

## **Advies in zaak 3353, CR Delta (openbaar)**

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof. mr. F.O.W. Vogelaar (voorzitter), prof. dr. E.E.C. van Damme en prof. mr. J. Borgesius. De subcommissie werd bijgestaan door mr. J.F. Appeldoorn en mr. H.H.B. Vedder (secretarissen).

### **1. Inleiding en procedure**

1. Bij besluit van 31 december 2003 in zaaknummer 3353 (hierna: het bestreden besluit) stelde de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) vast dat CR Delta VRV Holding BV (hierna: CR Delta) een inbreuk heeft gemaakt op artikel 24 Mededingingswet (hierna: Mw) waarvoor de d-g NMa een boete heeft opgelegd aan CR Delta alsmede twee lasten onder dwangsom.
2. Tegen het bestreden besteden besluit diende mr. A.R. Bosman namens CR Delta op 10 februari 2004 een pro forma bezwaarschrift in. Op 16 april 2004 diende mr. A.R. Bosman namens CR Delta een aanvullend bezwaarschrift in.
3. Bij brief van 26 juli 2004 werd aan CR Delta en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit medegedeeld dat op 24 september 2004 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 24 september 2004 vond deze hoorzitting plaats waarbij de partijen en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: prof. mr. F.O.W. Vogelaar (voorzitter), prof. dr. E.E.C. van Damme en prof. mr. J. Borgesius. De subcommissie werd bijgestaan door mr. J.F. Appeldoorn en mr. H.H.B. Vedder (secretarissen).
4. Het verslag van de hoorzitting werd op 17 november 2004 aan CR Delta en de zaakbehandelaars rondgestuurd.

### **2. Bestreden besluit**

5. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit advies gehecht

### **3. Bezwaren en beoordeling**

6. De bezwaren vallen uiteen in vier onderdelen. Ten eerste wordt aangevoerd dat het onderzoek dat aan het bestreden besluit ten grondslag ligt, onvolledig en onzorgvuldig is geweest. Ten tweede maakt CR Delta bezwaar tegen de marktafbakening en de vaststelling dat CR Delta een machtspositie inneemt. Ten derde voert CR Delta aan dat de kortingsregelingen geen misbruik opleveren en ten vierde voert CR Delta bezwaren aan ten opzichte van het opleggen van de boete.

#### *3.1 Bezwaren in verband met onzorgvuldig onderzoek*

7. Naar de mening van CR Delta heeft de d-g NMa gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het verbod op vooringenomenheid door het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het bestreden

besluit.<sup>1</sup> Ter staving van dit bezwaar voert CR Delta aan dat het onderzoek van de d-g NMa een puur papieren onderzoek (“*desk study*”) zou zijn geweest, zonder enig empirisch onderzoek en met name zonder dat afnemers van het betrokken product zijn betrokken in het onderzoek. Dit betreft het onderzoek van de markt en het misbruik. Ook zou er geen onderzoek hebben plaatsgevonden naar de concrete effecten van de kortingsregelingen, ondanks dat dergelijke effecten wel worden gesteld aanwezig te zijn.<sup>2</sup> Volgens CR Delta wordt het door haar in de schriftelijke en mondelinge zienswijze naar aanleiding van het rapport aangevoerde zonder enige nadere informatie of uitwerking ter zijde geschoven door de d-g NMa.<sup>3</sup> Ook zou deze gang van zaken ertoe leiden dat er een *de facto* omkering van de bewijslast plaatsvindt.<sup>4</sup> Naar de mening van CR Delta zou de Europese rechtspraak nog onvoldoende uitgekristalliseerd zijn ten aanzien van de mededingingsrechtelijke kwalificatie van kortingsregelingen.<sup>5</sup> Tijdens de hoorzitting herhaalt CR Delta de bezwaren in dit verband.<sup>6</sup>

8. Naar de mening van de d-g NMa is het onderzoek voldoende concludent, zodat er geen strijd is met het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het verbod van vooringenomenheid. Volgens de d-g NMa brengt het feit dat het onderzoek in relatief korte tijd is afgerond en zonder uitgebreid veldonderzoek heeft plaatsgevonden, niet met zich mee dat het onderzoek onvoldoende zou zijn. Evenmin leidt het feit dat de status van de kwantumkortingregeling in de (Europese) rechtspraak nog niet is uitgekristalliseerd tot de conclusie dat het onderzoek onvoldoende zou zijn.<sup>7</sup>

### Beoordeling

9. Naar de mening van de Adviescommissie is het onderzoek in de onderhavige zaak voldoende zorgvuldig en volledig, zodat niet kan worden gesproken van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Het enkele feit dat geen veldonderzoek is verricht kan op zichzelf of in combinatie met de hieronder te bespreken factoren niet leiden tot de conclusie dat het onderzoek onvoldoende zou zijn. Dat de Europese jurisprudentie nog niet voldoende uitgekristalliseerd zou zijn leidt evenmin tot de conclusie dat het onderzoek onvoldoende zou zijn. Naar de mening van de Adviescommissie is deze jurisprudentie in ieder geval zodanig uitgekristalliseerd dat de d-g NMa daaruit kon afleiden welke feiten hij diende te onderzoeken en te bewijzen, zodat dit geen grond oplevert voor strijd met de beginselen van zorgvuldigheid en motivering. Ten aanzien van het ontbreken van onderzoek naar de daadwerkelijke effecten van de kortingsregelingen overweegt de Adviescommissie dat de d-g NMa niet gehouden is om daadwerkelijke effecten aan te tonen nu de kortingsregelingen kunnen worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken.<sup>8</sup> Nu de d-g NMa in zijn bewijsverplichting niet is tekortgeschoten, kan naar de mening van de Adviescommissie niet worden gesproken van een (*de facto*) omkering van de bewijslast. Het enkele feit dat partijen tegenbewijs kunnen leveren om de op zich voldoende onderbouwde feiten in een besluit aan te vechten maakt immers nog niet dat daarmee sprake is van een omkering van de bewijslast. Tenslotte vermag de Adviescommissie niet in te zien hoe

---

1 Randnummer 11 van het aanvullend bezwaarschrift.

2 Randnummer 8 van het aanvullend bezwaarschrift.

3 Randnummer 9 van het aanvullend bezwaarschrift.

4 Randnummer 10 van het aanvullend bezwaarschrift.

5 Randnummer 7 van het aanvullend bezwaarschrift.

6 Randnummers 6 en 7 van de mondelinge toelichting CR Delta.

7 Randnummers 5 en 6 van de schriftelijke toelichting d-g NMa

8 Randnummer 96 van het bestreden besluit. HvJEG, gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig.

het verbod van vooringenomenheid zou kunnen zijn geschonden als gevolg van de wijze waarop de d-g NMa het onderzoek in de onderhavige zaak heeft gedaan.

