

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 2269-655

Betreft zaak: Noordzeegarnalen

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op de bezwaren tegen zijn besluit van 14 januari 2003 als bedoeld in artikel 62, eerste lid, van de Mededingingswet.

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-----|---|----|
| 1 | Het verloop van de procedure..... | 3 |
| 2 | Het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet | 6 |
| 3 | Reactie van de d-g NMa op het Advies | 8 |
| 4 | Overige punten die in de heroverweging zijn betrokken | 11 |
| 5 | Heroverweging met betrekking tot de beoordeling van de litigieuze gedragingen..... | 11 |
| 5.1 | Kwalificatie van de producentenorganisaties als ondernemersvereniging | 11 |
| 5.2 | Deelname van de 'kleinere handelaren' aan de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg | 13 |
| 5.3 | Deelname van de 'kleinere handelaren' aan belemmering van de toetreding van een nieuwe handelaar..... | 16 |
| 5.4 | Toepassing van artikel 81, eerste lid, EG en beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten 17 | |
| 5.5 | Wijziging uitvoeringsverordening visserij: transnationale verenigingen van producentenorganisaties..... | 21 |
| 6 | Heroverweging met betrekking tot de op te leggen sancties | 25 |
| 6.1 | Toerekening..... | 25 |
| 6.2 | Verhouding tussen beide inbreuken; gelijkheidsbeginsel | 27 |
| 6.3 | Toepassing artikel 81 EG: geen wijziging in sanctie..... | 28 |
| 6.4 | Nadere motivering van de opgelegde sanctie: boete en geen last onder dwangsom..... | 33 |
| 6.5 | Bepaling van de betrokken omzet en de boetegrondslag..... | 36 |
| 6.6 | Boetefactor bij het bepalen van de boete voor de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg | 40 |

| | | |
|--------------|---|----|
| 6.7 | Herberekening van de boetes voor de afspraken tussen de producentenorganisaties en drie groothandelaren, gemaakt in het kader van het Trilateraal Overleg | 43 |
| 6.8 | Herberekening van de boetes voor afspraken tussen de Nederlandse producentenorganisaties en drie groothandelaren tot belemmering van de toetreding van een nieuwe handelaar | 46 |
| 6.9 | Nieuwe vaststelling van de boetes met inachtneming van evenredigheid..... | 48 |
| BESLUIT..... | | 51 |

1 Het verloop van de procedure

1. Bij besluit van 14 januari 2003, kenmerk 2269/254 tot en met 2269/270, 2269/294 en 2269/295¹ ("bestreden besluit") heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("d-g NMa") een inbreuk vastgesteld op het verbod van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet ("Mw") en artikel 81, eerste lid, EG door zestien ondernemersverenigingen en ondernemingen, als gevolg van de in het kader van het Trilateraal Overleg tussen hen overeengekomen vangstbeperkingen en minimumprijzen voor Noordzeegarnalen (*arangon aragon*) in de periode 1 januari 1998 tot 30 januari 2000. De overtreding is begaan door en toegerekend aan:

- Coöperatieve Producentenorganisatie Nederlandse Vissersbond U.A. ("PO Vissersbond");
- Coöperatieve Producentenorganisatie Wieringen U.A. ("PO Wieringen");
- Coöperatieve Producentenorganisatie Van de Visserij U.A. ("PO West");
- Coöperatieve Producentenorganisatie Texel U.A. ("PO Texel")

- Landesvereinigung der Erzeugerorganisationen für Nordseekrabben- und Küstenfischer an der schleswig-holsteinischen Westküste e.V. Büsum ("LV-PO's Schleswig-Holstein");
- Erzeugergemeinschaft der Küstenfischer im Weser-Ems-Gebiet e.V. ("PO Weser-Ems");
- Erzeugergemeinschaft der Krabbenfischer im Elbe-Weser e.V. Dorum ("PO Elbe-Weser");

- Danske Fiskeres Producent Organisation ("PO Danske Fiskeres");

- Heiploeg B.V. ("Heiploeg");
- Klaas Puul & Zoon B.V. ("Klaas Puul");
- Goldfish B.V. ("Goldfish");
- Van Belzen B.V. ("Van Belzen");
- L. Kok International Sea Food B.V. ("Kok International");
- Lou Snoek Volendam B.V. ("Lou Snoek");
- Mooijer-Volendam B.V. ("Mooijer-Volendam");
- Matthijs Jansen B.V. ("Matthijs Jansen").

