

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 3353-89

Betreft zaak: CR Delta

1	INLEIDING	3
2	PROCEDURE	3
3	HET RAPPORT	4
4	FEITEN	6
4.1	CR DELTA	6
4.2	GEGEVENS OMTRENT DE SECTOR	7
4.3	DE ONDERZOCHE KORTINGSREGELINGEN VAN CR DELTA	8
	<i>Brief van 25 mei 2001</i>	8
	<i>Brief van 5 december 2001</i>	8
	<i>Brieven van 6 en 26 augustus 2002</i>	9
	<i>Brief van 28 maart 2003</i>	10
5	BEOORDELING	11
5.2	FORMELE EN PROCEDURELE KWESTIES.....	11
5.2.1	<i>Standpunt van CR Delta</i>	11
5.2.2	<i>Beoordeling</i>	11
5.3	DE ECONOMISCHE MACHTSPOSITIE	12
5.3.1	<i>Standpunt van CR Delta</i>	12
5.3.2	<i>Beoordeling</i>	15
5.4	HET MISBRUIK.....	19
5.4.1	<i>Standpunt van CR Delta</i>	19
5.4.2	<i>Beoordeling</i>	22
5.5	CONCLUSIE TEN AANZIEN VAN HET MISBRUIK.....	28
5.6	VASTSTELLING VAN DE DUUR VAN HET MISBRUIK	28
6	BOETE EN LAST	29
6.1	TOEREKENING.....	29

6.2	BOETE.....	29
6.2.1	<i>Beoordelingskader.....</i>	29
6.2.2	<i>Boetegrondslag.....</i>	30
6.2.3	<i>Ernst van de overtreding.....</i>	31
6.2.4	<i>Vaststelling van de hoogte van de boete</i>	32
6.3	LAST	33
7	BESLUIT.....	34

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62 van de Mededingingswet

1 INLEIDING

1. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna ook: d-g NMa) heeft naar aanleiding van berichten in het CR Delta Magazine van januari 2002 en van september 2002 alsmede naar aanleiding van door concurrenten van CR Delta VRV Holding B.V. (hierna ook: CR Delta) overgelegde informatie ambtshalve een onderzoek ingesteld naar een mogelijke overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw) door CR Delta. Het onderzoek heeft zich gericht op mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen van CR Delta met betrekking tot het hanteren van diverse kortingsregelingen bij de verkoop van fokstiersperma in Nederland vanaf 1 september 2001.
2. CR Delta heeft diverse dochterondernemingen, waaronder Holland Genetics B.V. In dit besluit zal doorgaans de aanduiding 'CR Delta' worden gebruikt. Hieronder vallen ook de activiteiten en de gedragingen van Holland Genetics B.V., tenzij expliciet anders is aangegeven.

2 PROCEDURE

3. In het kader van het onderzoek is bij CR Delta informatie opgevraagd door middel van een aantal brieven, waarvan de eerste is verzonden op 14 februari 2003. Er is ook informatie opgevraagd bij andere marktpartijen.
4. Uitkomst van het onderzoek was dat een redelijk vermoeden bestond dat artikel 24 Mw door CR Delta is overtreden en dat deze overtreding aan CR Delta en Holland Genetics B.V. kan worden toegerekend. Met het oog op een daarvoor op te leggen boete en/of last onder dwangsom heeft de d-g NMa een rapport in de zin van artikel 59 Mw doen opmaken (hierna: het rapport). Dit rapport is vastgesteld en aan CR Delta toegezonden op 1 september 2003.
5. Op 25 september 2003 heeft de NMa CR Delta met het oog op artikel 60, lid 2, Mw alle op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden. Conform artikel 60, lid 1, Mw heeft de NMa CR Delta hierbij opgeroepen schriftelijk en/of mondeling haar zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen. CR Delta heeft haar schriftelijke zienswijze toegezonden op 29 oktober 2003. Zij heeft deze op 4 november 2003 mondeling toegelicht in een ten kantore van de NMa gehouden hoorzitting. Tijdens deze hoorzitting heeft de NMa vragen gesteld. CR Delta heeft

deze vragen beantwoord bij brief van 14 november 2003. Conform artikel 61, lid 2, Mw is een verslag opgemaakt van de hoorzitting. Dit verslag is CR Delta toegezonden op 18 december 2003, waarbij zij in gelegenheid is gesteld hierover opmerkingen te maken.

3 HET RAPPORT

6. Hieronder wordt het rapport kort en zakelijk samengevat.
7. CR Delta verricht economische activiteiten die onder meer bestaan uit het aanbieden van fokstiersperma. Het rapport vermeldt dat veehouders bij de keuze van fokstiersperma niet zijn aangewezen op een door een bepaalde leverancier te leveren specifieke soort fokstiersperma van een fokstier behorend tot een bepaalde rasgroep. Tevens blijkt de onderlinge substitueerbaarheid van fokstiersperma uit het feit dat CR Delta door middel van prijsveranderingen de veehouder kan sturen in zijn keuze voor een bepaald soort fokstiersperma. Om kwalitatief goed fokstiersperma te kunnen garanderen dient sperma van fokstieren zich eerst in de praktijk te bewijzen alvorens het aangeboden wordt als fokstiersperma. Aangezien proefstiersperma geen zekerheid levert omtrent het te behalen resultaat kan het geen substituut voor fokstiersperma vormen. Ten aanzien van het houden van een eigen stier wordt onder andere geconcludeerd dat dusdanige aanpassingen in de bedrijfsvoering nodig zijn dat ook het houden van een eigen stier geen substituut vormt voor fokstiersperma.
8. Een veehouder heeft de keuze zijn koeien te laten insemineren door een KI-organisatie dan wel zelf te insemineren. De veehouder heeft een groot belang bij een snelle beschikbaarheid van fokstiersperma.¹ Dit betekent dat wanneer de veehouder laat insemineren hij aangewezen is op de snelheid waarmee de KI-organisatie het gevraagde product en de dienst kan leveren. CR Delta beschikt over een landelijk dekkend inseminatienetwerk en verschillende opslagdepots voor fokstiersperma. Een veehouder die zelf insemineert zal zijn gewenste producten van een Nederlandse aanbieder en/of in Nederland gevestigde distributeur van fokstiersperma betrekken. Dit is mede toe te schrijven aan de kosten die gemoeid zijn met het transport van rietjes,² veterinaire regelgeving en het feit dat buitenlandse stieren geen Nederlandse fokwaarde hebben en veehouders derhalve geen zekerheid hebben over de prestaties van het fokstiersperma. Verder is gebleken dat concurrentiedruk van buitenlandse aanbieders zonder Nederlandse distributeur

¹ Immers, indien het rund niet meer vruchtbaar is, zal gewacht moeten worden op de volgende vruchtbare periode. Dit leidt ertoe dat een veehouder een groot aantal dagen aan melkproductie en dientengevolge inkomsten zal mislopen. Daarenboven is het voor de duurzaamheid van een rund gewenst de periode tussen de draagtijden zo kort mogelijk te houden.

² Een dosis stiersperma wordt opgeslagen in een zogenaamd 'rietje'.

beperkt is. Op basis van het bovenstaande concludeert het rapport dat de relevante markt de markt is voor het aanbieden van fokstiersperma aan veehouders in Nederland.

9. Op basis van cijfers opgesteld en aangeleverd door CR Delta en cijfers aangeleverd door concurrerende marktpartijen is in het rapport vastgesteld dat CR Delta over een marktaandeel van rond de 80% beschikt. Met het oog op het marktaandeel van CR Delta en de kleine marktaandelen van concurrenten is aannemelijk dat zij zich op de markt voor het aanbieden van fokstiersperma onafhankelijk van haar concurrenten kan gedragen en derhalve beschikt over een economische machtspositie zoals bedoeld in artikel 1, sub i, Mw.³
10. CR Delta hanteert een kwantumkortingsregeling waarmee een hoger kortingspercentage wordt verkregen wanneer men een bepaalde staffelgrens oftewel afnamedrempel passeert. Het verkregen hogere kortingspercentage wordt uitgekeerd over de totaal afgenomen hoeveelheid fokstiersperma en niet slechts over het omzedeel binnen de hogere staffel. Bovendien worden de kortingen uitgekeerd na de referentieperiode van een jaar. Op grond hiervan concludeert het rapport dat de kwantumkortingsregeling wordt gekenmerkt door klantenbindende aspecten en moet worden aangemerkt als een getrouwheidskorting met een mededingingsbeperkende strekking.
11. Tevens hanteerde CR Delta een klantentrouwregeling waarbij de afnemer werd beloond wanneer men (bijna) al het benodigde sperma bij CR Delta zou betrekken. Deze korting wordt aan het eind van het boekjaar uitgekeerd. Deze korting is niet gebaseerd op afname van een bepaald absoluut volume en is ook overigens niet gebaseerd op economische prestaties die een dergelijk voordeel rechtvaardigen. De regeling strekt er slechts toe afnemers aan CR Delta te binden, respectievelijk te ontmoedigen dat deze afnemers bij concurrenten afnemen, en wordt in het rapport derhalve aangemerkt als een getrouwheidskorting met een mededingingsbeperkende strekking.
12. CR Delta hanteert verder een tester-korting waarmee afnemers een lagere prijs krijgen voor hun proefstiersperma dan diegenen die niet aan het testprogramma deelnemen. Tevens krijgen deelnemers aan het testprogramma korting bij het afnemen van fokstiersperma. Deze korting is niet gebonden aan enig afnamevolume of andere economische prestatie en wordt zonder meer toegekend. Het rapport concludeert dat ook deze korting sterke klantenbindende aspecten bevat en moet worden aangemerkt als een getrouwheidskorting met een mededingingsbeperkende strekking.

³ CR Delta heeft een marktaandeel van in ieder geval 80%. Haar concurrenten hebben marktaandelen die substantieel onder de 10% liggen. Het totale marktaandeel van de concurrenten van CR Delta is slechts een kwart van het marktaandeel van CR Delta.

13. In het rapport wordt vervolgens geconcludeerd dat alle drie de kortingsregelingen deel uitmaken van een stelsel van kortingen dat CR Delta hanteert bij de verkoop van fokstiersperma in Nederland. Het stelsel van kortingsregelingen versterkt volgens het rapport het klantenbindend karakter van elke kortingsregeling afzonderlijk. CR Delta heeft verder aan de afnemers bericht dat deelname aan alle drie de kortingsregelingen tot een gezamenlijk korting op het aankoopbedrag van 15 tot 20% kan leiden. Het stelsel van getrouwheidskortingen beperkt derhalve de afnemers in hun keuze tussen CR Delta en haar concurrenten.
14. Het hanteren van getrouwheidskortingen door ondernemingen met een economische machtspositie is in strijd met artikel 24 Mw. Gezien het voorgaande is in het rapport geconcludeerd dat er een redelijk vermoeden bestaat dat CR Delta vanaf 1 september 2001 tot en met 1 september 2003 inbreuk heeft gemaakt op artikel 24 Mw door het hanteren van de beschreven kortingsregelingen. De overtreding is in het rapport toegerekend aan CR Delta VRV Holding B.V. en Holland Genetics B.V.

4 FEITEN

15. Onderstaande feiten zijn weergegeven in het rapport en door CR Delta niet betwist. Derhalve wordt in dit besluit uitgegaan van deze feiten.