### 3.2 Bezwaren in verband met de marktafbakening

10. CR Delta maakt bezwaar tegen de conclusie van de d-g NMa dat de markt voor proefstiersperma en de markt voor fokstiersperma aparte productmarkten vormen. CR Delta verwijst in dit verband naar de opvatting van de d-g NMa dat proefstiersperma een conditioneel product zou zijn omdat er onzekerheid bestaat over het productieresultaat en omdat proefstiersperma tegen een aanmerkelijk lagere prijs wordt aangeboden.<sup>9</sup> Ter onderbouwing van dit bezwaar voert CR Delta aan dat het onderscheid tussen proefstier- en fokstiersperma alleen wordt gemaakt ten aanzien van Zwartbont HF, Roodbont HF en MRIJ-stieren. Voor andere koeienrassen bestaan geen testprogramma's en dus evenmin proefstiersperma. Naar de mening van CR Delta zou het sperma van andere rassen echter geen conditioneel product zijn, omdat het niet wordt getest, zodat het tot de productmarkt moet worden gerekend.<sup>10</sup>
11. Ten aanzien van de onderbouwing door de d-g NMa van het onderscheid tussen proef- en fokstiersperma, voert CR Delta aan dat, anders dan de d-g NMa beweert, proefstiersperma niet tegen een "aanmerkelijk lagere prijs" dan fokstiersperma wordt aangeboden. CR Delta wijst er in dit verband op dat een rietje proefstiersperma € 11,50 kost terwijl de prijs van een rietje fokstiersperma, naar gelang de kwaliteit, varieert van € 7,00 tot € 29,00. Naar de mening van CR Delta volgt hieruit dat fok- en proefstiersperma wel degelijk volwaardige substituten zijn.<sup>11</sup> CR Delta is van mening dat de korting van € 7 per rietje voor deelnemers aan het testprogramma van CR Delta, geen invloed heeft op de prijs van proefstiersperma ten opzichte van die voor veehouders die niet aan het testprogramma deelnemen.<sup>12</sup>
12. CR Delta maakt eveneens bezwaar tegen de opvatting van de d-g NMa dat een eigen fokstier geen substituut is voor het gebruik van fok- of proefstiersperma.<sup>13</sup> De redenering van de d-g NMa, dat ook dit sperma eerst getest moet worden, kan CR Delta niet volgen op grond van de hierboven in rnr's. 7 en 8 van dit advies uiteengezette redenen.
13. Naar de mening van CR Delta volgt uit het bovenstaande dat de d-g NMa in het bestreden besluit heeft nagelaten de markt op juiste wijze af te bakenen.
14. De d-g NMa voert in de schriftelijke toelichting en tijdens de hoorzitting aan dat de relevante markt in het bestreden besluit wel degelijk op juiste wijze is afgebakend.

### Beoordeling

15. Naar de mening van de Adviescommissie heeft de d-g NMa voldoende overtuigend aangetoond dat gesproken kan worden van een zelfstandige markt voor fokstiersperma. In dit verband acht de Adviescommissie het volgende van belang. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof) gaat het bij het bepalen van de relevante productmarkt over de

---

<sup>9</sup> Randnummer 12 van het aanvullend bezwaarschrift.  
<sup>10</sup> Randnummer 13 van het aanvullend bezwaarschrift.  
<sup>11</sup> Randnummer 14 van het aanvullend bezwaarschrift.  
<sup>12</sup> Randnummer 15 van het aanvullend bezwaarschrift.  
<sup>13</sup> Randnummer 16 van het aanvullend bezwaarschrift.

inwisselbaarheid van producten vanuit het gezichtspunt van de consument.<sup>14</sup> Ten aanzien van deze substitueerbaarheid kan het volgende worden opgemerkt. Van fokstiersperma is de kwaliteit (fokwaarde) bekend. Aan proefstiersperma is inherent dat de kwaliteit nog niet bekend is. Juist het feit dat de kwaliteit van fokstiersperma bekend is, maakt dat naar de mening van de Adviescommissie redelijkerwijze kan worden gesproken van een zelfstandige markt voor dit product. Dat bepaalde kwaliteiten proefstiersperma op de markt worden gebracht voor prijzen die vergelijkbaar of zelfs gelijk zijn aan die voor fokstiersperma, doet hier niet aan af. Veeleer toont het aan dat de marktwaarde van die kwaliteit fokstiersperma door CR Delta wordt ingeschat als vergelijkbaar met die van proefstiersperma. Het is daarmee meer de weerslag van een marketingbeslissing dan dat het bewijst dat proefstiersperma en fokstiersperma tot dezelfde markt behoren. Vanuit deze optiek bezien, toont het feit dat CR Delta verschillende prijzen kan vragen voor sperma van verschillende fokstieren, terwijl zij dit niet kan doen ten aanzien van proefstieren, al aan dat fokstiersperma een zelfstandige productmarkt vormt. Ten aanzien van het bezwaar van CR Delta tegen de opvatting van de d-g NMa dat de eigen stier geen substituut is voor het gebruik van fok- en proefstiersperma, wijst de Adviescommissie er allereerst op dat de d-g NMa in het bestreden besluit alleen aanvoert dat het gebruik van een eigen stier naar zijn mening geen substituut is voor fokstiersperma.<sup>15</sup> Voor zover van de eigen stier de kwaliteit van het sperma onbekend is, geldt hier ten aanzien van de substitueerbaarheid met fokstiersperma hetzelfde als hierboven is gesteld met betrekking tot proefstiersperma. Indien van de sperma van de eigen stier de kwaliteit wel bekend is, kan voor wat betreft de inwisselbaarheid met fokstiersperma worden gewezen op de grote verschillen van deze stier met het fokstiersperma. In tegenstelling tot fokstiersperma behoeft de eigen stier wel huisvesting, voer en verzorging. Ook anderszins brengt de aanschaf van een eigen stier aanzienlijke investeringen met zich mee, die niet vergelijkbaar zijn met de investeringen die nodig zijn voor inseminatie met fokstiersperma. De Adviescommissie meent overigens dat op de ruimst gedefinieerde markt het aandeel van CR Delta nog meer dan [VERTR] % bedraagt.<sup>16</sup> Daarmee kunnen de argumenten van CR Delta hoe dan ook niet leiden tot de conclusie dat het besluit geen stand kan houden.

### *3.3 Bezwaren tegen de vaststelling dat CR Delta een machtspositie inneemt*

16. Naar de mening van CR Delta is haar marktaandeel lager dan de door de d-g NMa in het bestreden besluit genoemde 80%.<sup>17</sup> CR Delta verwijst in dit verband naar hetgeen is aangevoerd in randnummer 50 van de schriftelijke zienswijze.<sup>18</sup> Daar voert CR Delta aan dat haar marktaandeel [VERTR] % is, uitgaande van het gemiddelde aantal benodigde inseminaties in relatie tot het aantal in Nederland geboren kalveren. Naar de mening van CR Delta is het gemiddelde aantal benodigde inseminaties in relatie tot het aantal in Nederland geboren kalveren wel degelijk de juiste methode om het marktaandeel te bepalen, indien ervan wordt uitgegaan dat de productmarkt bestaat uit fokstiersperma, proefstiersperma en sperma van de eigen stier. Ter onderbouwing van deze stelling verwijst CR Delta naar het aangevoerde ten aanzien van vraag 4 onder ii) in de brief van haar gemachtigde van 13 november 2003.<sup>19</sup> Daar stelt CR Delta dat het aantal geregistreerde inseminaties geen volledig beeld geeft van het

---

<sup>14</sup> HvJEG zaak 27/76, United Brands, ro. 12 en 22.

<sup>15</sup> Randnummers 51 en 52 van het bestreden besluit.

<sup>16</sup> Randnummer 50 van de schriftelijke zienswijze. Zie verder brief dd 13 november 2003, prisma nr. 3353/75, onder punt 4.

<sup>17</sup> Randnummer 19 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>18</sup> Prisma nummer 3353/70.

<sup>19</sup> Prisma nummer 3353/75.

aantal werkelijk benodigde inseminaties aangezien gemiddeld 1,8 inseminaties nodig zijn voor een drachtige koe. Aangezien niet alle drachtige koeien ook daadwerkelijk kalven, is het aantal benodigde inseminaties 2,12 per geboren kalf. Door het aantal geboren kalveren te vermenigvuldigen met 2,12 wordt volgens CR Delta beter duidelijk wat het daadwerkelijke aantal verrichte inseminaties is. Op basis van deze gegevens komt zij tot een marktaandeel van [VERTR] % voor zowel proefstier- als fokstiersperma. Wanneer wordt uitgegaan van het aantal door CR Delta verkochte doses fokstiersperma, komt CR Delta tot een marktaandeel van [ VERTR] %.

