

**Nederlandse Mededingingsautoriteit**

**BESLUIT**

Nummer 2422-208

Betreft zaak: Klager vs AUV en Aesculaap

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren tegen zijn besluit van 29 augustus 2002, nummer 2422/63, als bedoeld in artikel 62, eerste lid, van de Mededingingswet.

**I. Het verloop van de procedure**

1. Bij besluit van 29 augustus 2002 met nummer 2422/63 (hierna ook: het bestreden besluit) heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna ook: d-g NMa) met toepassing van artikel 6, eerste lid, juncto artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) een boete van EUR 9,7 miljoen opgelegd aan AUV Coöperatieve Nederlandse Veterinair-farmaceutische Groothandel U.A., met ingang van 10 juli 2003 AUV Dierenartsencoöperatie U.A. geheten, (hierna ook: AUV) en een boete van EUR 750.000 opgelegd aan Aesculaap B.V. (hierna ook: Aesculaap), beiden terzake van het hanteren van een leveringsweigerings- of uitsluitingsbeleid. Tevens heeft de d-g NMa in het bestreden besluit een last onder dwangsom opgelegd aan AUV en Aesculaap.
2. AUV en Aesculaap exploiteren ieder afzonderlijk een groothandel in dierengezondheidsmiddelen. AUV produceert tevens diergeneesmiddelen. Het lidmaatschap van AUV staat open voor zelfstandig praktiserende dierenartsen. Van de zelfstandig praktiserende dierenartsen in Nederland is 90% lid van AUV.
3. De d-g Nma kwam tot het bestreden besluit naar aanleiding van een klacht van klager, dierenarts, tegen AUV.
4. Op respectievelijk 2 en 9 oktober 2002 hebben AUV en Aesculaap, ieder afzonderlijk, bewaar gemaakt tegen het bestreden besluit. De gronden van bezwaar zijn door Aesculaap aangevuld op 28 november 2002 en door AUV op 5 december 2002.

5. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de d-g NMa de bezwaren tegen voornoemd besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).
6. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) zijn op 14 februari 2003 AUV, Aesculaap, de d-g Nma, [VERTROUWELIJK], klager en [VERTROUWELIJK] naar aanleiding van de ingediende bezwaren ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit door de Adviescommissie gehoord. Van het horen is een verslag gemaakt. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld opmerkingen over het verslag te maken.

## II. Het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

7. Op 17 september 2003 heeft de Adviescommissie haar advies vastgesteld en bij brief van dezelfde datum aan de d-g NMa uitgebracht.
8. De Adviescommissie komt tot de volgende conclusies<sup>1</sup>:
  - *Het leveringsweigeringsbeleid van de AUV en de regelingen die door middel van dit beleid werden gehandhaafd zijn in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.*
  - *Het doorleveringsverbod dat de AUV met Aesculaap overeengekomen was, is eveneens in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.*
  - *In de onderhavige zaak was het niet opportuun voor de d-g NMa om te onderzoeken of de AUV jegens Aesculaap misbruik van een economische machtspositie heeft gemaakt en daarmee artikel 24, eerste lid, Mw heeft overtreden door aan laatstgenoemde onderneming een doorleveringsverbod op te leggen.*
  - *Het overgangsrecht van artikel 100 Mw is niet van toepassing op het doorleveringsbeleid van de AUV, op de regelingen die door middel van dit beleid werden gehandhaafd en op het doorleveringsverbod.*
  - *De hoogte van de boete opgelegd aan de AUV behoeft geen bijstelling met dien verstande dat de Adviescommissie de d-g NMa in overweging geeft AUV nog een laatste kans te geven om aan te tonen dat betaling van een boete van deze omvang haar faillissement zou betekenen, zulks op grond van uitlatingen van de gemachtigde van de d-g NMa ter hoorzitting (zie ook in randnummer 99. van het Advies).*

---

<sup>1</sup> Zie randnummer 112. van het advies.