4.1 CR Delta

16. CR Delta is op 2 januari 2002 ontstaan uit een fusie tussen de Koninklijke Coöperatie Rundveeverbetering Delta U.A. en de Vlaamse Rundveeteelt Vereniging. De Koninklijke Coöperatie Rundveeverbetering Delta U.A. was op 26 augustus 1998 ontstaan uit een fusie van een aantal Nederlandse rundveeverbeteringsorganisaties, waaronder het Koninklijk Nederlands Rundvee Syndicaat en Holland Genetics.
17. CR Delta is actief op het gebied van het bedrijfsmatig handelen in informatieproducten op het gebied van rundveeverbetering en genetisch materiaal. CR Delta is onderverdeeld in vier divisies. De voor het onderhavige onderzoek relevante divisie is de productdivisie Holland Genetics. Holland Genetics ontwikkelt, produceert, verkoopt en distribueert genetisch materiaal.⁴ Vanaf 1 september 2002 is de productdivisie Holland Genetics ondergebracht in een aparte rechtspersoon, namelijk Holland Genetics B.V. CR Delta is houder van 100% van de aandelen in Holland Genetics B.V.

⁴ Zie voor een volledige beschrijving van de activiteiten van CR Delta het besluit van de d-g NMa van 28 maart 2003 in zaak 1205/FHRS vs. CR Delta.

4.2 Gegevens omtrent de sector

18. Volgens cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek waren er in Nederland in 2000 45.820 agrarische bedrijven met rundvee. In 2002 is dit aantal gedaald tot 41.266. Evenals het aantal agrarische bedrijven met rundvee vertoont de omvang van de Nederlandse rundveestapel een daling. In 2000 hielden deze bedrijven gezamenlijk nog circa 3,9 miljoen stuks rundvee waarvan circa 1.475.000 melk- en kalfkoeien. In november 2002 is het aantal stuks rundvee dat door de bedrijven wordt gehouden gedaald tot circa 3,8 miljoen stuks waaronder circa 1,5 miljoen melk- en kalfkoeien in Nederland. Ter vergelijking, in 1996 waren er 54.403 agrarische bedrijven met rundvee in Nederland gevestigd die gezamenlijk circa 4,5 miljoen stuks rundvee hielden.
19. De Nederlandse agrarische bedrijven met rundvee vertonen aanzienlijke verschillen in bedrijfsomvang, variërend van 25 stuks rundvee per bedrijf tot meer dan 200 stuks rundvee. Een bedrijfsomvang van 100 tot 150 stuks rundvee is in Nederland het meest gebruikelijk. Indien enkel gekeken wordt naar agrarische bedrijven met voornamelijk melk- en kalfkoeien, komt een gemiddelde bedrijfsomvang tussen de 50 en 100 stuks in Nederland het meest voor.⁵
20. In Nederland zien veeverbeteringsorganisaties toe op de ontwikkeling en fokkerij van de diverse rassen van de Nederlandse rundveestapel. CR Delta is de grootste veeverbeteringsorganisatie in Nederland, gevolgd door onder meer Koepon Holding B.V., KI Kampen B.V. en KI Samen. CR Delta en Koepon Holding B.V. zijn met hun veeverbeteringsprogramma ook in het buitenland (met name in Canada en de Verenigde Staten) actief. Beiden hebben zich daarbij met name toegelegd op de wereldwijde fokkerij van het ras Holstein-Frisian (hoofdzakelijk samengesteld uit het zwartbont en roodbont melkras).⁶
21. De primaire handelsrelatie van veeverbeteringsorganisaties met agrarische bedrijven is dat zij deze bedrijven stiersperma leveren ter inseminatie van hun koeien.

4.3 De onderzochte kortingsregelingen van CR Delta

22. In het rapport is een opsomming gegeven van de publicaties en brieven waarin CR Delta de kortingsregelingen aan haar afnemers communiceert. Een aantal van deze brieven is hieronder opgenomen. Kort samengevat kondigt CR Delta in de hier deels weergegeven correspondentie en publicaties aanpassingen van haar testovereenkomst aan en maakt zij meerdere malen melding van de invoering van een nieuwe kortingsregeling, die bestaat uit een kwantumkortingsregeling en een regeling klantentrouw. Tevens wordt de werking van de kortingsregelingen uitgelegd en

⁵ Zie CBS statistieken en de Land- en tuinbouwcijfers 2003, LEI en CBS, te downloaden op www.lei.dlo.nl.

⁶ Zie *Ontwikkelingen in de export van Nederlands fokvee*, LEI, maart 2003.

aangekondigd dat de kortingsregelingen gezamenlijk de spermaprijzen fors kunnen verlagen. CR Delta geeft aan dat de kortingen op kunnen lopen tot 15 à 20 procent.⁷

Brief van 25 mei 2001

23. De onderzochte testerskortingsregeling is ingegaan per 1 september 2001. CR Delta heeft de veehouders die een zogenaamde testovereenkomst gesloten hebben met CR Delta bij brief van 25 mei 2001 – ondertekend door de toenmalig manager foktechniek – op de hoogte gebracht van aanpassingen van deze overeenkomst per 1 september 2001.

Brief van 5 december 2001

24. Bij brief van 5 december 2001 zijn afnemers van fokstiersperma van Holland Genetics door CR Delta op de hoogte gebracht van een nieuwe kortingsregeling op sperma-aankoop van fokstieren van Holland Genetics.⁸ In deze brief staat het volgende vermeld:

“Zoals we op de najaarsvergaderingen hebben aangekondigd, introduceert CR Delta een kortingsregeling op sperma-aankoop van fokstieren van Holland Genetics (...) In deze brief willen we de financiële gevolgen van de kortingsregelingen (...) voor u als klant van CR Delta verduidelijken.

De kortingsregeling bestaat uit twee elementen, kwantumkorting en klantentrouw, en wordt in twee fasen ingevoerd:

Kwantumkorting

De kwantumkorting op jaaromzet gaat met terugwerkende kracht in per 1 september 2001. Dit is een kortingsregeling op het totale aankoopbedrag voor alle fokstiersperma dat via CR Delta is aangekocht (dus Holland Geneticsstieren, CRI-stieren, Duitse roodbonte stieren uit de Eurogenetics uitwisselingsregeling, vleesstieren, Jerseystieren en de overige rassen). De korting is niet van toepassing op proefstieren. De kwantumkorting wordt als volgt gegeven:

<i>Omzet (euro)</i>	<i>Korting (%)</i>	<i>Korting in euro's</i>
<i>1000</i>	<i>1</i>	<i>10€</i>
<i>1500</i>	<i>2</i>	<i>30€</i>
<i>2000</i>	<i>3</i>	<i>60€</i>
<i>3000</i>	<i>4</i>	<i>120€</i>

⁷ Dossierstuk 3353/ 18.

⁸ Dossierstuk 3353/ 1.

4000

5

200€

Klantentrouw

Deze kortingsregeling is van toepassing op klanten die alle (of nagenoeg alle) sperma bij CR Delta kopen. De klantentrouw gaat in vanaf het volgende boekjaar per 1 september 2002. Aan deze kortingsregeling wordt momenteel gewerkt. De voorwaarden voor deze kortingsregeling worden ruimschoots voor de ingangsdatum kenbaar gemaakt.

(...)

De financiële gevolgen van de kortingsregelingen (...) voor u als klant van CR Delta zijn in het kort als volgt weer te geven:

(...)2. Klanten met een grotere afname van sperma (en vanaf volgend boekjaar: klanten met een hoog marktaandeel HG) profiteren het meest van de kortingsregelingen.”

25. In de slotalinea van voornoemde brief geeft CR Delta het volgende aan: “ *Met de kortingsregelingen willen we tegemoetkomen aan de wens van veel CR Delta leden dat de trouwste klanten van Holland Genetics ook financieel beloond worden voor hun inzet.*”

Brieven van 6 en 26 augustus 2002

26. Bij brieven van 6 augustus en 26 augustus 2002 zijn veehouders op de hoogte gebracht van de verdere details van de klantentrouwregeling.⁹ In deze brieven staat het volgende vermeld:

“ CR Delta dankt haar sterke positie aan haar vele trouwe klanten. Daarom werd bij de introductie van de kwantumkorting begin dit jaar reeds gemeld dat er tevens een kortingsregeling voor trouwe klanten zou komen. (...) Vanaf 1 september 2002 kunt u deelnemen aan deze nieuwe regeling. ‘Klantentrouw’ wordt toegevoegd aan het reeds bestaande pakket van kortingen op sperma bij CR Delta. Dit pakket bevat naast de nieuwe ‘klantentrouw’ regeling, de ledenkorting, testerskorting, kwantumkorting en korting bij automatisch betalen.

De regeling ‘Klantentrouw’, houdt het volgende in:

- *Veehouders die 90 % of meer van hun inseminaties (laten) verrichten met van CR Delta gekocht sperma, krijgen 1 % korting op hun sperma omzet bij CR Delta, exclusief proefstieren.*
- *Veehouders die 100 % van hun inseminaties (laten) verrichten met van CR Delta gekocht sperma, krijgen 2 % korting op hun sperma omzet bij CR Delta, exclusief proefstieren.*
- *Voor deelname aan de regeling geldt een jaarlijkse omzet van € 400,- bij CR Delta als ondergrens.*
- *De korting wordt jaarlijks berekend over het boekjaar van 1 september tot en met 31 augustus en wordt achteraf teruggegeven.”*

⁹ Dossierstukken 3353/ 17 en 3353/ 3.

Brief van 28 maart 2003

27. De raadsman van CR Delta heeft bij brief van 26 maart 2003, in antwoord op door de NMa bij brief van 14 februari 2003 gestelde vragen, aangegeven dat de brief van de NMa aanleiding is geweest voor CR Delta om één van de daarin genoemde kortingsregelingen, te weten de regeling klantentrouw, nogmaals tegen het licht te houden. CR Delta heeft naar eigen zeggen besloten om, ter vermindering van iedere discussie met betrekking tot de rechtsgeldigheid en/of toelaatbaarheid van de regeling klantentrouw, de regeling niet uit te voeren en met terugwerkende kracht in te trekken. CR Delta deelt de NMa mede de betrokken klanten hiervan schriftelijk op de hoogte te zullen stellen.
28. Aan de NMa is een afschrift van de in het vorig randnummer genoemde brief aan de betrokken klanten overgelegd.¹⁰ In deze brief, gedateerd op 28 maart 2003 en door een lid van de Raad van Commissarissen van CR Delta ondertekend, staat het volgende vermeld:

“ In de maand september van het vorig jaar nodigde CR Delta u uit deel te nemen aan de regeling Klantentrouw. Tot onze grote spijt moet CR Delta u echter berichten niet in staat te zijn deze regeling uit te voeren aangezien, naar thans blijkt, deze mogelijk op gespannen voet staat met de Mededingingswet.

CR Delta wenst zich strikt aan de wet te houden en wenst iedere discussie met betrekking tot de rechtsgeldigheid van door haar gevoerd beleid te vermijden. In het verlengde daarvan ziet de Raad van Commissarissen zich helaas genoodzaakt de regeling met onmiddellijke ingang met terugwerkende kracht in te trekken.

CR Delta hecht eraan u in een zo vroeg mogelijk stadium van deze ontwikkeling op de hoogte te stellen zodat u in de komende maanden, desgewenst, uw bestelbeleid daarop kunt afstemmen.

(...)

CR Delta biedt haar verontschuldigen aan voor deze gang van zaken en beraadt zich thans over mogelijke andere regelingen die uw bestelgedrag kunnen belonen.”

¹⁰ Dossierstuk 3353/ 15, bijlage 1.