2. Voorts heeft de d-g NM bij zijn besluit van 14 januari 2003 een inbreuk vastgesteld op het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw door twaalf ondernemersverenigingen en ondernemingen, als gevolg van de afspraak die was gericht op het belemmeren van de toetreding van een nieuwe handelaar die op de Nederlandse visafslag(en) Noordzeegarnalen wilde inkopen in de periode van 1 oktober 1999 tot en met 16 november 1999. Deze overtreding is begaan door en toegerekend aan:

¹ Aan ieder van de partijen is een afzonderlijke vertrouwelijke versie toegezonden, met weglating van de vertrouwelijke gegevens van de andere partijen.

Openbaar

- PO Visserbond;
- PO Wieringen;
- PO West;
- PO Texel;

- Heiploeg;
- Klaas Puul;
- Goldfish;
- Van Belzen;
- Kok International;
- Lou Snoek;
- Mooijer-Volendam;
- Matthijs Jansen.

3. De d-g NMa heeft wegens de hiervoor genoemde inbreuken aan de betrokken partijen de volgende boetes opgelegd:

| | | |
|------------------------------|-----|-----------|
| - PO Vissersbond | EUR | 909.000 |
| - PO West | EUR | 396.000 |
| - PO Texel | EUR | 48.000 |
| - PO Wieringen | EUR | 522.000 |
| - LV-PO's Schleswig Holstein | EUR | 826.000 |
| - PO Weser-Ems | EUR | 737.000 |
| - PO Elbe-Weser | EUR | 206.000 |
| - PO Danske Fiskeres | EUR | 365.000 |
| - Heiploeg | EUR | 5.090.000 |
| - Goldfish | EUR | 1.236.000 |
| - Klaas Puul | EUR | 2.090.000 |
| - Van Belzen | EUR | 782.000 |
| - Kok International | EUR | 222.000 |
| - Lou Snoek | EUR | 184.000 |
| - Mooijer-Volendam | EUR | 100.000 |
| - Matthijs Jansen | EUR | 68.000 |

4. PO Vissersbond, PO West en PO Texel hebben op 24 februari 2003 pro forma bezwaarschriften ingediend en hebben, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 17 april 2003 gezamenlijk de gronden van bezwaar aangevuld.

5. PO Wieringen heeft op 17 februari 2003 een pro forma bezwaarschrift ingediend en heeft op 27 maart 2003 de gronden van bezwaar aangevuld. In verband met aan andere partijen verleend uitstel heeft de d-g NMa PO Wieringen in de gelegenheid gesteld om tot uiterlijk 18 april 2003 nadere schriftelijke opmerkingen in te dienen. PO Wieringen heeft hiervan geen gebruik gemaakt.
6. PO Weser-Ems, PO Elbe-Weser en LV-PO's Schleswig-Holstein hebben op 19 februari 2003 pro forma bezwaarschriften ingediend en hebben, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 17 april 2003 gezamenlijk de gronden van bezwaar aangevuld.
7. PO Danske Fiskeres heeft op 24 februari 2003 een pro forma bezwaarschrift ingediend en heeft, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 30 april 2003 de gronden van bezwaar aangevuld.
8. Heiploeg en Goldfish hebben op 20 februari 2003 pro forma bezwaarschriften ingediend en hebben, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 17 april 2003 gezamenlijk de gronden van bezwaar aangevuld.
9. Klaas Puul heeft op 25 februari 2003 een pro forma bezwaarschrift ingediend en heeft, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 18 april 2003 de gronden van bezwaar aangevuld.
10. Van Belzen heeft op 30 januari 2003 een pro forma bezwaarschrift ingediend en heeft, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 18 april 2003 de gronden van bezwaar aangevuld.
11. Kok International heeft op 19 februari 2003 een pro forma bezwaarschrift ingediend en heeft, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 17 april 2003 de gronden van bezwaar aangevuld.
12. Lou Snoek heeft op 21 februari 2003 een pro forma bezwaarschrift ingediend en heeft, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 17 april 2003 de gronden van bezwaar aangevuld. Bij brief van 13 mei 2003 deelde Mooijer-Volendam mee Lou Snoek met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2003 te hebben overgenomen.
13. Mooijer-Volendam heeft op 18 februari 2003 een bezwaarschrift ingediend en heeft, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 28 maart 2003 en op 17 april 2003 de gronden van bezwaar aangevuld.