- *De hoogte van de boete opgelegd aan Aesculaap dient te worden verlaagd met EUR 500.000 en derhalve te worden vastgesteld op EUR 250.000.*
9. Het advies van de Adviescommissie luidt als volgt<sup>2</sup>:
- *Het bezwaar van de AUV dient voor wat betreft de materiële inhoud ongegrond te worden verklaard.*
  - *De aan de AUV opgelegde geldboete hoeft niet te worden aangepast, tenzij de AUV alsnog overtuigend kan aantonen dat de huidige hoogte van de boete onvermijdelijk tot haar faillissement zou leiden.*
  - *Het bezwaar van Aesculaap dient, voor zover betrekking hebbende op de hoogte van de boete, gegrond te worden verklaard. De boete dient derhalve te worden verlaagd van EUR 750.000 naar EUR 250.000.*
  - *Voor het overige dient het bezwaar van Aesculaap te worden verworpen.*
10. Na zich ervan te hebben vergewist dat het advies zorgvuldig tot stand is gekomen en te hebben vastgesteld dat het advies naar zijn oordeel inhoudelijk concludent is, heeft de d-g NMa besloten deels conform het advies te beslissen en deels daarvan af te wijken,
11. De d-g NMa wijkt af van het advies voor zover het betrekking heeft op:
- de wijze van bepaling van de hoogte van de boete die wordt opgelegd aan Aesculaap, met name het hanteren van de economische weerslag van de gedraging van Aesculaap en de mate van verwijtbaarheid van Aesculaap als boeteverlagende omstandigheden. De door de Adviescommissie geadviseerde verlaging van de aan Aesculaap opgelegde boete tot EUR 250.000 wordt door de d-g NMa wel overgenomen, en
  - AUV voorafgaand aan het nemen van het besluit op bezwaar in de gelegenheid te stellen aan te tonen dat de huidige hoogte van de boete onvermijdelijk tot haar faillissement zou leiden.
12. Gelet op vorenstaande en het bepaalde in artikel 3:49 van de Awb kan de d-g NMa volstaan om ter motivering van de beslissing op de bezwaarschriften conform het advies te verwijzen naar het met het oog daarop uitgebracht advies. Ingevolge artikel 7:13,

---

<sup>2</sup> Zie randnummer 113. van het advies.

zevende lid, Awb wordt in geval van afwijking van het advies in de beslissing de reden voor de afwijking gemeld.

13. Het advies is aan dit besluit gehecht en maakt integraal deel ervan uit. Ter motivering van de afwijking van het advies op de hierboven aangehaalde punten overweegt de d-g NMa het volgende.

### **III. Motivering voor afwijking van het advies**

#### **(i) Wijze van bepaling van de hoogte van de boete van Aesculaap**

##### **A. Ernst van de overtreding en de vermenigvuldigingsfactor**

14. De Adviescommissie is in haar advies van oordeel dat de overeenkomst tussen AUV en Aesculaap dient te worden beschouwd als een verticale afspraak, meer bijzonder: een doorleveringsverbod.<sup>6</sup> De Adviescommissie is, evenals de d-g NMa in bestreden besluit, van oordeel dat sprake is van een *hard core* bepaling, die naar haar aard de mededinging beperkt. Volgens de Adviescommissie wordt de mededinging beperkt in de verticale relatie tussen Aesculaap en AUV en niet in de horizontale relatie tussen partijen, zoals in het bestreden besluit is geoordeeld. Op grond van de Richtsnoeren boetetoemeting is in dat geval sprake van een zware in plaats van een zeer zware overtreding. Indien sprake is van een zware overtreding geldt ter bepaling van de boete conform de Richtsnoeren boetetoemeting een vermenigvuldigingsfactor van ten hoogste 2.
15. De d-g NMa acht het oordeel van de Adviescommissie ten aanzien van de kwalificatie van de overeenkomst tussen AUV en Aesculaap als een verticale afspraak concludent en volgt deze. Als gevolg daarvan dient de vermenigvuldigingsfactor te worden bijgesteld.
16. Ten aanzien van de te hanteren vermenigvuldigingsfactor is de Adviescommissie van oordeel dat voor Aesculaap, binnen de bandbreedte van 0 tot 2, de factor op 1,5 dient te worden gesteld.
17. In het licht van het navolgende stelt de d-g NMa de factor voor Aesculaap op 1.
18. Anders dan de Adviescommissie is de d-g NMa van oordeel dat de economische context geen boeteverlagende omstandigheid betreft, doch verdisconteerd dient te worden in de

---

<sup>3</sup> Zie randnummers 61.-65., 80 en 81 van het bestreden besluit

<sup>4</sup> Zie randnummer 135. van het bestreden besluit

<sup>5</sup> Zie randnummer 147. van het bestreden besluit

<sup>6</sup> Zie randnummer 63. van het advies

factor. In randnummer 105. van het advies overweegt de Adviescommissie ten aanzien van de economische weerslag van de overtreding van Aesculaap het volgende:

