZON	0
UWG	7.000.000
Rainbow	7.000.000
Florpartners	5.000

³²⁶ Dossierstuk 7036_1/72; zie ook hiervoor, randnummers 153 en 197.

³²⁷ Dossierstukken 7036_1/210, 7036_1/211, 7036_1/212, 7036_1/214, 7036_1/217, 7036_1/218, 7036_1/222, 7036_1/223 en 7036_1/291.

9 BESLUIT

- I. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:
 - i) Ziet af van het opleggen van een boete aan Coöperatie Pamosa U.A., ZON Holding B.V. en Coöperatieve Veiling Zuidoost-Nederland U.A., allen gevestigd te Venlo, en Zon Verkoopdiensten B.V., gevestigd te Grubbenvorst.
 - ii) Legt aan Coöperatieve Telersvereniging FrEsteem U.A. (als rechtsopvolger van Coöperatie United West Growers U.A.), FresQ United West Growers B.V. en Telerscoöperatie FresQ U.A., allen gevestigd te gemeente Westland, een boete op van EUR 7.000.000, waarbij deze rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel.
 - iii) Legt aan Coöperatieve Rainbow Paprika Telers U.A., FresQ Rainbow Growers Group B.V. en Telerscoöperatie FresQ U.A., allen gevestigd te gemeente Westland, een boete op van EUR 7.000.000, waarbij deze rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel.
 - iv) Legt aan Florpartners B.V., gevestigd te Honselersdijk, een boete op van EUR 5.000.
- II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Datum: 15 mei 2012

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
overeenkomstig de door de Raad genomen besluiten,
namens deze,

w.g.

Chris Fonteijn

Voorzitter van de Raad van Bestuur

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