14. Matthijs Jansen heeft op 20 februari 2003 een pro forma bezwaarschrift ingediend en heeft, na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld, op 28 april 2003 de gronden van bezwaar aangevuld.
15. In overeenstemming met het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62, eerste lid, Mw heeft de d-g NMa de bezwaren tegen het bestreden besluit voor advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet ("Adviescommissie").
16. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht ("Awb") zijn alle bezwaarmakende partijen naar aanleiding van de ingediende bezwaren op 5 september 2003 ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") door de Adviescommissie gehoord. Van het horen is een verslag gemaakt, dat op 18 december 2003 aan partijen is toegezonden. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld opmerkingen over het verslag te maken.
17. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 11, vierde lid, van Verordening 1/2003 heeft de d-g NMa de Commissie op 11 november 2004 in kennis gesteld van zijn voorgenomen besluit op bezwaar.

2 Het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

18. Op 11 februari 2004 heeft de Adviescommissie haar Advies vastgesteld en bij brief van 12 februari 2004 aan de d-g NMa uitgebracht (hierna ook: "het Advies"). Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt hiervan integraal onderdeel uit.
19. De conclusies en het advies als samengevat in slotparagraaf 5 van het Advies luiden als volgt:

"149. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa zijn besluit te heroverwegen op de navolgende onderdelen.

150. De bezwaren van partijen met betrekking tot de kwalificatie door de d-g NMa van de producentenorganisaties als ondernemersverenigingen acht de Adviescommissie gegrond. Het besluit is op dat onderdeel onvoldoende gemotiveerd. Zij adviseert de d-g NMa indachtig de overwegingen in de randnummers 54 tot en met 58 van dit Advies nader te motiveren uit welke hoofde de gedragingen door de producentenorganisaties zijn begaan.

151. De bezwaren van de Vebega-leden Van Belzen, Matthijs Jansen, Lou Snoek, Mooijer en Kok International met betrekking tot hun gestelde deelname aan de overtredingen inzake het Trilateraal Overleg acht de Adviescommissie gegrond. Het besluit van de d-g NMa is op dit punt onvoldoende gemotiveerd. Zij adviseert de d-g NMa dan ook om de betrokkenheid van deze

Vebega-leden, indachtig de overwegingen in de randnummers 81 tot en met 85 nader te motiveren.

152. Met betrekking tot de beïnvloeding van de interstatelijke handel volgt de Adviescommissie het oordeel van de d-g NMa. Zij adviseert de d-g NMa evenwel de toerekenbaarheid van de gedragingen, indachtig het voorgaande en indachtig de overwegingen in randnummers 91 tot en met 93 van dit Advies, opnieuw te onderbouwen.

153. De bezwaren van de Vebega-leden Van Belzen, Matthijs Jansen, Lou Shoek, Mooijer en Kok International met betrekking tot de deelname aan de uitsluitingsgedraging acht de Adviescommissie gegrond. Noch in het besluit, noch uit het dossier blijkt voldoende aannemelijk dat andere dan de bij de bijeenkomst van 30 september 1999 rechtstreeks aanwezige Vebega-leden bij de uitsluitingsgedraging betrokken zijn geweest. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa, indachtig de overwegingen in de randnummers 102 tot en met 104 van dit Advies en de daargenoemde bewijsvoering, nader vast te stellen welke Vebega-leden bij die bijeenkomst aanwezig zijn geweest en aan te geven op welke wijze de niet-aanwezige leden dan wel betrokken zouden zijn bij deze gedragingen en van het daar besprokene op de hoogte zijn gesteld.

154. De bezwaren met betrekking tot de keuze voor het sanctiemiddel boete in tegenstelling tot een last onder dwangsom acht de Adviescommissie gegrond. Het besluit is naar het oordeel van de Adviescommissie op dat punt, anders dan artikel 3:46 van de Algemene wet bestuursrecht voorschrijft, onvoldoende gemotiveerd. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa derhalve in de heroverweging de keuze voor het sanctiemiddel nader te motiveren indachtig de overwegingen 112 tot en met 117 van dit Advies.

155. De bezwaren met betrekking tot de vaststelling en de wijze van vaststelling van de boetegrondslag acht de Adviescommissie gegrond. De Adviescommissie is van oordeel dat een boeteoplegging door de d-g NMa een zorgvuldige uitoefening van zijn bevoegdheden verlangt met betrekking tot de vaststelling en de wijze van vaststelling van de boetegrondslag, zoals uiteengezet in de randnummers 122 tot en met 124 van dit Advies. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de d-g NMa in het kader van de uitoefening van zijn bevoegdheden tot het opvragen van bescheiden en het op basis van die bescheiden vaststellen dan wel schatten van de betrokken omzet onvoldoende zorgvuldig te werk gegaan in de zin van artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht, een en ander op een wijze zoals nader geduid in de randnummer 125 tot en met 130 van dit Advies. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa dan ook partijen alsnog een redelijke termijn te gunnen om de noodzakelijke gegevens aan te leveren ter nadere vaststelling van de boetegrondslag.