*Naar het oordeel van de Adviescommissie kan evenwel de overtreding van Aesculaap niet worden geacht een aanzienlijke economische weerslag te hebben gehad. Niet uitgesloten moet worden geacht dat, indien Aesculaap had geweigerd in te stemmen met het doorleveringsverbod, zij van Aesculaap<sup>7</sup> geen producten had kunnen betrekken. Zij zou dan niet in staat zijn geweest een tweede volgesorteerde groothandel op de Nederlandse markt op te zetten. (...) Uit randnummer 14 van de Richtsnoeren boetetoemeting blijkt dat bij de bepaling van de ernst van de overtreding de d-g NMa rekening houdt met de economische context, waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. De Adviescommissie acht het in dit verband van groot belang dat de schade die Aesculaap heeft toegebracht aan de afnemers van diergeneesmiddelen door in te stemmen met het doorleveringsverbod, niet aanzienlijk is. Deze omstandigheid dient alsnog te worden verdisconteerd in de hoogte van de boete.*

19. Uit het voorgaande blijkt dat de Adviescommissie van mening is dat de economische context verdisconteerd dient te worden in de hoogte van de boete. De Adviescommissie verwijst in dat verband uitdrukkelijk naar randnummer 14. van de Richtsnoeren boetetoemeting. Randnummer 14. bepaalt dat bij het bepalen van de ernst van de overtreding rekening gehouden dient te worden met de economische context. De randnummers 20. en 22. van de Richtsnoeren boetetoemeting bepalen dat de economische context invloed heeft op de te hanteren factor. Met inachtneming van deze bepalingen stelt de d-g NMa de factor op 1. Hierbij laat de d-g NMa meewegen dat de economische weerslag van de overtreding van Aesculaap, zoals de Adviescommissie stelt, niet aanzienlijk is geweest.
20. Nu de d-g NMa de economische context mede in aanmerking heeft genomen bij de vaststelling van de factor ziet de d-g NMa geen aanleiding om hiermee (andermaal) rekening te houden in het kader van boeteverlagende omstandigheden (zie hierna onder C.).

## **B. Preventieve werking**

21. Het verkregen resultaat voor Aesculaap (boetegrondslag maal factor) wordt conform het advies van de Adviescommissie en in lijn met het bestreden besluit , gedeeld door twee in verband met het (relatief) geringe gewicht van de onderneming van Aesculaap en de omstandigheid dat vooral AUV en haar leden geprofiteerd hebben van de overtredingen.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Volgens de d-g NMa bedoelt de Adviescommissie hier AUV in plaats van Aesculaap

<sup>8</sup> Zie randnummer 105. van het advies

**C. Boeteverlagende omstandigheden**

22. De Adviescommissie acht een verlaging van de boete met ruim EUR 500.000 op zijn plaats wegens de volgende boeteverlagende omstandigheden: 1) de terughoudende wijze waarop Aesculaap het doorleveringsverbod in de praktijk uitvoerde, 2) de economische weerslag van de gedraging van Aesculaap en 3) de mate van verwijtbaarheid van Aesculaap.<sup>9</sup>
23. In het bestreden besluit verlaagt de d-g NMa de boete met EUR 250.000 in verband met het feit dat Aesculaap zich actief sterk heeft gemaakt voor de levering van unieke producten aan uitgesloten dierenartsen en hiermee de schadelijke gevolgen van de gedragingen van AUV enigszins heeft weten te beperken.<sup>10</sup> De d-g NMa is van oordeel dat deze verlaging van de boete gehandhaafd dient te worden en acht geen omstandigheden aanwezig om een grotere verlaging te hanteren.
24. De geringe economische weerslag van de overtreding van Aesculaap wordt niet aangemerkt als een boeteverlagende omstandigheid aangezien in het onderhavige besluit (zie randnummer 19) reeds bij bepaling van de factor rekening is gehouden met de economische context.
25. Ten aanzien van de mate van verwijtbaarheid van Aesculaap overweegt de Adviescommissie in randnummer 97. van het advies het volgende:
- Naar het oordeel van de Adviescommissie treft Aesculaap echter niet in dezelfde mate verwijt als de AUV. In de eerste plaats kon Aesculaap medio 2000 er niet van op de hoogte zijn dat de AUV zijn ontheffingsverzoek had ingetrokken. In de tweede plaats is naar de mening van de Adviescommissie door Aesculaap terecht opgemerkt dat gezien de economische omstandigheden het voor haar niet eenvoudig was om te weigeren met het doorleveringsverbod in te stemmen. Door dit te doen had zij het risico gelopen van de AUV geen producten geleverd te krijgen, hetgeen voor het welslagen van de groothandel van Aesculaap een onoverkomelijke tegenslag zou zijn geweest. In de hoogte van de boete is evenwel reeds door de d-g NMa in het bestreden besluit verdisconteerd dat Aesculaap zich in de uitvoering van de overeenkomst terughoudend heeft opgesteld. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient in de hoogte van de boete wel te worden verdisconteerd dat*