5 BEOORDELING

5.2 Formele en procedurele kwesties

5.2.1 *Standpunt van CR Delta*

29. CR Delta stelt dat de NMa geen serieus onderzoek heeft gedaan naar de relevante markt, haar positie op de markt, de strekking en verdere achtergronden van de onderzochte kortingsregelingen en de effecten hiervan. Zij benadrukt dat de NMa geen informatie heeft ingewonnen bij veehouders, bijvoorbeeld ten aanzien van de marktafbakening. CR Delta acht dit alles in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.
30. CR Delta meent verder dat de NMa naar een bepaald eindresultaat heeft geredeneerd. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de productmarktafbakening. De NMa heeft het gedrag van CR Delta onderzocht met betrekking tot fokstiersperma en dit is precies de productmarkt die de NMa heeft afgebakend, zonder te onderzoeken of de markt niet ook andere producten omvat, aldus CR Delta. Dit is volgens haar in strijd met het verbod op vooringenomenheid.
31. CR Delta merkt op dat zij zich niet in de gelegenheid acht te reageren op de in tabel 1 van het rapport opgenomen omzetcijfers van concurrenten, omdat deze niet volledig aan haar bekend zijn gemaakt. Zij meent daardoor niet te kunnen analyseren hoe hun omzetten zich hebben ontwikkeld, hetgeen zij van belang acht voor de analyse van haar eigen marktpositie. Ten aanzien van tabel 2 kan volgens haar hetzelfde worden opgemerkt.

5.2.2 *Beoordeling*

32. De NMa heeft concludent onderzoek verricht naar de relevante markt, de positie van CR Delta op deze markt en de (objectieve) strekking en overige omstandigheden van de besproken kortingsregelingen (zie hiervóór randnummers 7 t/m 13, en hierna de mede op dit onderzoek gebaseerde randnummers 49 t/m 61 en 78 t/m 95). Gezien de conclusies ten aanzien van de strekking van de regelingen (zie hiervóór randnummers 10 t/m 12 en hierna randnummer 96) is een analyse van de daadwerkelijke effecten van de kortingsregelingen niet bepalend voor de beoordeling van de betrokken regelingen in het licht van artikel 24 Mw. Zoals ook blijkt uit het dossier heeft de NMa in haar onderzoek, anders dan CR Delta stelt, diverse andere denkbare marktafbakeningen in ogenschouw genomen en kennis genomen van informatie die hierbij van belang is. De uitkomsten van het onderzoek waren evenwel eenduidig, zoals ook blijkt uit het rapport. Gegeven deze uitkomsten was het niet nodig veehouders te bevragen. De NMa heeft CR Delta voorts door middel van bandbreedtes en indicaties volledig inzicht gegeven in de informatie vervat in de bedoelde tabellen en daarmee in de marktpositie van concurrenten, voor

zover haar geheimhoudingsplicht dit toelaat. Dit is voor CR Delta ook voldoende om haar zienswijze te kunnen geven over de beoordeling van de NMa op dit punt.

33. Uit bovenstaande beoordeling van de stellingen van CR Delta blijkt derhalve geenszins dat de NMa bij haar onderzoek in strijd heeft gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel of het verbod op vooringenomenheid.

5.3 De economische machtspositie

5.3.1 *Standpunt van CR Delta*

34. CR Delta heeft in haar zienswijze kritiek geuit op de analyse in het rapport ten aanzien van de afbakening van de markt en de positie van CR Delta op die markt.

(1) Productmarkt

35. CR Delta stelt dat zowel het aanschaffen van proefstiersperma als het op natuurlijke wijze insemineren met een eigen stier substituten zijn voor de aanschaf van fokstiersperma en dat deze mogelijkheden, anders dan het rapport concludeert, derhalve behoren tot dezelfde relevante productmarkt.

36. De praktijk leert, aldus CR Delta, dat veehouders daadwerkelijk overstappen; zo heeft CR Delta in het recente verleden de prijs van proefstiersperma verhoogd hetgeen leidde tot een afname van de afzet van proefstiersperma en een evenredige toename van het aantal afgezette doses fokstiersperma. CR Delta levert in haar beantwoording van de door de NMa op de hoorzitting van 4 november 2003 gestelde vragen een tabel aan waaruit in haar visie blijkt dat proefstiersperma een substituuat is voor fokstiersperma.¹¹

37. Volgens CR Delta baseert de veehouder zijn keuze tussen fokstiersperma en proefstiersperma op zowel de mate van zekerheid dat het gewenste productiedoel wordt gehaald (die kleiner is bij proefstiersperma) als op de prijs (die lager is bij proefstiersperma). Veelal insemineert een veehouder volgens CR Delta zowel met proefstiersperma als met fokstiersperma. CR Delta heeft ter onderbouwing van deze stelling een publicatie overgelegd, dat een interview bevat met een veehouder die stelt dat hij vrij vlot overstapt van fokstiersperma op proefstiersperma.

38. CR Delta stelt dat veehouders in toenemende mate gebruik maken van een eigen stier. Zij meent dat dit gebruik toeneemt naar mate de inkomsten van een veehouder meer onder druk staan. Het

¹¹ Dossierstuk 3353/75, antwoord op vraag 5.

houden van een eigen stier brengt naar haar oordeel geen noemenswaardige meerkosten met zich en veiligheidsaspecten spelen geen rol van betekenis.

(2) Geografische markt

39. Voor zover de markt moet worden afgebakend als de markt voor fokstiersperma, meent CR Delta dat deze markt tenminste de Benelux en Duitsland omvat. De handel in sperma is wereldwijd.
40. In 2002 bedroeg volgens CR Delta het aandeel buitenlands stiersperma in Nederland 16,2%. Hier gaat concurrentiedruk vanuit, aldus CR Delta. Dat buitenlands sperma vaak via in Nederland gevestigde (dochter)bedrijven wordt afgezet, impliceert volgens haar niet dat de markt nationaal is. De NMa moet dan ook in aanmerking nemen dat er geen bestaande prijsverschillen met het buitenland zijn. Deze prijzen zijn volgens CR Delta vergelijkbaar, zeker voor de Benelux en Duitsland. Er zijn diverse stieren waarvan de spermaprijs in die landen nagenoeg hetzelfde is.
41. Er moet volgens CR Delta in deze context geen belang worden gehecht aan haar landelijke netwerk van inseminatiediensten en fokstierspermadepots. Inseminatie is een aparte vorm van dienstverlening die in toenemende mate door meerdere aanbieders of de veehouder zelf wordt verricht. CR Delta's inseminatienetwerk heeft naar haar oordeel dan ook geen invloed op de beschikbaarheid van fokstiersperma. Hetzelfde geldt voor het aanhouden van verschillende depots in Nederland; dit doen andere ondernemingen ook.
42. Dat ondernemingen hun verkoopstrategie op landelijk of regionaal niveau vaststellen, is volgens CR Delta geen duidelijke aanwijzing voor een nationale markt als dit niet een belemmering vormt voor buitenlandse aanbieders. Het tegendeel is waar: er is volgens CR Delta in Nederland fokstiersperma verkrijgbaar van een groot aantal buitenlandse aanbieders.

(3) Positie van CR Delta op de relevante markt

43. Op de markt voor zowel fokstiersperma als proefstiersperma, die de Benelux en Duitsland omvat, schat CR Delta haar marktaandeel op [VERTR] % als het alleen fokstiersperma betreft, is haar schatting [VERTR] %. Op de Nederlandse markt voor zowel fokstiersperma als proefstiersperma is haar marktaandeel [VERTR] %. Uitgaande van de Nederlandse markt voor fokstiersperma en het gemiddeld aantal benodigde inseminaties in relatie tot het aantal in Nederland geboren kalveren wordt het marktaandeel op [VERTR] % geschat.
44. CR Delta leidt uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof of HvJEG) *Hoffmann-La Roche* af dat een hoog marktaandeel een belangrijke aanwijzing is voor het bestaan van een economische machtspositie, maar niet het ultieme bewijs daarvoor. Van belang is ook de stabiliteit van het marktaandeel. Zij leidt uit de beschikkingspraktijk van de

Europese Commissie (hierna: de Commissie) af dat dalende marktaandelen wijzen op afwezigheid van een machtspositie.

45. Het marktaandeel van CR Delta daalde in de afgelopen jaren. Haar klantenbestand daalde in boekjaar 2001/2002 met **[VERTR]**% en in 2002/2003 met **[VERTR]**%. CR Delta meent dat dit structureel is. Zij ziet verder niet in dat de inschatting van haar marktpositie door concurrenten relevant is bij de onderhavige beoordeling.
46. Concurrenten van CR Delta hebben volgens haar marktaandeel gewonnen en nieuwkomers hebben zich gevestigd. KI Kampen is hiervan een voorbeeld.
47. CR Delta acht haar landelijk dekkende inseminatienetwerk en depots evenmin van belang voor de beoordeling van haar marktpositie. Zij verwijst hiertoe naar haar argumenten met betrekking tot de geografische marktafbakening. CR Delta stelt verder dat zij in de periode 2001 tot en met 2003 niet in staat is gebleken de jaarlijkse kostenstijgingen door te berekenen in haar prijzen, omdat de afnemers dit volgens haar niet zouden hebben geaccepteerd. Dit bewijst dat zij niet haar bedrijfsbeleid kan bepalen zonder zich rekenschap te geven van haar afnemers en concurrenten. Zij heeft naar haar oordeel derhalve geen economische machtspositie.
48. CR Delta merkt in dit verband nog op dat haar onderneming tot 1 januari 2002 werd gedreven in de vorm van een coöperatie. De leden, waarvan de meeste afnemer waren, hadden zeggenschap over het bedrijfsbeleid, waaronder het prijsbeleid. CR Delta kon het zich derhalve niet permitteren zonder meer prijzen aan te passen. In de huidige structuur heeft het bestuur van één van beide aandeelhouders van CR Delta VRV Holding B.V., te weten CR Delta U.A., voorafgaande goedkeuring van de ledenraad nodig alvorens haar stem in de CR Delta VRV Holding te kunnen uitbrengen.

5.3.2 *Beoordeling*

(1) Productmarkt

49. Het testen van stiersperma is naar het oordeel van de d-g NMa een noodzaak om in de toekomst kwalitatief goed fokstiersperma te garanderen. Het is daarom noodzakelijk een deel van de inseminaties met proefstiersperma te verrichten. Dit maakt proefstiersperma nog geen substituut voor fokstiersperma maar toont eerder aan dat proefstiersperma een conditioneel product is. Proefstiersperma wordt tegen een aanmerkelijk lagere prijs dan fokstiersperma aangeboden om veehouders te stimuleren aan het testprogramma deel te nemen. Het feit dat een dergelijke stimulans nodig is om veehouders te bewegen proefstiersperma te gebruiken en de onzekerheid omtrent het productieresultaat en de kwaliteit geven ook al aan dat proefstiersperma naar haar aard geen volwaardig substituut kan vormen voor fokstiersperma.
50. De prijsverhogingen van proefstiersperma, weergegeven in de door CR Delta aangeleverde tabel (zie randnummer 36), hebben plaatsgevonden op 1 september 2001 en 2002. Vanaf 1 september 2001 en ook 2002 neemt de vraag naar zowel fokstiersperma als proefstiersperma toe.¹² De stijging in vraag naar fokstiersperma is groter dan de stijging van de vraag naar proefstiersperma. Er is echter ieder jaar vanaf september sprake van een stijgende vraag naar stiersperma en dus een grote vraagdynamiek.¹³ De grotere afname van fokstiersperma en proefstiersperma kan door allerlei factoren worden beïnvloed. CR Delta geeft ook aan dat zij enig causaal verband tussen de prijsverhoging van proefstiersperma en de toename van de vraag naar fokstiersperma niet kan aantonen. Het voorgaande maakt een oordeel over de mogelijkheid van substitutie aan de hand van deze tabel niet mogelijk. Voor zover dit wel mogelijk zou zijn, is de zeer geringe toename van het aandeel van fokstiersperma ([VERTR] % en [VERTR] %) gezien de forse prijsstijgingen van proefstiersperma ([VERTR] % en [VERTR] %) ook onvoldoende om te spreken van substitutie.
51. Ook bij het gebruik van een eigen stier valt, evenals bij proefstiersperma van een leverancier, zonder uitgebreid testen niet te voorspellen wat de kwaliteit van het te gebruiken sperma van deze stier zal zijn. Wanneer sperma zonder kwaliteitsgarantie daadwerkelijk een volwaardig substituut zou vormen voor fokstiersperma was het niet noodzakelijk geweest een testprogramma te ontwikkelen en kwaliteitsgaranties af te geven.¹⁴

¹² Vanaf 1 september is ieder jaar een toename van het aantal inseminaties zichtbaar. Zie bijvoorbeeld dossierstuk 3353/75, tabel onder vraag 3 en dossierstuk 3353/70, bijlage 8, pag. 7 en 8.