17. Naar de mening van CR Delta is de d-g NMa ook bij een marktaandeel van meer dan 75% gehouden een volledige marktanalyse te verrichten teneinde aannemelijk te maken dat CR Delta zich onafhankelijk van haar concurrenten en afnemers op de markt kan bewegen.<sup>20</sup> CR Delta wijst er in dit verband op dat haar marktaandeel al enige jaren, en nog steeds, terugloopt. Naar de mening van CR Delta bagatelliseert de d-g NMa de bezwaren in dit verband wanneer hij stelt dat de daling slechts gering is. Naar de mening van CR Delta is er sprake van een structurele daling, zodat niet kan worden gesproken van een stabiel en hoog marktaandeel. Ook wijst CR Delta op het feit dat haar voornaamste concurrent (Tellus), in de regel voordat CR Delta dat doet, zijn prijzen bekend maakt, die veelal hoger zijn dan die van CR Delta. Verder ziet deze concurrent kans om zijn marktaandeel uit te breiden en stemt deze zijn prijzen niet af ten opzichte van die van CR Delta.<sup>21</sup>
18. Als laatste argument in verband met het bestaan van een machtspositie voert CR Delta aan dat haar coöperatieve structuur en de coöperatieve gedachte eraan in de weg staan dat CR Delta zelfstandig haar prijsbeleid kan bepalen. De weerlegging van dit argument in randnummer 61 van het bestreden besluit, wordt naar de mening van CR Delta op onjuiste wijze afgedaan. Volgens CR Delta vormen haar leden een gezamenlijke machtsfactor waar CR Delta niet omheen kan. CR Delta voert aan dat zij in de praktijk aangesproken zal worden op een haar leden onwelgevallig prijsbeleid.
19. Naar de mening van CR Delta volgt uit het hierboven weergegevene dat de d-g NMa niet tot de conclusie kon komen dat CR Delta een economische machtspositie bekleedt.
20. De d-g NMa voert aan dat op grond van de door hem afgebakende markt CR Delta een aandeel heeft van 80%. De d-g NMa ziet geen aanleiding om de door CR Delta voorgestelde meetmethode voor de bepaling van het marktaandeel, waarbij uitgegaan wordt van het aantal levend geboren kalveren, over te nemen.<sup>22</sup> De d-g NMa voert ook aan dat het marktaandeel van CR Delta slechts minimaal is gedaald, terwijl het marktaandeel van CR Delta vele malen groter is dan dat van haar concurrenten.<sup>23</sup>

### Beoordeling

21. Naar de mening van de Adviescommissie dienen de bezwaren van CR Delta in dit verband te worden afgewezen op grond van het hiernavolgende. Nu de bezwaren in verband met de marktafbakening volgens de Adviescommissie dienen te worden afgewezen, kan op de markt zoals die in het bestreden besluit is afgebakend worden

---

<sup>20</sup> Randnummer 22 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>21</sup> Randnummer 24 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>22</sup> Randnummer 20 van de schriftelijke toelichting d-g NMa, randnummer 2 en 3 mondelinge toelichting d-g NMa.

<sup>23</sup> Randnummers 24 en 26 van de schriftelijke toelichting d-g NMa.

onderzocht wat de positie van CR Delta is. Om deze positie te bepalen is de d-g NMa uitgegaan van de met de verkoop van fokstiersperma gegenereerde omzet. Naar de mening van de Adviescommissie is dit een juiste methode om het marktaandeel van CR Delta te meten. De door CR Delta gehanteerde methode, waarbij zou worden uitgegaan van het aantal levend geboren kalveren en het gemiddeld aantal inseminaties dat daarvoor benodigd is, zou ertoe leiden dat in plaats van het aantal verkochte doses sperma veeleer wordt gemeten wat de kans is dat een inseminatie resulteert in een levendgeboren kalf. Dit is niet ter zake doend en hangt bovendien af van een veelheid van factoren die niets tot weinig van doen hebben met CR Delta of het fokstiersperma.<sup>24</sup> Op de door de d-g NMa afgebakende markt heeft CR Delta, gemeten naar de omzet die wordt behaald met de verkoop van fokstiersperma een marktaandeel van ongeveer 80%. Een dergelijk groot marktaandeel vormt op zichzelf al een bewijs voor het bestaan van een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw.<sup>25</sup> Het feit dat het marktaandeel van CR Delta vele malen groter is dan dat van haar concurrenten is een verdere aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie voor CR Delta.<sup>26</sup> Naar de mening van de Adviescommissie vindt de stelling van CR Delta dat de d-g NMa gehouden zou zijn om aan te tonen dat CR Delta zich onafhankelijk van haar afnemers en concurrenten op de markt gedraagt geen grond in de rechtspraak in verband met artikel 82 EG of 24 Mw. Uit het arrest *Hoffmann-La Roche* blijkt immers dat een machtspositie bestaat wanneer de positie van een onderneming het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.<sup>27</sup> Voorop staat dat het dus gaat om *de mogelijkheid* om zich onafhankelijk te gedragen. Dat de coöperatieve structuur van CR Delta aan dergelijk onafhankelijk gedrag in de weg staat is niet aannemelijk gemaakt. Hoe dan ook moet de mogelijkheid om zich onafhankelijk te gedragen geacht worden aanwezig te zijn wanneer een onderneming een marktaandeel heeft van meer dan 50%, terwijl de naaste concurrenten zeer veel kleiner zijn.<sup>28</sup> Het feit dat het marktaandeel van CR Delta een lichte daling ([**VERTR**] %) vertoont doet hieraan geen afbreuk aangezien het marktaandeel van CR Delta nog steeds meer dan 50% bedraagt. Evenmin kan het marktgedrag van een concurrent afdoen aan de conclusie dat CR Delta een machtspositie inneemt. Een dergelijke positie vereist immers niet dat concurrenten hun marktgedrag afstemmen op dat van de onderneming met een machtspositie. Veeleer gaat het ervan uit dat CR Delta haar marktgedrag niet afstemt op dat van haar concurrenten.

### 3.4 bezwaren tegen de vaststelling van het misbruik

22. CR Delta is van mening dat het gedrag geen misbruik oplevert in de zin van artikel 24 Mw. De door haar verleende kwantum- en testerskortingen zijn geen getrouwheidskortingen. De regeling klantentrouw is volgens haar niet te kwalificeren als misbruik, daar deze *de jure* noch *de facto* heeft bestaan. Tevens bestrijdt CR Delta dat de kortingen elkaar versterken, zodat evenmin van een stelsel van kortingen in strijd met artikel 24 Mw kan worden gesproken.<sup>29</sup>

### 3.5 Kwantumkorting

---

<sup>24</sup> Hierbij kan o.m. worden gedacht aan veeziekten die leiden tot afstoting van de ongeboren vrucht.

<sup>25</sup> HvJEG zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, ro. 41 en zaak C-62/86, Akzo, ro. 60.

<sup>26</sup> Vgl. randnummer 59 van het bestreden besluit en HvJEG zaak 27/76, United Brands, ro. 110 en 111.

<sup>27</sup> HvJEG zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, ro. 38.

<sup>28</sup> HvJEG zaak C-62/86, Akzo, ro. 60.

<sup>29</sup> Randnummer 29 van het aanvullend bezwaarschrift.

23. Met betrekking tot de kwantumkorting poogt CR Delta op rekenkundige wijze aan te tonen, dat deze korting haar rechtvaardiging kan vinden in daadwerkelijke kostenbesparingen en dat het door afnemers laten delen in deze besparingen volgens het Hof geen misbruik in de zin van artikel 82 EG oplevert. Ook zou de referentieperiode van één jaar geen misbruik opleveren, maar haar rechtvaardiging vinden in de natuurlijke cyclus van de koe; ook dit argument wordt door cijfermateriaal begeleid. Tot slot zou de korting geen uitsluitingseffecten beogen noch tot gevolg hebben.

*a)-kostenbesparing*

24. De daadwerkelijke kostenbesparingen worden volgens CR Delta behaald in de distributie van de doses sperma.<sup>30</sup> CR Delta poogt aan te tonen, dat de grotere afnemers minder voor de rietjes hoeven te betalen, omdat zij, door er meer te kopen, de transportkosten per rietje voor CR Delta doen afnemen. Uit twee tabellen<sup>31</sup> zou dan moeten blijken dat de transportkosten per rietje afnemen met percentages die steeds boven de verleende kwantumkorting liggen, waarmee de kwantumkorting haar oorsprong volledig in de kostenbesparing kan vinden.<sup>32</sup>

25. De d-g NMa stelt dat het plausibel lijkt dat de distributiekosten per rietje afnemen naarmate er per bezoek meer wordt afgenomen, maar dat de kwantumkortingsregeling hier niet direct bij aanhaakt.<sup>33</sup> Een grote afnemer die steeds kleine hoeveelheden bestelt krijgt immers wel kwantumkorting, terwijl zijn bestelgedrag niet tot een kostenbesparing bij CR Delta leidt. Een korting in de trant van “twee halen, één betalen” zou de d-g NMa dan ook meer in lijn met het mededingingsrecht voorkomen.