---

<sup>9</sup> Zie randnummer 105. van het advies

<sup>10</sup> Zie randnummer 154. van het bestreden besluit

*Aesculaap zich in een economisch afhankelijke positie bevond ten opzichte van Aesculaap.*

26. De d-g NMa volgt het hiervoor onder randnummer 25. weergegeven oordeel van de Adviescommissie niet. In het bestreden besluit heeft de d-g NMa omtrent de mogelijkheid van Aesculaap om de mededingingsbeperkende gedragingen van AUV te accepteren en te handhaven reeds geoordeeld dat Aesculaap al dan niet stilzwijgende heeft ingestemd met de mededingingsbeperkende gedragingen en zich niet publiekelijk van deze gedraging heeft gedistantieerd. Bovendien had Aesculaap de mogelijkheid om de overeenkomst af te wijzen, haar economische afhankelijkheid van AUV stond daaraan niet aan de weg.<sup>11</sup>De d-g NMa is van oordeel dat het vorenstaande onverkort van toepassing blijft, ook nu de overeenkomst tussen AUV en Aesculaap dient te worden beschouwd als een verticale afspraak.
27. Ten aanzien van de verwijtbaarheid is het in het onderhavige geval van belang dat sprake is van twee verschillende overtredingen, te weten: het (horizontale) leveringsweigeringsbeleid van AUV dat gekwalificeerd wordt als een zeer zware overtreding en het (verticale) doorleveringsverbod waar Aesculaap aan deelnam dat gekwalificeerd wordt als een zware overtreding. Bij vaststelling van de factor heeft de d-g NMa in het onderhavige besluit het verschil in zwaarte tussen de overtredingen tot uitdrukking gebracht en rekening gehouden met de economische context van de overtredingen. Het vorenstaande heeft tot gevolg dat voor AUV een factor 2 geldt en voor Aesculaap een factor 1. Bovendien houdt de d-g NMa als boeteverlagende omstandigheid rekening met het feit dat Aesculaap het doorleveringsverbod op een terughoudende wijze uitvoerde (zie randnummer 28.). In het licht van het voorgaande is de d-g NMa van oordeel dat de verwijtbaarheid geen afzonderlijke boeteverlagende omstandigheid oplevert.

#### **D. Vaststelling hoogte boete Aesculaap**

28. Gezien het gestelde in randnummers 14. tot en met 27. van het onderhavige besluit bestaat naar het oordeel van de d-g NMa aanleiding om de hoogte van de boete die in het bestreden besluit aan Aesculaap is opgelegd als volgt te verlagen. De boetegrondslag van NLG [VERTROUWELIJK]<sup>12</sup> blijft gehandhaafd en wordt vermenigvuldigd met een factor 1. Het bedrag van NLG [VERTROUWELIJK] dient vervolgens door twee te worden gedeeld conform het bepaalde in randnummer 148. van het bestreden besluit. Het voorgaande resulteert afgerond in een bedrag van NLG [VERTROUWELIJK] (ongeveer

---

<sup>11</sup> Zie randnummers 150. –152. van het bestreden besluit

<sup>12</sup> Zie randnummer 144. van het bestreden besluit

EUR [VERTROUWELIJK]). De d-g NMa handhaaft zijn oordeel dat uitsluitend het feit dat Aesculaap zich actief sterk heeft gemaakt voor de levering van unieke producten aan uitgesloten dierenartsen en hiermee de schadelijke gevolgen van de gedragingen van AUV enigszins heeft weten te beperken aangemerkt dient te worden als een boeteverlagende omstandigheid. Op grond van deze omstandigheid dient naar oordeel van de d-g NMa de boete met een bedrag van EUR 500.000 te worden verlaagd tot EUR 250.000.