¹³ Zie voorgaande voetnoot.

¹⁴ Het artikel "Sperma van eigen stier" dat CR Delta heeft overlegd is niet gebaseerd op onderzoek en de conclusie die CR Delta trekt naar aanleiding van dit artikel is kennelijk gebaseerd op een citaat van één veehouder.

52. In het licht van het voorgaande concludeert de d-g NMa dat proefstiersperma en sperma van een eigen stier geen substituut vormen voor fokstiersperma. Gelet op de in het rapport weergegeven feiten en de beoordeling van de argumenten van CR Delta wordt het aanbieden van fokstiersperma aan veehouders als relevante productmarkt aangemerkt.

(2) Geografische markt

53. De noodzaak voor spermaleveranciers om een vestiging in Nederland te hebben komt voort uit het belang van de veehouder om snel over fokstiersperma te kunnen beschikken. CR Delta beschikt over een landelijk dekkend inseminatienetwerk om het sperma overal in Nederland te kunnen leveren. Verder blijkt uit door marktpartijen aangeleverde informatie en uit de zienswijze van CR Delta dat Nederlandse veehouders nagenoeg al hun fokstiersperma afnemen van Nederlandse of (mede) in Nederland gevestigde aanbieders.¹⁵ Er is niet gebleken dat er substantiële hoeveelheden veehouders zijn die fokstiersperma rechtstreeks uit het buitenland afnemen. Een verklaring voor het feit dat Nederlandse veehouders geen sperma van buitenlandse aanbieders zonder Nederlandse vestiging gebruiken wordt niet alleen gegeven doordat de afstand een snelle levering zou belemmeren, maar volgt ook uit het ontbreken van een Nederlandse fokwaarde van het door deze buitenlandse aanbieders geleverde fokstiersperma.¹⁶ De kortingsregelingen van CR Delta gelden slechts voor Nederlandse veehouders. Ook het nationale, commerciële beleid van CR Delta ondersteunt de stelling dat Nederland als relevante geografische markt moet worden aangemerkt.

54. CR Delta heeft aangevoerd dat internationaal vergelijkbare prijzen voor sperma van fokstieren worden gehanteerd, maar heeft geen gegevens aangeleverd die deze stelling onderbouwen. Van een aantal stieren komen de prijzen in verschillende lidstaten overeen, maar er zijn ook talloze stieren waarbij de prijzen internationaal wel degelijk significant uiteenlopen.¹⁷ Overigens blijkt uit de beschikkingspraktijk van de Commissie weliswaar dat wanneer er verschillende prijzen van lidstaat tot lidstaat worden gehanteerd met betrekking tot een product dit een factor is die tot het oordeel kan leiden dat een markt nationale kenmerken vertoont. Daarmee is echter niet gezegd dat wanneer dergelijke prijsverschillen niet aanwezig zijn dit tot het oordeel leidt dat een nationale markt niet kan bestaan, aangezien tevens van belang is of de prijzen in andere lidstaten van directe invloed zijn op de prijzen in Nederland. CR Delta geeft echter zelf aan dat bijvoorbeeld Duitsland en Frankrijk hun markt op allerlei manieren volledig voor buitenstaanders hebben afgeschermd.¹⁸

¹⁵ Af te leiden uit dossierstukken 3353/ 15, 3353/ 18, 3353/ 30 en 3353/ 70, randnummer 40.

¹⁶ Dossierstuk 3353/ 37.

¹⁷ Dossierstuk 3353/ 70, bijlage 5.

¹⁸ Dossierstuk 3353/ 78, verslag van de hoorzitting van 4 november 2003, p. 4.

55. Gelet op de in het rapport weergegeven feiten en de beoordeling van de argumenten van CR Delta wordt de markt voor het aanbieden van fokstiersperma aan veehouders in Nederland als relevante markt aangemerkt.

(3) Positie van CR Delta op de relevante markt

56. Bij het bepalen van het marktaandeel van CR Delta wordt uitgegaan van de met inseminaties fokstiersperma gegenereerde omzet, vanuit een economisch oogpunt de relevante factor in casu om het marktaandeel op te baseren. Op basis van de met deze inseminaties gegenereerde omzet ligt het marktaandeel van CR Delta rond de 80%. De door CR Delta berekende marktaandelen van [VERTR] – [VERTR] % gaan, gezien de conclusie in randnummer 55, uit van een onjuiste geografische markt en zijn derhalve niet relevant. Dit geldt tevens voor het door CR Delta berekende marktaandeel van [VERTR] % waarbij CR Delta onterecht is uitgegaan van een markt voor fok- en proefstiersperma. Ook voert CR Delta nog aan dat zij haar marktaandeel schat op [VERTR] %, uitgaande van het gemiddeld aantal benodigde inseminaties in relatie tot het aantal in Nederland geboren kalveren.¹⁹ Het aantal in Nederland geboren kalveren is bij het bepalen van het marktaandeel van CR Delta echter niet van belang, aangezien dit geen direct verband houdt met de door CR Delta en haar concurrenten behaalde omzet.

57. Ook het feit dat vrijwel alle concurrenten van CR Delta onafhankelijk van elkaar het marktaandeel van CR Delta op de markt van verkoop van fokstiersperma tussen de 80 en 90% schatten, ondersteunt de conclusie van het rapport zoals weergegeven in randnummer 9 van dit besluit.²⁰

58. Het Hof overweegt in het arrest *Hoffmann - La Roche*²¹ dat gekeken moet worden naar de specifieke omstandigheden van de markt maar dat, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, zeer aanzienlijke marktaandelen op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren.²² Bij het over een langere periode bestaan van een zeer hoog marktaandeel (> 75%) is op zichzelf het bestaan van een machtspositie bewezen en dit geldt temeer wanneer geen naaste concurrent tot een marktaandeel van 10% reikt.²³ Een onderneming met een zeer aanzienlijk marktaandeel ontleent aan de omvang van haar productie en aanbod namelijk een marktmacht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen op zichzelf al voldoet de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag te verzekeren.²⁴ Zowel uit de jurisprudentie van het

¹⁹ CR Delta heeft haar schattingen niet nader onderbouwd.

²⁰ Dossierstukken 3353/39, 40, 41, 42, 44, 45 en 46.

²¹ Arrest van het HvJEG van 13 februari 1979, *Hoffmann - La Roche*, zaak 85/76, Jur. 1979, p. 461 (hierna: *Hoffmann - La Roche*), r.o. 41.

²² Zie tevens het arrest van het HvJEG van 30 april 1986, *Akzo*, zaak C-62/86, Jur. 1991, blz. I-3359, r.o. 60.

²³ Arrest van het HvJEG *Hoffmann - La Roche*, r.o. 59-60.

²⁴ Arrest van het HvJEG *Hoffmann - La Roche*, r.o. 41.

Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Gerecht of GvEA) als uit de beschikkingspraktijk van de Commissie blijkt dat dalende marktaandelen niet volstaan om aan te tonen dat er geen sprake is van een economische machtspositie.²⁵ Dit geldt zeker bij een marktaandeel van rond de 80%.

59. Het feit dat concurrenten van CR Delta recentelijk marktaandeel hebben gewonnen en er nieuwkomers op de markt zijn, toont evenmin aan dat CR Delta geen economische machtspositie heeft.²⁶ Van belang is de marktaandelen van de naaste concurrenten te vergelijken met het marktaandeel van CR Delta om te beoordelen in hoeverre deze laatste zich onafhankelijk van haar naaste concurrenten kan gedragen. Tevens dient rekening te worden gehouden met de ontwikkeling van de marktaandelen van de op de markt aanwezige partijen. De grootste concurrent van CR Delta heeft nog geen marktaandeel dat de 10% dicht nadert en de marktaandelen van de andere concurrenten zitten daar nog substantieel onder. Het gezamenlijke marktaandeel van de concurrentie beslaat slechts een kwart van het marktaandeel van CR Delta. De lichte daling van bijna [VERTR] % van het marktaandeel van CR Delta indiceert evenmin dat zij geen economische machtspositie heeft. Het marktaandeel van CR Delta is na de lichte daling nog steeds uitzonderlijk hoog, en zelfs hoger dan de in randnummer 58 genoemde 75%.
60. De mededeling dat CR Delta in de afgelopen jaren haar kostenstijgingen niet heeft kunnen doorberekenen wijst evenmin op afwezigheid van een economische machtspositie. CR Delta heeft bovendien geen bewijs geleverd dat zij niet in staat is geweest dergelijke kostenstijgingen door te berekenen. Wat daar verder ook van zij, het enkele feit dat CR Delta niet in staat zou zijn geweest kostenstijgingen door te berekenen, toont niet aan dat zij geen dominante positie op de relevante markt heeft.²⁷ Ook ondernemingen met een economische machtspositie kunnen een prijsniveau bereiken, waarbij een prijsverhoging niet rendeert.
61. CR Delta merkt verder nog op dat zij oorspronkelijk in de vorm van een coöperatie werd gedreven en dat de afnemers derhalve zeggenschap hadden over, onder andere, het prijsbeleid. De vraagzijde van de markt bestaat echter geheel uit afzonderlijke veehouders en is derhalve zeer gefragmenteerd. Er is derhalve geen substantiële marktmacht aan de vraagkant van de markt, die tegenwicht kan bieden aan de marktpositie van CR Delta. Bovendien wil een adviserende of zelfs beslissende stem over het algemene prijsbeleid nog niet zeggen dat de veehouders daadwerkelijk bepaalden welke prijzen CR Delta hanteerde. Sinds 1 januari 2002 is CR Delta niet langer een

²⁵ Arrest van het GvEA van 30 september 2003, *Michelin II*, zaak T-203/01 (hierna: *Michelin II*), r.o. 245 en beschikking van de Commissie van 16 september 1998, *TACA II*, PB 1999 L95/1, randnummer 533.

²⁶ Vergelijk het arrest van het GvEA van 17 december 2003, *British Airways*, zaak T-219/99 (hierna: *British Airways*), r.o. 298.

²⁷ Vergelijk het arrest van het Hv. EG van 9 november 1983, *NBIM*, zaak 322/81, Jur. 1983, p. 3461 (hierna: *NBIM*), r.o.

coöperatie. In de huidige bedrijfsstructuur kan CR Delta haar prijsbeleid volledig zonder toestemming van diezelfde afnemers bepalen.