26. CR Delta stelt hier tegenover dat de situatie dat een grote afnemer steeds kleine hoeveelheden afneemt zich in de regel niet voordoet<sup>34</sup> en dat bij een grotere veestapel de kans groter is dat meerdere koeien op hetzelfde moment tochtig zijn en dat derhalve die veehouders vaak meerdere rietjes tegelijk zullen bestellen.<sup>35</sup>

Beoordeling

27. Nu deze stellingen van CR Delta niet met nader cijfermateriaal zijn onderbouwd, moet in deze van de tabellen in het aanvullend bezwaarschrift worden uitgegaan.

28. In *Michelin II*<sup>36</sup> laat het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: Gerecht) ruimte voor kwantumkortingen die een kostenbesparing van de leverancier aan de afnemer doorgeven.<sup>37</sup> De korting moet daarbij wel de neerslag van de kostenbesparing zijn: “Wanneer de verhoging van de geleverde hoeveelheid de kosten van de leverancier doet dalen, mag hij zijn klanten via een gunstiger tarief van deze verlaging laten profiteren [curs. toegevoegd]”.<sup>38</sup> Daarbij moeten alle omstandigheden in acht worden genomen.<sup>39</sup>

---

<sup>30</sup> Deze worden geleverd in rietjes.

<sup>31</sup> Randnummers 32 en 34 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>32</sup> Dit argument wordt uitgewerkt in randnummer 34 van de pleitnota van CR Delta.

<sup>33</sup> Randnummer 37 van de schriftelijke toelichting op het bestreden besluit.

<sup>34</sup> Randnummer 32 van de pleitnota.

<sup>35</sup> Randnummer 30 van de pleitnota.

<sup>36</sup> GvEA Zaak T-203/01, *Michelin v. Commissie (Michelin II)*.

<sup>37</sup> GvEA Zaak T-203/01, *Michelin II*, r.o. 58.

<sup>38</sup> GvEA Zaak T-203/01, *Michelin II*, r.o. 58.

<sup>39</sup> GvEA Zaak T-203/01, *Michelin II*, r.o. 60.

29. Ook al laat de tabel in randnummer 32 van het aanvullend bezwaarschrift lagere kosten per rietje voor CR Delta zien naarmate de afnemer meer rietjes afneemt, toch vermag deze geen rechtstreeks verband aan te tonen tussen de kostenbesparing en de verleende korting in die zin dat een hogere afname de rechtstreekse oorzaak van de verhoogde efficiëntie van CR Delta tot gevolg zou hebben. Veeleer blijkt hieruit dat, gezien de aanzienlijke distributiekosten<sup>40</sup> de toename van efficiëntie voor CR Delta enkel is gelegen in het feit dat sommige afnemers meerdere doses per bezoek afnemen. Die omstandigheid zorgt er immers voor dat CR Delta slechts éénmaal de distributiekosten heeft, terwijl zij meerdere rietjes omzet kan boeken. Het directe gewin aan efficiëntie is daarmee niet afhankelijk van de omzetgrootte van de afnemers, maar van de hoeveelheden rietjes die zij per bezoek afnemen. Toegegeven moet worden dat de grotere klanten ook steeds gemiddeld meer rietjes per bezoek afnemen. Dat het gemiddelde aantal afgenomen rietjes per bezoek stijgt, al dan niet evenredig met de omzet, maakt het stelsel echter nog niet overeenkomstig het bepaalde in *Michelin II*. De kwantumkorting is immers niet volledig gekoppeld aan het gewin van efficiëntie van de leverancier (“deze verlaging”) en voldoet daarmee niet aan de eisen van het Gerecht.
30. De economische rechtvaardiging van de kwantumkorting kan daarmee geen stand houden.

*b)-referentieperiode van één jaar*

31. CR Delta is van mening dat de natuurlijke cyclus van de koe een referentieperiode van één jaar voorschrijft, daar zij anders niet alle veehouders gelijk zou behandelen, nu sommige van hen een andere bevruchtingscyclus voor hun koeien hebben dan andere.<sup>41</sup> Bijlage 2 bij het aanvullend bezwaarschrift poogt dit rekenkundig te onderbouwen, door voor verschillende veehouders de korting bij een referentieperiode van één jaar te vergelijken met hun korting bij een referentieperiode van één kwartaal. CR Delta concludeert vervolgens dat deze kortingen van elkaar verschillen.

Beoordeling

32. Wat er ook zij van dit argument,<sup>42</sup> naar de mening van de Adviescommissie moet worden vastgesteld dat een eventuele ongelijke behandeling van veehouders als ondergeschikt moet worden gezien aan het belang van een efficiënte mededinging. Immers, het karakter van een kwantumkorting wordt volgens het Gerecht allereerst bepaald door de bindende werking van de regeling. Of de korting voor sommige afnemers gunstiger uitpakt dan voor anderen, ook al hebben zij op de langere termijn hetzelfde aantal producten afgenomen, speelt daarbij nauwelijks een rol.<sup>43</sup> Nu een langere referentieperiode het nieuwkomers moeilijker maakt om met CR Delta te concurreren<sup>44</sup>, fungeert een lange referentieperiode als toetredingsbarrière. Daarnaast zij opgemerkt dat CR Delta ter hoorzitting heeft verklaard dat haar

---

<sup>40</sup> Door de totale distributiekosten te delen door het aantal bezoeken is eenvoudig af te leiden dat één bezoek € [VERTR] kost (ongeacht de hoogte van de omzet) bij een gemiddelde prijs van € [VERTR], zie randnummer 32 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>41</sup> Randnummer 37 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>42</sup> Terzijde zij opgemerkt dat CR Delta d.m.v. het rekenvoorbeeld in bijlage 2 bij het aanvullend bezwaarschrift de suggestie wekt dat een kortere referentieperiode grotere verschillen tussen de veehouders schept. Dit is echter niet geheel juist. Zo genieten veehouders B en C bij een referentieperiode van één maand weer dezelfde korting na 12 maanden (€ [VERTR]).

<sup>43</sup> GvEA Zaak T-203/01, *Michelin II*, r.o. 65.

<sup>44</sup> Een nieuwkomer zal immers gehouden zijn om terstond een jaar lang minstens eenzelfde korting te verlenen.



aanbod<sup>45</sup> per kwartaal wijzigt, waardoor aan haar argument inzake de ongelijke behandeling van veehouders bij een referentieperiode van één kwartaal bezwaarlijk doorslaggevend betekenis kan worden toegekend. Hetzelfde geldt voor de tussen CR Delta en de d-g NMa ontsponnen discussie ter hoorzitting over de beoordeling van de referentieperiode in *Michelin II* die eveneens één jaar bedroeg.<sup>46</sup>

*c)-geen uitsluitingseffecten beogen / tot gevolg hebben*

33. CR Delta betoogt dat zij bij het vaststellen van de kwantumkorting geen uitsluitingseffect heeft beoogd.<sup>47</sup>
34. CR Delta betoogt voorts dat de kwantumkorting geen uitsluitingseffect tot gevolg heeft gehad.<sup>48</sup>
35. De d-g NMa stelt zich op het standpunt dat hij niet genoodzaakt is om het daadwerkelijke effect van de kortingsregeling te onderzoeken daar de korting reeds een potentieel mededingingsbeperkend effect heeft.<sup>49</sup>