**(ii) Motivering voor afwijking van het advies: gegevens AUV**

29. De Adviescommissie is van oordeel dat de hoogte van de boete opgelegd aan AUV geen bijstelling behoeft met dien verstande dat zij de d-g NMa in overweging geeft AUV nog een laatste kans te geven om aan te tonen dat betaling van een boete van deze omvang haar faillissement zou betekenen. Hieromtrent overweegt de d-g NMa het volgende.
30. De d-g NMa is met de BAC van oordeel dat het feit dat de overeenkomst tussen AUV en Aesculaap dient te worden beschouwd als een verticale afspraak, meer bijzonder: een doorleveringsverbod, geen gevolg heeft voor de hoogte van de boete van AUV. De overeenkomst tussen AUV en Aesculaap werd door AUV immers gebruikt om haar (horizontale) leveringsweigeringsbeleid te handhaven. Het doorleveringsverbod completeert het leveringsweigeringsbeleid van AUV dat als een zeer zware overtreding dient te worden aangemerkt.
31. Bij vaststelling van de hoogte van de boete slaat de d-g NMa acht op het uitgangspunt dat de hoogte van de boete niet het faillissement van een levensvatbare onderneming waarschijnlijk mag maken.<sup>13</sup> De d-g NMa ziet in het onderhavige geval echter geen aanleiding om alvorens een besluit op bezwaar te nemen AUV in de gelegenheid te stellen aan te tonen dat de hoogte van de opgelegde boete onvermijdelijk tot haar faillissement zou leiden. In verband daarmee overweegt de d-g NMa het volgende. Het ligt op de weg van AUV om nadere gegevens aan de d-g NMa te verstrekken en zij heeft daartoe voldoende gelegenheid gehad. In het aanvullend bezwaarschrift d.d. 5 december 2002 (pagina 47, alinea 4.) hebben de gemachtigden van AUV betoogd dat zij de verhouding tussen de boete en het eigen vermogen van AUV onevenredig achten. Als producties 19 en 20 is een tweetal brieven van de bankier van AUV overgelegd. Voorts heeft de gemachtigde van AUV tijdens de hoorzitting van 14 februari 2003 een sheet overhandigd (Dia 15), waarop de balans van AUV per 31 december 2001 wordt weergegeven. Uit de overgelegde gegevens blijkt niet dat de hoogte van de boete onvermijdelijk tot het faillissement van AUV zal leiden. Indien, en voorzover, AUV heeft

---

<sup>13</sup> Zie randnummer 29. van de Richtsnoeren Boetetoemeting



betoogd dat een laag eigen vermogen negatieve gevolgen zou hebben voor haar bancaire arrangementen, is de d-g NMa van oordeel dat zulks eveneens niet uit de overgelegde gegevens blijkt. Bovendien blijkt uit de meest recente jaarrekening van AUV over 2002 dat het eigen vermogen van AUV ruim EUR 16,6 miljoen bedraagt. De aan AUV opgelegde boete van EUR 9,7 miljoen is derhalve substantieel lager dan het eigen vermogen. Voorts is de d-g NMa met de Adviescommissie van oordeel dat ook al zou de boete het eigen vermogen van AUV overtreffen dit op zichzelf geen reden is om de boete te verlagen. Zoals de Adviescommissie heeft aangegeven hebben de leden van AUV rechtstreeks invloed op het eigen vermogen en de financiële situatie van AUV. Indien (veel) winst wordt uitgekeerd aan de leden blijft het eigen vermogen laag. Uit de statuten van AUV blijkt dat het bestuur jaarlijks de winstbestemming bepaalt. Tenslotte blijkt uit de statuten van AUV dat het bestuur dan wel de algemene vergadering de hoogte van de door de leden te betalen bijdragen vaststelt, hetgeen eveneens invloed heeft op het eigen vermogen.

32. Voor het overige heeft AUV geen gegevens aan de d-g NMa verstrekt op grond waarvan geconcludeerd kan worden dat de hoogte van de boete onvermijdelijk het faillissement van AUV tot gevolg zal hebben.
33. In het licht van het voorgaande acht de d-g NMa een faillissement van AUV als gevolg van de boete niet aannemelijk. De d-g NMa gaat om die reden niet over tot het bieden van een nadere gelegenheid zoals door de Adviescommissie gesuggereerd.

#### **IV. Besluit**

34. De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit:
  - A) Neemt het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 17 september 2003 gedeeltelijk over en wijkt daarvan op grond van het vorenstaande gedeeltelijk af;
  - B) Verklaart het bezwaar van AUV tegen zijn besluit van 29 augustus 2002, nummer 2422/63, ongegrond;
  - C) Verklaart het bezwaar van Aesculaap BV tegen zijn besluit van 29 augustus 2002, nummer 2422/63, gegrond voor zover betrekking hebbende op de hoogte van de boete en ongegrond voor het overige. Legt met toepassing van artikel 62 van de Mededingingswet in bezwaar aan Aesculaap BV een boete op van EUR 250.000.

35. Dit besluit is gericht tot de rechtspersoon AUV Dierenartsencoöperatie U.A., voorheen geheten, AUV Coöperatieve Nederlandse Veterinair-farmaceutische Groothandel U.A., statutair gevestigd te Cuijk, en tot de rechtspersoon Aesculaap B.V., statutair gevestigd te Boxtel.

W.g.

Datum: 18 november 2003

Mr. P. Kalbfleisch

Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

*Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50 951, 3007 BM Rotterdam.*