62. Gelet op de in het rapport weergegeven feiten en de beoordeling van de argumenten van CR Delta wordt geconcludeerd dat CR Delta over een economische machtspositie beschikt op de markt voor het aanbieden van fokstiersperma aan veehouders in Nederland.

5.4 Het misbruik

5.4.1 Standpunt van CR Delta

63. CR Delta heeft in haar zienswijze betwist dat de verschillende kortingsregelingen, afzonderlijk dan wel in samenhang bezien, misbruik in de zin van artikel 24 Mw opleveren.

(1) Kwantumkorting

64. CR Delta stelt dat ze de door haar gehanteerde kwantumkortingsregeling niet heeft geïntroduceerd om klanten te binden. Voordeel van dit kortingsysteem is dat zij kostenbesparingen bij afname van grotere aantallen, vooral op het gebied van distributie, op een transparante wijze kan doorgeven aan afnemers. Ze heeft de regeling geïntroduceerd om haar commerciële belangen te verdedigen tegen kortingsacties van concurrenten, zoals dat ook is toegestaan aan een onderneming met een economische machtspositie. CR Delta verwijst in dit verband naar het arrest van het Gerecht in de zaak *Michelin*.²⁸ Er is ook geen sprake van een mededingingsbeperkend doel, zoals bedoeld in dit arrest. De NMa heeft dit niet onderzocht, aldus CR Delta.

65. De referentieperiode van één jaar sluit volgens CR Delta aan bij de gewoonte in de agrarische sector om planningen te maken in termen van boekjaren en bij de natuurlijke cyclus van een koe, die gemiddeld 12 maanden belooft. Hierdoor kan de behoefte van een veehouder aan stiersperma verschillen in de loop van een jaar, afhankelijk van zijn veestapel. Dit verschilt per veehouder, zodat veehouders onderling op verschillende tijden in het jaar veel of juist weinig stiersperma afnemen. Door de referentieperiode te koppelen aan de duur van de cyclus van de koe, wordt bereikt dat het systeem op non-discriminatoire wijze uitwerkt voort alle afnemers, aldus CR Delta. Zij wijst er verder op dat in het arrest *Michelin* een referentieperiode van een jaar is toegestaan en dat hierin is bepaald dat van geval tot geval moet worden beoordeeld of een referentieperiode te lang is, bezien in haar context.

²⁸ Arrest van het GvEA *Michelin II*.

66. De cyclus van de koe en de omvang van de veestapel bepalen het aantal af te nemen rietjes. Dit is niet direct de vrije keuze van de veehouder. Die zal daarom niet aan het eind van de referentieperiode extra rietjes afnemen, aldus CR Delta.
67. CR Delta merkt op dat **[VERTR]** afnemers in haar klantenbestand niet in aanmerking komt voor een kwantumkorting. Bovendien, het moge in theorie juist zijn dat deze korting veehouders ertoe aanzet tot het einde van het referentiejaar bij CR Delta te blijven afnemen, de praktijk wijst volgens haar anders uit. CR Delta onderbouwt deze stelling met een door haar overgelegd staafdiagram, waaruit volgens haar blijkt dat grote aantallen veehouders juist blijven steken voor het bedrag dat recht geeft op een hogere korting. CR Delta stelt verder dat een veehouder het opgebouwde kortingsbedrag ook krijgt uitbetaald in het geval dit niet kan worden verrekend met aankopen in het volgende referentiejaar, omdat hij niet opnieuw van CR Delta afneemt; zij ontkent dat veehouders zich dit niet zouden realiseren.
68. Uit het besluit van de NMa in de zaak *Carglass* blijkt dat waarde moet worden gehecht aan de mate waarin de kortingsbedragen in absolute en relatieve termen geacht kunnen worden een beduidende weerslag te vormen op de winstmarges van ondernemers.²⁹ CR Delta merkt op dat zij de te behalen kortingen in absolute bedragen minimaal acht en zij meent dat veehouders met een miljoenenbedrijf niet vanwege deze bedragen besluiten over te stappen naar een andere leverancier.
69. CR Delta merkt tenslotte op dat de NMa het kwantumkortingsysteem niet in haar economische context heeft geplaatst en dat zij geen onderzoek heeft gedaan naar de effecten van de korting.

(2) Regeling klantentrouw

70. CR Delta heeft de regeling klantentrouw geïntroduceerd op verzoek van afnemers van kleinere hoeveelheden sperma, die niet of in geringe mate in aanmerking komen voor een kwantumkorting.
71. De regeling klantentrouw is met terugwerkende kracht ingetrokken als ware deze er nimmer geweest, aldus CR Delta. Er zijn geen uitkeringen gedaan. De regeling heeft evenmin invloed gehad op het bestelgedrag van deelnemers. CR Delta heeft naar aanleiding van de intrekking geen reactie gehad van deelnemende veehouders, op één uitzondering na. Dit impliceert dat veehouders hun bestelgedrag niet hadden aangepast. Dit laatste blijkt ook uit het feit dat in de periode dat de regeling heeft bestaan er **[VERTR]**% minder fokstiersperma is afgenomen dan in dezelfde periode een jaar eerder. De NMa heeft een en ander ook niet onderzocht.

²⁹ Zie het besluit van de d-g NMa van 22 oktober 2003 in zaak 2227/ *Carglass*, randnummer 85.

72. Zelfs al zou de regeling effect hebben gehad, dan hoeft dat nog niet te leiden tot een sanctie. In de zaak *Carglass* heeft de NMa geen sanctie opgelegd nadat Carglass had aangekondigd een bonus in de toekomst te zullen afschaffen. Een regeling die met terugwerkende kracht is ingetrokken verdient tenminste hetzelfde lot.

73. CR Delta merkt verder nog op dat de waarschijnlijkheid, dat veehouders in de geest van de regeling klantentrouw aankopen zijn blijven doen naar aanleiding van de toezegging van CR Delta te zullen nadenken over een alternatieve regeling, evenmin is onderzocht.

(3) Testerskorting

74. De testerskorting op fokstiersperma is bedoeld om veehouders aan te zetten tot testen. De reguliere premies voor testen worden pas na een paar jaar uitgekeerd, terwijl CR Delta is gebleken uit door haar overgelegd marktonderzoek dat veehouders waarde hechten aan een vergoeding die snel wordt uitgekeerd. Om aan deze behoefte te voldoen is de testerskorting ontwikkeld. Deze is niet bedoeld om de veehouder aan te zetten tot afname van meer fokstiersperma, aldus CR Delta. Het aantal veehouders dat bereid is te testen is de afgelopen vier jaar gestaag gedaald. Ze heeft ook deze regeling dus geïntroduceerd om haar commerciële belangen te verdedigen, zoals dat is toegestaan blijkens het eerder aangehaalde arrest *Michelin*.

75. Overigens heeft [VERTR] % van het klantenbestand van CR Delta een testovereenkomst en daarmee recht op de testerskorting, dus slechts een deel van haar klantenbestand. Ook dit is een aanwijzing dat de regeling niet is bedoeld om de klanten voor hun afname van fokstiersperma aan CR Delta te binden, want dit zou niet erg effectief zijn. Veehouders met een testovereenkomst bevoorraden zich ook bij derden. Dit is te verklaren uit het feit dat het voordeel, dat zij kunnen behalen uit de testerskorting, beperkt is.

76. CR Delta merkt op dat het rapport concludeert tot een economische machtspositie op de markt voor fokstiersperma. Zij stelt dat eventueel misbruik zich dan ook op die relevante markt moet situeren, en niet op de markt voor de afname van proefstiersperma of de markt voor het testen van proefstiersperma. Op dergelijke relevante markten is ook geen economische machtspositie vastgesteld, zodat van misbruik geen sprake kan zijn.

(4) Stelsel van kortingen

77. Het stelsel van kortingen van CR Delta versterkt volgens haar niet het klantenbindend karakter van elke kortingsregeling afzonderlijk. De regeling klantentrouw is niet in de praktijk gebracht en kan dus niet cumuleren. Deelnemers aan het testersprogramma komen niet automatisch in aanmerking voor een kwantumkorting. Het recht op kwantumkorting is ook niet afhankelijk van afname van fokstiersperma in het volgende referentiejaar. Kortingen van geheel andere aard,

zoals de kwantumkorting en de testerskorting, kunnen niet tot cumulatie leiden, zoals ook blijkt uit het eerder aangehaalde besluit *Carglass*. Dat concurrenten door de cumulatie van kortingsregelingen de veehouders moeilijk kunnen bereiken, met als gevolg een sterke vermindering van de interbrand concurrentie, is niet bewezen. Hetzelfde geldt voor het oordeel dat het stelsel van kortingen de keuzemogelijkheden van afnemers beperkt.

5.4.2 *Beoordeling*

78. In het navolgende worden eerst de stellingen van CR Delta besproken die voor meerdere kortingsregelingen relevant zijn. Daarna worden de stellingen besproken die relevant zijn voor een specifieke kortingsregeling of die door CR Delta ten aanzien van een specifieke kortingsregeling zijn aangehaald.
79. CR Delta stelt niet de intentie te hebben gehad met haar kortingsregelingen klanten te binden (zie randnummers 64, 70 en 74). Voor de toepassing van de mededingingsregels en meer in het bijzonder artikel 24 Mw is de subjectieve intentie van de onderneming voor het al dan niet vaststellen van misbruik van een machtspositie evenwel niet van belang. Het Hof bevestigt deze redenering en overweegt dat de term misbruik in de zin van artikel 82 EG juist een objectieve benadering moet behelzen aan de hand van gedragingen van de onderneming met een machtspositie.³⁰ Aangezien de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van artikel 82 EG richtinggevend is voor de interpretatie van artikel 24 Mw volgt de d-g NMa eenzelfde objectieve benadering en zijn de subjectieve intenties van CR Delta, wat daar verder ook van zij, voor de beoordeling van het onderhavige geval niet relevant. Ook het feit dat CR Delta de regelingen op verzoek van haar afnemers zou hebben geïntroduceerd doet niet ter zake.
80. Wanneer een onderneming met een economische machtspositie kortingsregelingen hanteert, dient hier, teneinde binnen de kaders van het mededingingsrecht te blijven, een vanuit een economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie tegenover te staan.³¹ De Commissie is van oordeel dat wanneer een onderneming met een economische machtspositie getrouwheid bevorderende kortingen hanteert die niet op een dergelijke tegenprestatie gebaseerd zijn, deze onrechtmatig zijn, ongeacht de uitwijkmogelijkheden van afnemers en concurrenten.³² Het Hof overweegt dat wanneer een regeling een potentieel mededingingsbeperkend effect op afnemers met zich meebrengt, dit volstaat om misbruik te constateren.³³ Voor de toepassing van artikel 82

³⁰ Arrest van het Hv. EG *Hoffmann - La Roche*, r.o. 91.

³¹ Arrest van het Hv. EG *Hoffmann - La Roche*, r.o. 90 en arrest van het GvEA *Michelin II*, r.o. 100.

³² Vergelijk de beschikking van de Commissie van 14 juli 1999, *Virgin/British Airways*, PB 2000 L30/1 (hierna: *Virgin/British Airways*), randnummer 102.

³³ Arrest van het Hv. EG van 16 december 1975, *Suiker Unie*, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, Jnr. 1975, p. 1663, r.o. 521.