### Beoordeling

36. Zoals de d-g NMa terecht opmerkt zijn subjectieve intenties van ondernemingen niet relevant bij de beoordeling of er sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw.<sup>50</sup> Het argument van CR Delta dat zij geen uitsluitingseffect heeft beoogd, faalt derhalve. Het verbod van artikel 24 Mw kent in deze nu eenmaal objectieve werking.
37. Met de d-g NMa moet worden ingestemd dat het Gerecht herhaaldelijk<sup>51</sup> in gelijke zin heeft beslist, waarbij het echter aan de bezwaarde vrij staat om met feiten aan te tonen dat een dergelijk effect nimmer heeft bestaan.
38. Het uitblijven van het effect demonstreert CR Delta met behulp van een staafdiagram<sup>52</sup>, waarop de verdeling is te zien van de afnemers al naar gelang de omvang van hun afname van rietjes. Daaruit zou moeten blijken dat er vele veehouders zijn die net voor de volgende, hoger liggende, referentiewaarde blijven 'steken' en er dus blijkbaar geen loyaliteitsbevorderend effect in de regeling zit. Ten eerste zij vermeldt dat dit in slechts twee van de vijf categorieën opgaat en niet in drie, zoals CR Delta betoogt.<sup>53</sup> Ten tweede valt op dat geen logische grenswaarden zijn gekozen om de tabellen vast te stellen. Zo zou de grens naar het tweede procent korting bij een omzet van € 1485 moeten worden gelegd en niet bij € [VERTR].<sup>54</sup> Ook de grenswaarden in de andere kolommen kunnen niet duidelijk maken hoeveel veehouders zich in welke categorie bevinden, nu de grenswaarden niet steeds precies op de grens zijn gesteld die een calculerende veehouder eenvoudig zelf kan berekenen. Daarnaast lijkt de systematiek voor de keuze van de grenswaarden niet

---

<sup>45</sup> Dit aanbod is vervat in zogenaamde stierenkaarten.

<sup>46</sup> Zie randnummer 40 van de pleitnota van CR Delta alsmede randnummer 41 van de schriftelijke toelichting op het bestreden besluit.

<sup>47</sup> Randnummer 45 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>48</sup> Randnummer 45 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>49</sup> Randnummer 80 van het bestreden besluit.

<sup>50</sup> Randnummer 47 van de schriftelijke toelichting op het bestreden besluit; zie ook de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

<sup>51</sup> Zie de jurisprudentie genoemd in voetnoot 34 van het bestreden besluit.

<sup>52</sup> Bijlage 9 bij de zienswijze van CR Delta n.a.v. het rapport, dossiernummer 3353/70.

<sup>53</sup> Randnummer 50 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>54</sup> Een extra besteding van € 15 leidt dan tot een extra korting van 1% over € 1500, eveneens € 15.

voor alle kolommen dezelfde te zijn. Ter hoorzitting heeft CR Delta erkend niet in staat te zijn deze twee mankementen van het staafdiagram te verklaren. Daarnaast blijft onduidelijk hoeveel veehouders wel een poging hebben gedaan om een hoger niveau te bereiken, maar door omstandigheden daarin niet zijn geslaagd. De opmerking van CR Delta dat alle veehouders die een hoger niveau niet hebben gehaald dit bewust achterwege hebben gelaten vanwege desinteresse in een hogere korting, kan dan ook niet overtuigen. Derhalve moet geconcludeerd worden dat het diagram het betoog van CR Delta niet vermag te ondersteunen, waarmee de poging om het uitblijven van een nadere onderbouwing door de d-g NMa in deze als gebrek in het bestreden besluit aan te grijpen, faalt. Derhalve mocht de NMa van het potentiële mededingingsbeperkende effect uitgaan.

### 3.6 Klantentrouw

39. CR Delta betoogt dat de regeling klantentrouw *de jure* noch *de facto* heeft bestaan, nu zij deze bij brief van 28 maart 2003 met terugwerkende kracht heeft ingetrokken, noch voordat enige uitkering op grond van deze korting had plaatsgevonden.<sup>55</sup>
40. De d-g NMa is van mening dat op grond hiervan niet kan worden volgehouden dat de regeling geen effect heeft gehad, daar tot 28 maart 2003 afnemers mogelijk met de regeling rekening hebben gehouden en in de bedoelde brief een voorschot wordt genomen op een nieuwe regeling die trouw van klanten zou belonen.<sup>56</sup>
41. CR Delta kwalificeert de bevindingen van de d-g NMa in dit verband als uiterst speculatief.<sup>57</sup>
42. Tevens zijn er volgens CR Delta geen aanwijzingen dat de veehouders hun bestelgedrag daadwerkelijk hebben aangepast naar aanleiding van de brief waarin de intrekking van deze regeling werd bekendgemaakt.<sup>58</sup> Naar de mening van CR Delta heeft de d-g NMa aldus nagelaten een uitsluitingseffect aan te tonen. Volgens CR Delta volgt uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak Uneto-VNI tegen d-g NMa dat een dergelijk effect moet worden geacht niet te hebben bestaan, nu de d-g NMa geen daadwerkelijke beïnvloeding van het bestelgedrag aannemelijk heeft gemaakt

### Beoordeling

43. Naar de mening van de Adviescommissie is de mening van de d-g NMa hieromtrent niet als "uiterst speculatief" te kwalificeren. De veehouders zullen zelden een brief krijgen van de Raad van Commissarissen van CR Delta. Ook gezien de inhoud, het afschaffen van de kortingsregelingen, ligt het voor de hand te menen dat de klanten van CR Delta de inhoud van de brief aandachtig zullen hebben opgenomen. Daarbij past niet goed het bagatelliseren van een enkele voor de betrokken brief toch wel cruciale zin, mede gezien de beperkte lengte van de gehele brief.
44. Uit het jaarverslag 2002-2003<sup>59</sup> blijkt veeleer dat de Raad van Commissarissen, tevens het orgaan dat de intrekkingbrief aan de veehouders heeft verzonden, het plan voorstelt om € 4,4 miljoen van het resultaat van CR Delta VRV Holding BV als omzetskorting aan de afnemers terug te geven. Dit komt volgens het jaarverslag

---

<sup>55</sup> Randnummers 51-55 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>56</sup> Randnummer 90 van het bestreden besluit.

<sup>57</sup> Randnummer 52 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>58</sup> Randnummer 52 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>59</sup> Dossierstuk 3353/119.

overeen met een generieke korting van 5% op alle in Nederland en Vlaanderen geleverde diensten. Feitelijk wordt hier het resultaat dus niet als dividend aan de aandeelhouders uitgekeerd, maar wordt de winst als omzetkorting aan de afnemers uitgekeerd. Een gedeelte van de winst wordt hiermee aan die aandeelhouders onthouden die niet ook tevens afnemer zijn geweest in het boekjaar 2002-2003. Andersom wordt aan afnemers die geen lid zijn van de coöperatie Koninklijke Coöperatieve Rundveeverbetering Delta u.a. een korting verleend die geen andere grond heeft dan het hebben afgenomen van minimaal 1 rietje (een generieke korting geldt immers voor alle afnemers ongeacht de grootte van hun bestelling) in het boekjaar 2002-2003. Het is wellicht de door CR Delta ter hoorzitting meerdere malen gememoreerde "coöperatieve sfeer" die aan de te verlenen omzetkorting ten grondslag ligt.<sup>60</sup> Deze, op zichzelf beschouwd overtuigende, verklaring kan aan dit voornemen echter nimmer het karakter van een generieke omzetkorting ontnemen, welke hier door een onderneming gedreven door een besloten vennootschap in het bezit van een economische machtspositie wordt verleend.