EG, en daarmee ook van artikel 24 Mw, is niet vereist dat wordt aangetoond dat de afnemers zich daadwerkelijk door deze kortingen hebben laten leiden en dat hun loyaliteit ten aanzien van de producten van de desbetreffende leverancier is toegenomen. Ook het Gerecht overweegt dat om schending van artikel 82 EG vast te stellen het volstaat dat een gedraging een beperking van de mededinging tot gevolg heeft of kan hebben.³⁴ In het geval getrouwheidskortingen zijn gehanteerd, is nader onderzoek naar de economische context van de markt en de effecten van de regelingen derhalve niet noodzakelijk voor het vaststellen van een overtreding van artikel 24 Mw.

81. De Commissie is van oordeel dat zeer kleine *percentuele* kortingen wel degelijk van belang zijn en misbruik kunnen opleveren. Het Hof is van oordeel dat in geval van dergelijke kortingen met een referentieperiode van een jaar zelfs geringe percentuele verschillen een merkbare druk op afnemers kunnen opleveren.³⁵ Het feit dat een korting slechts een in *absolute* zin klein bedrag inhoudt, leidt ook volgens de Commissie evenmin tot de conclusie dat hiervan geen klantenbindend effect uit zou kunnen gaan.³⁶ In het onderhavige geval is allereerst de omstandigheid van belang, dat CR Delta een marktaandeel heeft van circa 80%. Verder hebben haar concurrenten allen een marktaandeel dat substantieel onder de 10% ligt. De concurrenten hebben gezamenlijk hooguit een kwart van het marktaandeel van CR Delta. In dergelijke buitengewoon scheve marktverhoudingen gaat van kortingsregelingen al snel druk uit, zelfs indien de geboden kortingen in percentuele of absolute zin van beperkte omvang zouden zijn. De d-g NMa concludeert dat de relatieve en absolute omvang van de in casu gegeven kortingen niet in de weg staan aan de conclusie dat er sprake is van misbruik in de zin van artikel 24 Mw.

³⁴ Arrest van het GvEA *Michelin II*, r.o. 239 en arrest van het GvEA *British Airways*, r.o. 293.

³⁵ Arrest van het HvJEG *NBIM*, r.o. 81.

³⁶ Beschikking van de Commissie van 20 juni 2001, *Michelin II*, PB 2002 L143/ 1 (hierna: *Michelin II*), randnummer 231 en beschikking van de Commissie *Virgin/British Airways*, randnummer 24 en 231.

Kwantumkortingsregeling

82. Het geven van kwantumkorting door een onderneming met een economische machtspositie aan afnemers is verenigbaar met artikel 24 Mw wanneer deze direct gerelateerd is aan kostenbesparingen. De kwantumkortingsregeling die CR Delta hanteert, wordt daarentegen gekenmerkt door getrouwheidsbevorderende aspecten. De extra korting die wordt verkregen met een grotere afname van fokstiersperma wordt namelijk berekend over het geheel van afgenomen fokstiersperma en niet over dat deel wat extra is afgenomen. Dat wil dus zeggen dat wanneer een afnemer een kleine hoeveelheid extra afneemt en daarmee een in de kortingsregeling opgenomen drempelwaarde overschrijdt, de verkregen korting wordt berekend over het totale aankoopbedrag. Daarbij komt nog dat de korting wordt berekend over een periode van één jaar. Gedurende dit jaar kan de afnemer korting verwerven voor de totale aankopen dat jaar gedaan. Deze lange periode bevordert de getrouwheid van afnemers. Het Gerecht overweegt ook dat naar mate een referentieperiode langer duurt deze het klantenbindende karakter van een getrouwheidskorting meer versterkt.³⁷ Op grond van het voorgaande concludeert de d-g NMa dat de beoordeelde kwantumkortingsregeling sterke loyaliteitsbevorderende kenmerken heeft.
83. Het argument dat de gehanteerde periode gerelateerd is aan de cyclus van de koe (zie randnummer 65) doet niet af aan het feit dat de klantenbindende werking van de gehanteerde kortingsregeling door het hanteren van een referentieperiode van een jaar nog versterkt wordt. Verder heeft CR Delta niet overtuigend kunnen aantonen dat het hanteren van een kortere referentieperiode discriminatie tussen veehouders oplevert. Wanneer bijvoorbeeld een referentieperiode van een kwartaal zou worden gehanteerd kan veehouder A wellicht het ene kwartaal van de korting profiteren terwijl veehouder B het volgende kwartaal profiteert.
84. Aangaande het argument van CR Delta dat de referentieperiode van een jaar door het Gerecht in *Michelin* is toegestaan wordt het volgende opgemerkt. Het Gerecht overweegt dat de Commissie weliswaar voornemens was een kortingsregeling met een referentieperiode van een jaar toe te staan, maar dat in dat geval aan een aantal bijzonderheden moest zijn voldaan. Ook diende de te hanteren kwantumkorting op reële kostenbesparingen voor de onderneming te zijn gebaseerd.³⁸ De door CR Delta gehanteerde kwantumkorting is echter niet op kostenbesparingen of een anderszins rechtvaardigende tegenprestatie gebaseerd. In dit licht bezien acht de d-g NMa de gehanteerde kwantumkortingsregeling, ook ongeacht de lengte van de geldende referentieperiode, in strijd met artikel 24 Mw.
85. Zoals al vermeld in randnummer 81 heeft het Hof geoordeeld dat in elk systeem waarbij kortingen worden verleend, gerelateerd aan de in een betrekkelijk lange referentieperiode

³⁷ Arrest van het GvEA *Michelin II*, r.o. 85.

³⁸ Arrest van het GvEA *Michelin II*, r.o. 84.

verkochte hoeveelheden, ligt besloten dat aan het eind van de referentieperiode de druk op de koper toeneemt om de omzet te behalen die nodig is om de korting te verkrijgen of om deze niet voor de gehele periode te verliezen.³⁹ Het feit dat afnemers niet meer afnemen dan zij nodig hebben, doet hier niet aan af. Een afnemer kan dankzij de kortingsregeling geneigd zijn zoveel mogelijk af te nemen bij de leverancier die een dergelijke getrouwheidskorting hanteert en minder snel afnemen bij een concurrerende leverancier, met name aan het eind van de periode waarvoor de kortingsregeling geldt.

86. Het staafdiagram dat CR Delta heeft overgelegd om te onderbouwen dat afnemers van fokstiersperma niet méér afnemen om voor meer korting in aanmerking te komen (zie randnummer 67) toont dit niet aan.⁴⁰ Het diagram geeft het aantal afnemers weer dat net voor de staffelgrenzen is gestopt met afnemen en het aantal afnemers dat de staffelgrenzen net is gepasseerd.⁴¹ Bij één van de staffelgrenzen is het aantal afnemers dat net voor de staffelgrens stopt met afnemen aanzienlijk groter dan het aantal afnemers dat de staffelgrens net is gepasseerd. In drie van de vijf gevallen indiceert het model juist dat wel degelijk meer afnemers genoeg afnemen om de staffelgrens net te passeren en voor meer korting in aanmerking te komen.⁴² Overigens geeft het diagram geen continue datareeks aan en zijn verschillende bandbreedtes gehanteerd wat afdoet aan de zeggingskracht van het diagram. Heldere conclusies zijn aan de hand van het diagram dan ook niet mogelijk.
87. Het feit dat ongeveer [VERTR] % van het klantenbestand niet van de kortingsregeling zou profiteren doet niet af aan het klantenbindende effect van deze regeling. De overige [VERTR] % van het klantenbestand profiteert wel degelijk van de kortingsregeling. Aangezien deze [VERTR] % de grotere afnemers zijn, wordt met de kortingsregeling juist de groep bereikt die met de afname van fokstiersperma de meeste omzet voor CR Delta genereert.⁴³ CR Delta geeft in haar antwoord op door de NMa gedurende de hoorzitting gestelde vragen aan dat deze groep grotere afnemers in het boekjaar 2002/2003 zelfs [VERTR] % van de totale omzet van CR Delta uit de verkoop van fokstiersperma voor hun rekening nemen.⁴⁴
88. Gelet op de in het rapport weergegeven beoordeling en de beoordeling van de argumenten van CR Delta concludeert de d-g NMa dat de onderzochte kwantumkortingsregeling is aan te merken

³⁹ Arrest van het HvJEG *NBIM*, r.o. 81.

⁴⁰ Dossierstuk 3353/70, bijlage 9.

⁴¹ Een staffelgrens is een omzetgrens waarboven meer korting over het aankoopbedrag wordt verkregen. Overigens is onduidelijk hoe de bandbreedte, die aangeeft of een afnemer net voor of na een staffelgrens is gestopt met afnemen, tot stand is gekomen.

⁴² Bij een van de vijf staffelgrenzen is het aantal afnemers voor en na de staffelgrens nagenoeg gelijk.

⁴³ Dossierstuk 3353/76, ter correctie van het antwoord gegeven in dossierstuk 3353/75, onder vraag 2.

⁴⁴ 3353/75, antwoord op vraag 2 en stuk 3353/76.

als een getrouwheidskorting die ertoe strekt de mededinging te beperken en die in strijd is met artikel 24 Mw.

Regeling klantentrouw

89. CR Delta heeft het loyaliteitselement dat de regeling klantentrouw bevat niet wezenlijk ontkend. Zij heeft met name gesteld dat negatieve effecten zijn uitgebleven aangezien zij de regeling heeft ingetrokken (randnummers 71 t/m 73).
90. CR Delta heeft haar afnemers op 28 maart 2003 per brief medegedeeld dat de klantentrouwregeling werd ingetrokken. Op basis hiervan kan niet worden betoogd dat (potentiële) negatieve effecten volledig zijn uitgebleven. Tot en met 28 maart 2003 hebben de afnemers bij hun afnamegedrag immers nog rekening gehouden met de klantentrouwregeling. CR Delta heeft in de bedoelde brief overigens aangegeven dat zij zich beraadde over de mogelijkheid een plaatsvervangende regeling te introduceren om trouwe afnemers alsnog te belonen. Hiermee is het effect van het intrekken van de klantentrouwregeling gerelativeerd, aangezien bij de afnemers de verwachting wordt gewekt dat CR Delta loyaal afnamegedrag wellicht op andere wijze alsnog zal belonen. Met het oog op het feit dat de klantentrouwregeling tot 28 maart 2003 volledig effect heeft gehad en de bedoelde brief heeft bevorderd dat de afnemers bij hun afnamegedrag rekening hielden met een eventuele vervangende regeling, kan van een effectieve intrekking van de klantentrouwregeling niet gesproken worden.⁴⁵
91. De d-g NMa beschikt op grond van artikel 56 Mw over beleids- en beoordelingsvrijheid bij het opleggen van sancties. Het feit dat de NMa bepaalde inbreuken in het verleden niet heeft gesanctioneerd, doet geen afbreuk aan haar bevoegdheid om in een volgend geval wel een sanctie op te leggen.⁴⁶ Partijen kunnen geen rechtens te honoreren aanspraken ontlenen aan het niet sanctioneren van overtredingen in het verleden. Dat in de zaak *Carglass* het opleggen van een boete niet opportuun werd geacht, kan in een andere zaak slechts tot het niet opleggen van een boete leiden wanneer deze zaak identiek zou zijn. De feiten en omstandigheden in de onderhavige zaak zijn echter geenszins identiek aan die in de *Carglass*-zaak - in die zaak was bijvoorbeeld nader onderzoek nodig om vast te stellen of wel sprake was van een economische machtspositie - en staan derhalve aan een andere beoordeling in de onderhavige zaak niet in de weg.

⁴⁵ Vergelijk het arrest van het GvEA *Michelin II*, r.o. 239.

⁴⁶ Ook in de jurisprudentie van het HvJEG en het GvEA is deze mogelijkheid erkend. Zie HvJEG 12 juli 1979, gevoegde zaken 32/78 en 36-82/78, *BMW Belgium e.a. vs Commissie*, r.o.53, GvEA 14 juli 1994, zaak T-77/92, *Parker Pen vs Commissie*, r.o. 86.

92. Gelet op de in het rapport weergegeven beoordeling en de beoordeling van de argumenten van CR Delta wordt geconcludeerd dat de onderzochte regeling klantentrouw is aan te merken als een getrouwheidskorting die ertoe strekt de mededinging te beperken en die in strijd is met artikel 24 Mw.

Testerskortingsregeling

93. Het Gerecht overweegt dat volgens vaste rechtspraak artikel 82 EG van toepassing is wanneer een onderneming met een economische machtspositie op een bepaalde markt deze machtspositie gebruikt om de mededinging op een andere markt te beperken.⁴⁷ CR Delta gebruikt door het toepassen van haar testerskortingsystematiek haar economisch gewicht op de markt voor fokstiersperma als een hefboom om haar positie op de aanpalende markt voor proefstiersperma te versterken.⁴⁸ De verstrekte kortingen voor deelname aan het testprogramma gelden niet alleen voor proefstiersperma. Door tevens een korting en andere financiële voordelen voor de afname van fokstiersperma toe te kennen wordt het de veehouders bovendien financieel aantrekkelijk gemaakt om zich voor fokstiersperma meer bij CR Delta te bevoorraden. Het argument van CR Delta, dat van misbruik geen sprake kan zijn omdat op de markt voor proefstiersperma geen machtspositie is vastgesteld, kan derhalve geen stand houden.
94. Gelet op de in het rapport weergegeven beoordeling en de beoordeling van de argumenten van CR Delta wordt geconcludeerd dat de onderzochte testerskortingsregeling is aan te merken als een getrouwheidskorting die ertoe strekt de mededinging te beperken en die in strijd is met artikel 24 Mw.

Stelsel van kortingen

95. Zoals blijkt uit randnummer 87 bereikt CR Delta met de als getrouwheidskorting aan te merken kwantumkorting grotere afnemers en daarmee het overgrote deel van de met de verkoop van fokstiersperma gegenereerde omzet. Met de klantentrouwregeling werden de afnemers vervolgens nog eens extra voor hun loyaliteit beloond. Het argument dat door het intrekken van de klantentrouwregeling deze geen effect zou hebben gesorteerd kan zoals hiervóór aangegeven geen stand houden (zie randnummer 90). Daarnaast kan de afnemer ook nog korting en financiële voordelen verwerven op de afname van fokstiersperma door aan het testerprogramma deel te nemen. Het stelsel van kortingsregelingen genereert een economische prikkel om producten bij CR Delta af te nemen en beïnvloedt derhalve de afnemers bij hun keuze tussen CR

⁴⁷ Arrest van het GvEA van 7 oktober 1999, *Irish Sugar*, zaak T-228/97, Jur. 1999, blz. II-2969, r.o. 167, arrest Hof, 14 november 1996, *Tetra Pak/commissie*, C-333/94 P, Jur. Blz. I-5951, r.o. 24 e.v.

⁴⁸ Vergelijk de beschikking van de Commissie *Michelin II*, randnummers 256-258, bevestigd in het arrest van het GvEA *Michelin II*, r.o. 161-163.

Delta en haar concurrenten. De kortingsregelingensystematiek in de onderhavige zaak komt geenszins overeen met de kortingsregelingensystematiek in *Carglass* het argument, dat uit de *Carglass*zaak naar analogie zou volgen dat ook tussen de door CR Delta gehanteerde kortingsregelingen geen cumulatieve effecten kunnen optreden, kan derhalve niet worden gevolgd.

5.5 Conclusie ten aanzien van het misbruik

96. Gelet op de in het rapport weergegeven beoordeling en bovenstaande beoordeling van de argumenten van CR Delta wordt geconcludeerd dat de drie onderzochte kortingsregelingen ieder voor zich en in onderlinge samenhang zijn aan te merken als getrouwheidskortingen die ertoe strekken de mededinging te beperken. CR Delta heeft derhalve misbruik gemaakt van haar economische machtspositie en daarmee inbreuk gemaakt op artikel 24 Mw door het hanteren van de hierboven beschreven kortingsregelingen.

5.6 Vaststelling van de duur van het misbruik

97. Uit correspondentie van CR Delta aan haar afnemers en publicaties in het CR Delta magazine blijkt dat de zogenoemde kwantumkortingsregeling en de testerskortingsregeling in de vorm zoals zij zijn beoordeeld op 1 september 2001 zijn aangevangen. In het rapport is aangegeven dat de kortingsregelingen in ieder geval hebben bestaan tot aan de datum van het rapport op 1 september 2003. Wat betreft de duur van de klantentrouwregeling heeft CR Delta bij brief van 28 maart 2003 aan de veehouders aangegeven deze regeling met terugwerkende kracht in te trekken. Desalniettemin mag worden aangenomen dat de afnemers van CR Delta tot op dat moment wel degelijk hun beleid op de regeling hebben afgestemd en dat aannemelijk is dat afnemers ook daarna met een mogelijke vorm van beloning van hun loyaliteit rekening hebben gehouden. De d-g NMa concludeert dat de inbreuk op artikel 24 Mw, welke wordt gevormd door genoemde regelingen afzonderlijk en in onderlinge samenhang, heeft plaatsgevonden in de periode vanaf 1 september 2001 tot en met de vaststelling van het rapport op 1 september 2003.

6 BOETE EN LAST

6.1 Toerekening

98. Een overtreding van artikel 24 Mw moet worden toegerekend aan de verantwoordelijke natuurlijke of rechtspersoon, met uitzondering van bestuurders van een rechtspersoon (artikel 56 jo. artikel 59 Mw). CR Delta VRV Holding B.V. is houder van 100% van de aandelen in Holland Genetics B.V. en heeft daardoor zeggenschap over Holland Genetics B.V. Er mag derhalve van worden

uitgegaan dat zij een beslissende invloed heeft op het algemene commerciële beleid van Holland Genetics B.V. De inbreuk op artikel 24 Mw, voortvloeiend uit de in het voorgaande besproken kortingsregelingen, wordt op grond hiervan toegerekend aan CR Delta VRV Holding B.V.

6.2 Boete

6.2.1 *Beoordelingskader*

99. Ingevolge artikel 56, eerste lid, Mw kan de d-g NMa ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw of van artikel 24, eerste lid, Mw een boete opleggen. Krachtens artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de in artikel 56, eerste lid, onder a, Mw bedoelde boete ten hoogste EUR 450.000,- of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

100. Met het oog op een transparante toepassing van zijn in artikel 56 Mw neergelegde discretionaire bevoegdheid, heeft de d-g NMa op 19 december 2001 Richtsnoeren boetetoemeting vastgesteld en bekendgemaakt (hierna: Richtsnoeren boetetoemeting)⁴⁹ Vanwege de gewenste preventieve werking heeft de d-g NMa het van belang geacht met name ten aanzien van zeer ernstige overtredingen van de Mededingingswet inzicht te verschaffen in de factoren die bij het bepalen van de hoogte van boetes in aanmerking worden genomen.⁵⁰

101. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt de d-g NMa overeenkomstig het bepaalde in artikel 57, tweede lid, Mw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding. Blijkens de Memorie van Toelichting⁵¹ bij dit artikel kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive en het behaalde voordeel. De financiële positie van de onderneming speelt daarentegen volgens de Memorie van Toelichting in beginsel geen rol bij de vaststelling van de hoogte van de boete.

102. De d-g NMa heeft een ruime beleidsvrijheid bij de vaststelling van de hoogte van de boete. De hoogte van de boete dient te worden afgestemd op de concrete omstandigheden van het geval en dient bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Mededingingswet. Als algemene maatstaf geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de

⁴⁹ Richtsnoeren boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet van de d-g NMa van 19 december 2001, Staatscourant 2001, nr. 248, p. 90.

⁵⁰ Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 4.

⁵¹ Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, Kamerstukken II, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

overtreder weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).⁵²

103. In een voorkomend geval stelt de d-g NMa conform de Richtsnoeren boetetoemeting voor de betrokken onderneming een (basis-)boete vast die is gebaseerd op een bedrag gelijk aan 10% van de betrokken omzet, zoals gedefinieerd in randnummer 15 van de Richtsnoeren boetetoemeting, vermenigvuldigd met een rekenfactor die wordt bepaald door de ernst van de overtreding in het concrete geval. Na vaststelling van de basisboete kan het boetebedrag als gevolg van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden nog naar boven of beneden worden bijgesteld.⁵³ Tenslotte geldt dat de d-g NMa van de Richtsnoeren kan afwijken, indien onverkorte toepassing van de Richtsnoeren tot evidente onbillijkheid zou leiden.⁵⁴ In alle gevallen acht de d-g NMa zich gebonden aan de hierboven genoemde en in de Richtsnoeren boetetoemeting opgenomen doelstellingen van speciale en generale preventie en de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de beginselen van gelijkheid en evenredigheid.⁵⁵

6.2.2 Boetegrondslag

104. Op grond van de Boeterichtsnoeren dient bij de vaststelling van de boetegrondslag te worden uitgegaan van de betrokken omzet van de onderneming die de overtreding heeft begaan. De boetegrondslag bedraagt 10% van de betrokken omzet. De betrokken omzet betreft in het onderhavige geval de omzet die de onderneming met de betreffende overtreding beoogde te beschermen.⁵⁶ In het onderhavige geval bestaat de onderzochte gedraging van CR Delta uit drie afzonderlijke kortingsregelingen: de kwantumkorting, de regeling klantentrouw en de testerskorting. Omdat de impact van de regeling voornamelijk plaatsvindt op de markt voor fokstiersperma en ook het stelsel van kortingen daar zijn neerslag heeft, wordt de omzet behaald op de markt voor proefstiersperma in dit geval verder buiten beschouwing gelaten voor het bepalen van de hoogte van de boete. De omzet die CR Delta met de kortingsregelingen heeft beoogd te beschermen is de omzet die CR Delta in Nederland behaalt met de afzet van fokstiersperma.

105. Tevens is bij het bepalen van de betrokken omzet de duur van de overtreding van belang. De inbreuk op artikel 24 Mw heeft ten minste plaats gevonden gedurende twee jaar, in de periode

⁵² Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 1. Zie ook Rechtbank Rotterdam, 18 juni 2003, MEDED 01/621-RIP, *Notarissen t. dg NMa*, en Rechtbank Rotterdam, 26 november 2002, MEDED 00/1002-SIMO, *SEP t. dg NMa*

⁵³ Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 16.

⁵⁴ Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 29.

⁵⁵ Zie ook Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 7.

⁵⁶ Zie Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 15.

vanaf 1 september 2001 tot en met de vaststelling van het rapport op 1 september 2003 (zie randnummer 97).