45. Nu CR Delta zelf op de hierboven omschreven wijze uitvoering lijkt te hebben gegeven aan het voornemen uit de brief van 28 maart 2003 valt niet goed in te zien hoe aan die mededeling elk effect kan worden ontzegd.
46. Gelijk de d-g NMa stelt<sup>61</sup>, is het aannemelijk maken van een daadwerkelijke beïnvloeding van de mededinging hier niet vereist. Analoog aan de hierboven gevolgde redenering aangaande het uitsluitingseffect<sup>62</sup>, valt in het geval van getrouwheidskortingen in deze omstandigheden het bewijs van het doel samen met dat van het mededingingsversturende effect, behoudens tegenbewijs.<sup>63</sup>
47. Dat het doel van de regeling klantentrouw het binden van klanten was, wordt in het besluit vastgesteld met de mededeling dat die bedoeling door CR Delta niet wezenlijk is ontkend.<sup>64</sup> In het aanvullend bezwaarschrift noch ter hoorzitting heeft CR Delta tegen die vaststelling bezwaar gemaakt, waarmee het doel van de regeling vast staat.
48. Dit heeft tot gevolg dat het beroep op de zaak Uneto-VNI door CR Delta<sup>65</sup> alsmede het antwoord daarop van de zijde van de d-g NMa<sup>66</sup> niet relevant is, maar dat CR Delta gehouden is om tegenbewijs te leveren. Aan die verplichting is door CR Delta niet voldaan.
49. Behalve de enkele ontkenning van enig effect van de regeling heeft CR Delta geen tegenbewijs aangedragen en evenmin ter hoorzitting deze ontkenning nader geadstrueerd.
50. Het bezwaar aangaande de regeling klantentrouw faalt derhalve.

### *3.7 Testerskorting*

#### *a) geen klantenbinding*

---

<sup>60</sup> Deze zou een overblijfsel zijn van het tijdperk waarin CR Delta enkel als coöperatie u.a. optrad.

<sup>61</sup> Randnummer 52 van de schriftelijke toelichting op het bestreden besluit.

<sup>62</sup> Randnummer 36 e. v. van dit advies.

<sup>63</sup> Zie ook randnummer 80 van het bestreden besluit alsmede randnummer 47 van de schriftelijke toelichting op het bestreden besluit.

<sup>64</sup> Randnummer 89 van het bestreden besluit.

<sup>65</sup> Randnummer 55 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>66</sup> Randnummer 52 van de schriftelijke toelichting op het bestreden besluit.

51. CR Delta stelt zich aangaande de testersovereenkomst enerzijds op het standpunt dat deze geen door artikel 24 Mw verboden klantenbinding behelst.<sup>67</sup>
52. Anderzijds verwijt CR Delta dat de d-g NMa twee verboden gedragingen met elkaar verwacht.<sup>68</sup> Zo zou het verwijt er ofwel één van getrouwheidskorting moeten zijn, dan wel één van *tying* of een andere vorm van het misbruiken van een machtspositie door deze als hefboom te gebruiken teneinde op een andere productmarkt de mededinging te beperken. Tevens stelt CR Delta dat haar machtspositie op de markt voor proefstiersperma niet is aangetoond.
53. De d-g NMa stelt dat dit laatste niet nodig is.<sup>69</sup> De machtspositie van CR Delta op de markt voor fokstiersperma zorgt er via de testovereenkomst voor, dat op de markt voor proefstiersperma de mededinging wordt beperkt.

### Beoordeling

54. Blijkens het aanvullend bezwaarschrift is een groot gedeelte van de motivering van CR Delta<sup>70</sup> te dezen aanzien ingegeven door de gedachte dat het voor de juistheid van het standpunt van de d-g NMa noodzakelijk is, dat de veehouder niet alleen tot een grotere afname van fokstiersperma wordt bewogen, maar dat hij het stelsel naar believen kan uitbuiten ten koste van CR Delta. Niet anders is immers te verklaren waarom CR Delta er i.c. van uit gaat dat het aantonen van het feit dat die uitbuiting niet mogelijk is, het verboden karakter van de regeling zou wegnemen.
55. CR Delta kan in deze laatste aanname niet worden gevolgd. Of een stelsel een klant ertoe aanzet meer van zijn leverancier af te nemen, is een vraag die in beginsel los staat van de vraag of de afnemer het stelsel naar believen kan uitbuiten. Het pogen aan te tonen van afwezigheid van het laatste heeft derhalve hier geen betekenis.
56. Waar CR Delta meerdere verwijten tegen zich meent uitgesproken te zien<sup>71</sup>, blijkt uit het besluit dat de d-g NMa CR Delta slechts één verwijt maakt, zijnde dat van een getrouwheidskorting.<sup>72</sup> Een randnummer eerder wordt slechts geïllustreerd dat deze getrouwheidskorting in de praktijk wordt verleend op een wijze die gepaard gaat met het overhevelen van een economische machtspositie op de markt voor fokstiersperma naar de markt voor proefstiersperma en daarnaast eveneens gestalte krijgt door de afnemers van proefstiersperma korting op fokstiersperma te verlenen. Niet valt dan ook in te zien hoe het bezwaar van CR Delta aangaande het verwarren van verschillende gedragingen hier doel kan treffen.
57. Hier zij herhaald dat aangaande dit laatste CR Delta van mening is dat de d-g NMa eerst een economische machtspositie op de markt voor proefstiersperma had moeten vaststellen.
58. De stelling van CR Delta gaat er echter aan voorbij dat het steeds de economische machtspositie op de markt voor fokstiersperma is die CR Delta in staat stelt kortingen te verlenen. Dat beide verleende kortingen niet op dezelfde markt gelden, kan in de systematiek van artikel 24 Mw. niet tot gevolg hebben dat de d-g NMa op beide

---

<sup>67</sup> Randnummer 58 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>68</sup> Randnummer 57 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>69</sup> Randnummer 93 van het bestreden besluit.

<sup>70</sup> Randnummers 56-67 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>71</sup> Zie ook de randnummers 45-49 van de pleitnota.

<sup>72</sup> Randnummer 94 van het bestreden besluit.

markten een economische machtspositie van CR Delta zou moeten vaststellen. Aanvaarding van die stelling zou immers in strijd zijn met het leerstuk inzake de hefboomwerking op een sterk verwante, aanpalende markt, waarbij nu juist niet telkenmale een economische machtspositie op een markt hoeft te worden bewezen voordat van misbruik op die markt sprake kan zijn.<sup>73</sup>

*b) korting een vergoeding voor geleverde diensten*

59. Inhoudelijk stelt CR Delta zich op het standpunt dat de testerskorting niet zozeer een korting inhoudt, maar een vergoeding voor geleverde diensten behelst. De testerskorting heeft daarnaast noch een klantenbindend effect noch wordt dit door CR Delta beoogd.<sup>74</sup>

60. CR Delta geeft als bijkomend argument voor de stelling dat de korting slechts een tegenprestatie is voor “inspanningen en bereidwilligheid van veehouders” aan dat de korting wordt verminderd indien de veehouder zich niet aan de testovereenkomst houdt.<sup>75</sup>

Beoordeling

61. Aangaande het beoogde doel wordt onder verwijzing naar randnummer 36 en verder van dit advies volstaan met de opmerking dat het bezwaar op dit punt faalt.

62. Niet valt in te zien hoe de kwalificatie (tegenprestatie voor geleverde inspanningen dan wel voor getoonde bereidwilligheid van veehouders) het verboden karakter van de regeling vermag weg te nemen, daar deze kwalificatie het klantenbindende effect van de regeling niet verwijdert. Het gaat er immers juist om dat de economische machtspositie van CR Delta er voor zorgt dat een beloning voor “inspanningen en bereidwilligheid van veehouders” tot gevolg heeft dat zij zich deze inspanning steeds in een verhouding met CR Delta zullen getroosten en niet met haar concurrenten.

63. Ook het argument inzake de boeteregeling vermag hierin geen verandering aan te brengen. Wanneer CR Delta aangeeft dat de korting voor fokstiersperma bij afwezigheid van voldoende inspanning van de veehouder tot onder de 10% daalt<sup>76</sup>, blijkt immers dat de testerskorting ook voor de minder bereidwillige veehouder tot een aanzienlijke korting leidt die hem zal aanzetten zich ook in de toekomst niet bij een concurrent van CR Delta te bevoorraden.

*3.8 Stelsel van kortingen*

64. CR Delta acht zichzelf niet in staat om een inhoudelijk bezwaar te richten tegen het verwijt inzake het stelsel van kortingen, aangezien de d-g NMa volgens CR Delta drie totaal verschillende kortingsregelingen zonder enige onderbouwing en op onduidelijke gronden met elkaar in verband brengt.<sup>77</sup>

Beoordeling

---

<sup>73</sup> HvJEG Zaak C-333/94P, Tetra Pak II, ro. 28 e.v.

<sup>74</sup> Randnummer 66 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>75</sup> Randnummer 65 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>76</sup> Randnummer 65 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>77</sup> Randnummer 69 van het aanvullend bezwaarschrift alsmede randnummer 54 van de pleitnota.

65. Bij afwezigheid van een materiële invulling van het bezwaar moet dit worden verworpen tenzij de motivering van de d-g NMa in deze zonder meer als onbegrijpelijk moet worden gekwalificeerd.
66. Nu is vastgesteld dat het misbruik van CR Delta op verschillende manieren gestalte krijgt, is de slotsom van de d-g NMa<sup>78</sup> als zouden deze een onderling versterkend effect hebben niet zonder meer onbegrijpelijk, daar afnemers steeds met meerdere bij elkaar op te tellen manieren worden geconfronteerd waarop zij een lagere prijs voor hun (fokstier)sperma kunnen betalen.<sup>79</sup>

### *3.9 Duur van het misbruik*

67. Naar de mening van CR Delta is de stelling van de d-g NMa, dat het misbruik heeft plaatsgevonden van 1 september 2001 tot en met 1 september 2003, onjuist. CR Delta wijst er in dit verband op dat de regeling klantentrouw in werking is getreden op 1 september 2002, zodat er voorafgaand aan deze datum geen sprake kan zijn van misbruik.<sup>80</sup>

### Beoordeling

68. Het argument van CR Delta faalt indien het enig misbruik voor 1 september 2002 wil bestrijden, daar de andere twee kortingsregelingen toen reeds bestonden. Indien het middel poogt voor de berekening van de boete vast te laten stellen, dat gedurende 1 jaar twee verboden kortingsregelingen bestonden en gedurende 1 jaar drie regelingen in strijd met artikel 24 Mw. van kracht waren, moet hiermee worden ingestemd.
69. In verband met de beleidsvrijheid van de d-g NMa inzake het vaststellen van de boete bestaat de taak van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet op dit punt echter enkel op het wijzen van de d-g NMa op bovenstaande tijdvakken van misbruik onder vermelding van de regel dat aangezien de behaalde omzet gedurende die periode als boetegrondslag fungeert, deze in het besluit op bezwaar anders zal zijn, zonder dat hierdoor de verplichting ontstaat de gehele boete ook daadwerkelijk te verlagen.

### *3.10 Boeteoplegging en last onder dwangsom*

70. Naar de mening van CR Delta leveren de regelingen inzake de kwantumkorting en testerskorting geen getrouwheidskorting op, terwijl de regeling klantentrouw naar haar mening juridisch nooit heeft bestaan, althans geen enkel effect heeft gesorteerd, zodat er geen ruimte is voor het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Subsidiair meent CR Delta dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening moet worden gehouden met de volgende vier overwegingen. Ten eerste heeft de regeling klantentrouw niet gedurende de gehele periode waarin de inbreuk plaatsvond, gegolden.<sup>81</sup> Ten tweede geldt de testerskorting alleen voor fokstiersperma van de rassen Roodbont HF, Zwartbont HF en MRIJ. Ten derde is de regeling klantentrouw vrijwillig ingetrokken door CR Delta direct na aanvang van het onderzoek door de NMa. Als vierde overweging voert CR Delta aan dat er geen

---

<sup>78</sup> Randnummer 95 van het bestreden besluit.

<sup>79</sup> Zie bijvoorbeeld dossierstuk 3353/2, p.1, waarin CR Delta stelt dat de kortingen tezamen kunnen oplopen tot 15 á 20 procent.

<sup>80</sup> Randnummer 72 van het aanvullend bezwaarschrift.

<sup>81</sup> Randnummer 76 van het aanvullend bezwaarschrift.

enkele aanwijzing is dat de kortingsregelingen de concurrenten van CR Delta enig nadeel hebben berokkend.

### Beoordeling

71. Allereerst moet in herinnering worden gebracht dat de d-g NMa ondanks de aanwezigheid van de Richtsnoeren boetetoemeting grote beleidsvrijheid geniet bij het vaststellen van de boete.
72. Met het oog op de thans verworpen bezwaren inzake de aanwezigheid van verboden kortingsregelingen en hun mogelijke effect moet het eerste bezwaar worden verworpen.
73. Met betrekking tot het thans korter vastgestelde tijdvak waarin de regeling klantentrouw heeft bestaan wordt verwezen naar randnummer 69 van dit advies.
74. Met betrekking tot de stelling dat de testerskorting enkel op de drie genoemde rassen van toepassing is, merkt de d-g NMa op dat de drie rassen gezamenlijk 90% van de inseminaties voor hun rekening nemen<sup>82</sup>, waarmee aan de stelling van CR Delta, hoewel juist, geen grote waarde behoef te worden gehecht.
75. Nu thans blijkt dat CR Delta de regeling klantentrouw weliswaar heeft ingetrokken, maar daarentegen het in de intrekingsbrief gestelde voornemen tot uitvoering heeft gebracht<sup>83</sup>, lijkt de intrekking als argument voor een lagere boete bezwaarlijk geschikt.
76. Met betrekking tot het vierde argument van CR Delta kan bijkans worden volstaan met de opmerking dat de stelling van CR Delta reeds in het primaire besluit door de d-g NMa wordt aangehangen<sup>84</sup>, waarmee dit argument klaarblijkelijk reeds door de d-g NMa is aanvaard, zodat het bezwaar van CR Delta in deze zonder voorwerp is.

#### **4. De toepassing van artikel 82 EG**

77. Bij brief van 3 september 2004 heeft de d-g NMa aangegeven zich door de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 verplicht te voelen artikel 82 EG toe te passen, mocht de onderhavige zaak de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden.
78. Ter hoorzitting is dit aspect door de d-g NMa toegelicht, waarbij tot het standpunt is geconcludeerd dat de onderhavige zaak zeer waarschijnlijk een dergelijk effect heeft.
79. In antwoord hierop is dit effect door CR Delta ontkend. Daarnaast zijn door CR Delta vraagtekens gezet bij de verplichting om artikel 82 EG toe te passen, daar dit artikel in het primaire besluit ook toegepast had kunnen worden, maar de d-g NMa daar toen klaarblijkelijk geen reden toe heeft gezien. Bovendien zou een dergelijke 'plotselinge' toepassing van artikel 82 EG in strijd zijn met het beginsel van Nederlands bestuursrecht dat de grondslag van het besluit in bezwaar niet mag worden verlaten.

---

<sup>82</sup> Randnummer 10 van de schriftelijke toelichting op het bestreden besluit; zie ook de daarbij horende voetnoot 2 voor de verwijzing naar het desbetreffende nummer van CR Delta Magazine, dossierstuk 3353/18.

<sup>83</sup> Zie randnummer 43 e.v. van dit advies.

<sup>84</sup> Randnummer 109 van het bestreden besluit.