6.2.3 *Ernst van de overtreding*

106. Vast staat dat CR Delta getrouwheidskortingen heeft gehanteerd. Uit de Richtsnoeren Boetetoemeting volgt dat dergelijke kortingen een zware overtreding van artikel 24 Mw vormen.⁵⁷ Voor dit type overtreding wordt de factor waarmee de boetegrondslag dient te worden vermenigvuldigd gesteld op een waarde tussen 0 en 2.
107. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt de d-g NMa, naast de zwaarte van de overtreding, rekening met de economische context waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. In dit verband kan, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toekomen aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken ondernemingen(en) alsmede het (gezamenlijk) marktaandeel, de structuur van de markt en de geldende regelgeving. Tevens kan de d-g NMa gewicht toekennen aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten.⁵⁸
108. De gedraging van CR Delta, te weten het hanteren van drie getrouwheidskortingen, heeft tot doel de concurrentie te verminderen. CR Delta heeft op de markt voor levering van fokstiersperma een marktaandeel van rond de 80%. Een dergelijk marktaandeel geeft aan dat CR Delta haar marktgedrag in zeer belangrijke mate onafhankelijk van andere marktpartijen kan bepalen. Geen van de concurrerende leveranciers van fokstiersperma heeft een ook maar enigszins vergelijkbaar marktaandeel. Zoals gezegd is van marktmacht van concurrenten ook geen sprake. Ook van tegenwicht aan de vraagkant kan niet gesproken worden aangezien de afnemers zeer gefragmenteerd zijn. In dergelijke buitengewoon scheve marktverhoudingen heeft elke vorm van misbruik van een economische machtspositie potentieel zeer ernstige gevolgen.
109. Ten algemene is het meest kwalijke aspect van getrouwheidskortingen gehanteerd door een onderneming met een economische machtspositie dat de resterende concurrenten van de markt worden gedrukt, althans dat het hen moeilijker wordt gemaakt te functioneren, waardoor de marktstructuur verder wordt aangetast en de onderneming met de machtspositie in zijn commerciële beleid derhalve nog minder disciplinerende werking van de markt ondervindt. Een en ander kan aanleiding zijn om de rekenfactor relatief hoog vast te stellen. Uit het dossier is evenwel niet gebleken dat de door CR Delta gehanteerde getrouwheidskortingen in dit opzicht daadwerkelijk sterke negatieve effecten hebben gehad. De marktaandelen van CR Delta zijn ondanks de gehanteerde kortingsregelingen licht gedaald. Ook is niet gebleken dat een van de

⁵⁷ Richtsnoeren Boetetoemeting, randnummers 11 en 12.

⁵⁸ Zie Richtsnoeren boetetoemeting, randnummer 14.

concurrenten van CR Delta als gevolg van de kortingsregelingen daadwerkelijk uit de markt is gedrukt. Verder is in deze context nog van belang dat, in de twee jaar ten aanzien waarvan het misbruik is vastgesteld, één van de drie kortingsregelingen slechts volledig effect heeft gehad gedurende de beperkte periode van circa zeven maanden (van 1 september 2002 tot 28 maart 2003).

110. Overigens houdt het feit, dat geen marktuitsluitende effecten zijn geconstateerd, ook verband met de omstandigheid dat het onderzoek naar de drie onderling samenhangende kortingsregelingen, waarop dit besluit betrekking heeft, al relatief kort na hun introductie is verricht. Hierdoor is deze potentiële schade nog voorkomen. In het belang van de mededinging ligt het niet in de rede dat de d-g NMa afwacht totdat de negatieve effecten van een dergelijke gedraging zich ten volle doen gelden, alvorens in te grijpen.

111. Op grond van het voorgaande acht de d-g NMa een rekenfactor van **[0 – 2]** aangewezen.

6.2.4 *Vaststelling van de hoogte van de boete*

112. Uit de door CR Delta in het kader van deze procedure verschaft informatie blijkt dat de betrokken omzet EUR **[VERTR]** mln bedroeg. De boetegrondslag is 10% van de betrokken omzet. Een en ander resulteert in een boetegrondslag voor CR Delta van EUR **[VERTR]** mln.

113. Hiervóór is reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtreding en de economische context waarbinnen deze heeft plaatsgevonden, er sprake is van een zware overtreding van de Mededingingswet alsmede dat de d-g NMa in casu een vermenigvuldigingsfactor van **[0 – 2]** aangewezen acht. Een en ander resulteert ten aanzien van CR Delta in een (basis-)boete van EUR 2.6 mln.

114. Ter bepaling van de hoogte van de boete voor CR Delta ziet de d-g NMa voorts geen aanleiding om boeteverhogende omstandigheden in aanmerking te nemen. Door CR Delta zijn geen boeteverlagende omstandigheden aangevoerd. Ook overigens zijn de d-g NMa geen boeteverlagende omstandigheden gebleken.

115. In het licht van het voorgaande legt de d-g NMa aan CR Delta een boete op van EUR 2.6 mln voor de in het voorgaande vastgestelde inbreuk.

6.3 **Last**

116. CR Delta heeft haar als misbruik te kwalificeren stelsel van kortingsregelingen een aantal jaren gehanteerd. Haar zogenoemde kwantumkortingsregeling en testerskortingsregeling zijn nog steeds van kracht. Er is geen zekerheid dat zij deze regelingen heeft ingetrokken of onverwijld zal

intrekken en haar afnemers hiervan op de hoogte zal stellen na mededeling van dit besluit aan haar. Er zullen maatregelen nodig zijn om onverwijld aan de omschreven overtreding binnen een bepaalde termijn een einde te maken en om zeker te stellen dat CR Delta zich in de toekomst zal onthouden van gedrag dat hetzelfde doel of dezelfde werking heeft als de omschreven overtreding. De d-g NMa acht het derhalve passend CR Delta twee lasten onder dwangsom op te leggen op grond van artikel 56, eerste lid, jo. 58, eerste lid, Mw.

117. De d-g NMa legt CR Delta de last op haar regelingen met betrekking tot het geven van kwantumkortingen en testerskortingen, zoals die golden ten tijde van de vaststelling van het rapport, definitief te beëindigen, met ingang van uiterlijk twee maanden na bekendmaking van dit besluit. CR Delta dient voor bestellingen, geplaatst na dit tijdstip, af te zien van het toezeggen en/of verstrekken van kortingen op grond van deze regelingen.
118. Binnen twee maanden na bekendmaking van dit besluit dient CR Delta alle afnemers, die van haar fokstiersperma hebben afgenomen in 2003, in niet voor meerdere uitleg vatbare bewoordingen en onder verwijzing naar dit besluit individueel per brief mede te delen dat zij de door de NMa onderzochte kwantumkortingsregeling, klantentrouwregeling en testerskortingsregeling wegens vastgestelde strijdigheid met de Mededingingswet met onmiddellijke ingang definitief beëindigt of al heeft beëindigd. Binnen twee weken na verzending van bedoelde brief aan afnemers dient CR Delta een afschrift van de brief en de bijbehorende verzendlijst te overleggen aan de d-g NMa. Binnen genoemde termijn van twee maanden zal CR Delta tevens een bericht, met gelijklopende inhoud als de die van de hiervóór bedoelde brief aan afnemers, plaatsen op haar website 'www.cr-delta.nl'. CR Delta dient dit bericht minimaal gedurende zes maanden continu op haar website te laten staan.
119. Met inachtneming van het voorgaande en met toepassing van artikel 56, eerste lid, jo. artikel 62, eerste lid, Mw wordt aan CR Delta een dwangsom opgelegd van EUR 2.500,- voor iedere dag dat zij niet aan de bovengenoemde last voldoet. Het bedrag waarboven CR Delta geen dwangsom verbeurt, bedraagt EUR 1.000.000,-.
120. De d-g NMa legt CR Delta voorts de last op om hem uit eigen beweging minimaal elke 6 maanden schriftelijk volledig en juist te informeren omtrent de door CR Delta gehanteerde kortingsregelingen die (mede) betrekking hebben op de verkoop en/ of levering van fokstiersperma in Nederland. Deze informatieplicht gaat in nadat dit besluit aan haar bekend is gemaakt en geldt voor een periode van twee jaar.
121. Met inachtneming van het voorgaande en met toepassing van artikel 56, eerste lid, jo. artikel 62, eerste lid, Mw wordt aan CR Delta voor elke keer dat zij niet, of niet tijdig rapporteert conform de bovengenoemde last een dwangsom opgelegd van EUR 5.000,-. Het bedrag waarboven CR Delta geen dwangsom verbeurt, bedraagt EUR 20.000,-.

122. Het belang van de mededinging bij het opheffen, ex artikel 63, lid 1, Mw, van de opschortende werking van bezwaar en beroep ten aanzien van de opgelegde lasten onder dwangsom weegt zwaarder dan de daar tegenover staande belangen van CR Delta. Deze opschortende werking wordt derhalve op basis van artikel 63, lid 2, Mw opgeheven.

7 BESLUIT

123. De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- a) legt CR Delta VRV Holding B.V. een boete op van EUR 2.600.000,-;
- b) legt CR Delta VRV Holding B.V. de volgende last op: CR Delta VRV Holding B.V. en Holland Genetics B.V. (hierna gezamenlijk: CR Delta) dienen de regelingen met betrekking tot het geven van kwantumkortingen en testerskortingen, zoals die golden ten tijde van de vaststelling van het rapport, definitief te beëindigen, met ingang van uiterlijk twee maanden na bekendmaking van dit besluit. CR Delta dient voor bestellingen, geplaatst na dit tijdstip, af te zien van het toezeggen en/of verstrekken van kortingen op grond van deze regelingen.

Binnen twee maanden na bekendmaking van dit besluit dient CR Delta VRV Holding B.V. alle afnemers, die van haar fokstiersperma hebben afgenomen in 2003, in niet voor meerdere uitleg vatbare bewoordingen en onder verwijzing naar dit besluit individueel per brief mede te delen dat zij de door de NMa onderzochte kwantumkortingsregeling, klantentrouwregeling en testerskortingsregeling wegens vastgestelde strijdigheid met de Mededingingswet met onmiddellijke ingang definitief beëindigt of al heeft beëindigd. Binnen twee weken na verzending van bedoelde brief aan afnemers dient CR Delta VRV Holding B.V. een afschrift van de brief en de bijbehorende verzendlijst te overleggen aan de d-g NMa. Binnen genoemde termijn van twee maanden zal CR Delta VRV Holding B.V. tevens een bericht, met gelijklopende inhoud als de die van de hiervóór bedoelde brief aan afnemers, plaatsen op haar website 'www.cr-delta.nl'. CR Delta VRV Holding B.V. dient dit bericht minimaal gedurende zes maanden continu op haar website te laten staan;

- c) legt CR Delta VRV Holding B.V. een dwangsom op van EUR 2.500,- voor iedere dag dat CR Delta niet aan de bovengenoemde last voldoet. Het bedrag waarboven CR Delta VRV Holding B.V. geen dwangsom verbeurt, bedraagt EUR 1.000.000,-;
- d) legt CR Delta VRV Holding B.V. de last op om de d-g NMa uit eigen beweging minimaal elke 6 maanden schriftelijk volledig en juist te informeren omtrent de door CR Delta gehanteerde

kortingsregelingen die (mede) betrekking hebben op de verkoop en/of levering van fokstiersperma in Nederland. Deze informatieplicht gaat in nadat dit besluit aan haar bekend is gemaakt en geldt voor een periode van twee jaar;

- e) legt aan CR Delta VRV Holding B.V. voor elke keer dat zij niet, of niet tijdig rapporteert conform de bovengenoemde last een dwangsom op van EUR 5.000,-. Het bedrag waarboven CR Delta VRV Holding B.V. geen dwangsom verbeurt, bedraagt EUR 20.000,-;
- f) en bepaalt dat artikel 63, lid 1, Mw niet geldt met betrekking tot de onder b) tot en met e) bedoelde lasten onder dwangsom.

Datum: 31 december 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 bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Een bezwaarschrift kan worden gezonden aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, Postbus 16326, 2500 BH DEN HAAG