## Beoordeling

80. Door artikel 3, eerste lid, van Verordening 1/2003 is op 1 mei 2004 voor de d-g NMa de verplichting ontstaan op door artikel 82 EG verboden misbruiken het Nederlandse mededingingsrecht enkel nog parallel met het Europese mededingingsrecht toe te passen.<sup>85</sup> Ten aanzien van hetgeen is aangevoerd in verband met het effect op de handel tussen de lidstaten kan worden verwezen naar enerzijds de opmerkingen van de heer Lindeboom, directeur van Holland Genetics BV, tijdens de hoorzitting dat CR Delta veel last heeft van “internationale concurrentie” en daarnaast de aanwezigheid in Duitsland en Spanje van CR Delta via 100% dochterbedrijven.<sup>86</sup> Ook het feit dat de 20% aandeelhouder van CR Delta een Vlaamse vereniging (zonder winstoogmerk) is, is een aanwijzing dat een beïnvloeding op de tussenstaatse handel als zeer waarschijnlijk moet worden gekenschetst.
81. Daar volgens Nederlands bestuursrecht het besluit op bezwaar een volledige heroverweging behelst en in de plaats treedt van het primaire besluit, is de beslissing op bezwaar van de d-g NMa volledig aan de norm van artikel 3, eerste lid, van Verordening 1/2003 onderworpen. Dat artikel 82 EG in het primaire besluit niet is toegepast kan daarbij geen argument zijn, daar onder het oude recht de d-g NMa de keuze had, maar niet, zoals thans, de verplichting heeft het Verdrag bij zijn toetsing te betrekken.
82. Dat enige nationale doctrine aangaande het verlaten van een bestuursrechtelijke grondslag aan de werking van een Verordening niet kan afdoen, behoeft in het licht van artikel 249 EG geen verder betoog. Terzijde zij opgemerkt dat de d-g NMa in zijn besluit op bezwaar *ex nunc* toetst, dat wil zeggen naar het moment waarop het besluit op bezwaar wordt genomen. Dit besluit zal dus op grond van sinds het primaire besluit gewijzigde rechtsregels worden genomen, waarbij sinds het primaire besluit gewijzigde omstandigheden in acht moeten worden genomen.<sup>87</sup> De d-g NMa heeft noch in het rapport noch in het bestreden besluit artikel 82 EG toegepast. Bij brief van 2 september 2004 is aan CR Delta meegedeeld dat, indien de tussenstaatse handel kan worden beïnvloed – afhankelijk van de heroverweging op basis van de bezwaargronden – in het besluit op bezwaar tevens toepassing zal worden gegeven aan artikel 82 EG. Daarbij werd voorshands geoordeeld dat van beïnvloeding van de tussenstaatse handel inderdaad sprake was. CR Delta is om die reden in de gelegenheid gesteld tijdens de hoorzitting zijn zienswijze te geven op de kwestie van de mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel en de daaraan in de onderhavige zaak te verbinden consequenties.<sup>88</sup>
83. Deze plicht tot parallelle toepassing van artikel 82 EG leidt ontegenzeggelijk tot een verslechtering van de positie van CR Delta, nu haar tevens een inbreuk op artikel 82 EG zou worden verweten, waarvan in het primaire besluit geen sprake was. Enerzijds leidt toepassing van artikel 82 EG ten aanzien van de mededingingsrechtelijke kwalificatie van de gedragingen niet tot een verslechtering van de positie van CR Delta. Artikel 82 EG is immers behalve ten aanzien van de beïnvloeding van de tussenstaatse handel, materieel vrijwel gelijk aan het bepaalde in artikel 24 Mw. Anderzijds is er wel een verslechtering van de positie van CR Delta vanwege de

---

<sup>85</sup> Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EG 2003, L 1/1.

<sup>86</sup> Zie het jaarverslag 2002-2003, dossierstuk 3353/119, p.7.

<sup>87</sup> Zie Damen et.al., Bestuursrecht (2), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 161.

<sup>88</sup> Documenten 1615/720-721.



potentiële gevolgen van de toepassing van artikel 82 EG, gelet op mogelijke vervolgprocedures bij de Nederlandse civiele rechter of bij gerechtelijke instanties in andere lidstaten. Het oordeel dat artikel 82 EG is geschonden, zal vanuit het perspectief van bewijs en bevoegdheid ruimere mogelijkheden bieden in civielrechtelijke procedures dan het oordeel dat sprake is van een inbreuk op artikel 24 Mw welke zich louter beperkt tot gedragingen die effect hebben op het Nederlandse grondgebied.

84. In beginsel verzet het verbod van *reformatio in peius* in het Nederlandse bestuursprocesrecht zich tegen een dergelijke achteruitgang van de positie van CR Delta. Dit beginsel kan evenwel niet in de weg staan aan de plicht voor het bestuursorgaan om artikel 82 EG toe te passen. Het verbod van *reformatio in peius* is evenmin absoluut, omdat rechtsregels kunnen veranderen. Dat risico ligt in beginsel bij de bezwaarde. De wetsgeschiedenis van de Awb merkt hierover evenwel op: 'Indien het bestuursorgaan ook zonder dat het bezwaarschrift zou zijn ingediend tot wijziging van het bestreden besluit ten nadele van de indiener bevoegd zou zijn, verzet artikel (7:11 Awb) zich er niet tegen dat die wijziging betrokken wordt bij de beslissing op het bezwaarschrift. Of dit aanvaardbaar is, zal echter afhangen van de vraag of de belanghebbende daardoor wordt geschaad in zijn verweermogelijkheden. Is dat laatste het geval, dan zal die wijziging ten nadele van de indiener los van de bezwaarschriftenprocedure tot stand moeten worden gebracht.'<sup>89</sup>
85. In dat verband verzet het beginsel van hoor en wederhoor zich ertegen dat in het besluit op bezwaar over een onderdeel van een sanctiebesluit wordt geoordeeld zonder dat belanghebbenden in de gelegenheid zijn gesteld zich over dat onderdeel uit te spreken. In ieder geval dienen zij voorafgaand, gemotiveerd en in niet voor andere uitleg mogelijke bewoordingen de positie van het bestuursorgaan daarover te kennen (ook het beginsel van *equality of arms* verzet zich hiertegen). De bewijslast van een inbreuk op artikel 82 EG ligt immers bij het bestuursorgaan.<sup>90</sup> In de Mededingingswet is om die reden de waarborg van artikel 60, eerste lid, Mw opgenomen, waarin belanghebbenden de gelegenheid krijgen schriftelijk of mondeling hun zienswijze naar voren te brengen en hebben zij, nadat vervolgens door het bestuursorgaan het sanctiebesluit in de zin van artikel 62 Mw is genomen, de gelegenheid daartegen bezwaar aan te tekenen. Met de brief van 2 september 2004 van de d-g NMa is CR Delta niet in de gelegenheid gesteld om zich onder een gelijk niveau van rechtsbescherming uit te laten over de toepasselijkheid en de mogelijke schending van artikel 82 EG.

## 5. Slotoverweging

De Adviescommissie heeft de hierboven genoemde onderdelen beoordeeld op basis van het besluit, het aan de Adviescommissie ter beschikking gestelde dossier, het bezwaarschrift van CR Delta en de schriftelijke zienswijze van de d-g NMa, alsmede naar aanleiding van hetgeen ter hoorzitting mondeling naar voren is gebracht namens bezwaarden en de d-g NMa, zoals neergelegd in het Verslag en de bijlagen. Voor de volledige weergave van de standpunten verwijst de Adviescommissie naar genoemde documenten. Voor zover bezwaren niet aan de orde zijn gekomen acht de Adviescommissie deze niet ontvankelijk, ongegrond dan wel onvoldoende geadstrueerd.

---

<sup>89</sup> MvT Awb, Kamerstukken II, 21 221, nr. 3, p. 153, Pg Awb I, p. 347.  
<sup>90</sup> Artikel 2 Vo. 1/2003.

## **6. Advies**

De door CR Delta naar voren gebrachte bezwaren dienen te worden verworpen, met uitzondering van het bezwaar dat zich tegen de duur van het misbruik richt. Met CR Delta moet worden vastgesteld dat de regeling klantentrouw vanaf 1 september 2002 heeft gegolden en niet vanaf 1 september 2001.

Naar de mening van de Adviescommissie zou het feit dat pas met het arrest Michelin II, dat wil zeggen nadat het rapport in de onderhavige zaak is uitgebracht, duidelijk is geworden wat de precieze regels zijn aan de hand waarvan kortingsregelingen worden beoordeeld op grond van het mededingingsrecht moeten leiden tot een matiging van de boete die is opgelegd in het bestreden besluit.

De Adviescommissie adviseert de d-g NMa bij het nemen van zijn besluit op bezwaar tevens artikel 82 EG in zijn oordeel te betrekken op een wijze die voor CR Delta haar recht op hoor en wederhoor eerbiedigt.

Prof. mr. F.O.W. Vogelaar  
Voorzitter van de subcommissie in zaak 3353, CR Delta

Mr. H.H.B. Vedder  
Secretaris van de subcommissie in zaak 3353, CR Delta