156. De bezwaren van partijen met betrekking tot de hoogte van de boetefactor voor de gedragingen inzake het Trilateraal Overleg acht de Adviescommissie gegrond. Naar het oordeel

van de Adviescommissie is bij de beoordeling van de economische context in de eerste plaats op onvoldoende wijze rekening gehouden met de onduidelijke regelgeving en de vertroebelde signalen vanuit de overheid en de politiek en is in de tweede plaats op onvoldoende wijze rekening gehouden met de organisatie en de samenstelling van de markt voor Noordzeegarnalen en de daarop actieve actoren. Zij adviseert de d-g NMa dan ook de gekozen boetefactor twee (2) bij te stellen naar de neutrale factor (1), een en ander indachtig de overwegingen in randnummers 140 en 141 van dit Advies en indachtig het hiernavolgende randnummer 157. Indien de d-g NMa voor bepaalde ondernemingen een hogere boetefactor gepast acht, dan dient hij dat naar het oordeel van de Adviescommissie in de heroverweging met aanvullende uit het dossier blijkende gegevens nader te onderbouwen.

157. De bezwaren van partijen met betrekking tot de splitsing van de beide gedragingen bij de oplegging van de sanctie acht de Adviescommissie gegrond. De door de d-g NMa gehanteerde sanctieoplegging acht de Adviescommissie in strijd met het gelijkheidsbeginsel, zoals uiteengezet in randnummer 146 van dit Advies. De beide gedragingen zijn voor wat betreft de boetefactor verschillend waardeerbaar waardoor een scheve verhouding ontstaat. De aan de buitenlandse producentenorganisaties opgelegde boetes zijn daarmee niet in een redelijke verhouding komen te staan tot de boete voor de beide door de Nederlandse producentenorganisaties verrichte gedragingen (uitsluitingsgedraging en het Trilateraal Overleg). Tenslotte acht de Adviescommissie de gekozen sanctieoplegging in strijd met de boeterichtsnoeren, dan wel een onjuiste toepassing daarvan. Zij adviseert de d-g NMa dan ook het besluit op deze punten, indachtig de overwegingen in de randnummers 146 en 147 van dit Advies, te heroverwegen

158. Voor het overige dienen de bezwaren ongegrond te worden verklaard."

3 Reactie van de d-g NMa op het Advies

20. Na zich ervan te hebben vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen, heeft de d-g NMa besloten om deels conform het Advies te beslissen en deels daarvan af te wijken.
21. De d-g NMa beslist conform het Advies voor zover dit betrekking heeft op de ongegrondverklaring van de bezwaren van betrokken partijen.
22. Ongegrond acht de Adviescommissie de bezwaren die betrekking hadden op de volgende kwesties:

- de territoriale bevoegdheid van de d-g NMa (nr. 21);²
 - de vertaling van documenten (nr. 23);
 - de gemeenschappelijke marktordening voor vis en de verhouding daarvan tot het mededingingsrecht (nrs. 28 en 35);
 - de uitleg van Verordening Nr. 26 uit 1962 (nr. 43);
 - de uitleg van Verordening Nr. 17 uit 1962 (nr. 50);
 - de kwalificatie van producenten en handelaren als ondernemingen en Vebega als ondernemersvereniging (nr. 54);
 - de afbakening van de relevante markt (nr. 62);
 - de kwalificatie van het Trilateraal Overleg en deelname daaraan door de Nederlandse, Duitse en Deense producentenorganisaties en de Vebegaleden Heiploeg, Klaas Puul en Goldfish (nrs. 76 en 80);
 - de merkbaarheid van de mededingingsbeperking voortvloeiend uit het Trilateraal Overleg (nr. 88);
 - de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten door de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg, zij het dat de Adviescommissie een aanvulling van de motivering wenselijk acht (nr. 91-93); deze nadere motivering wordt gegeven in paragraaf 5.4;
 - de kwalificatie van de actie tot uitsluiting van een nieuwe handelaar en deelname daaraan door de Nederlandse producentenorganisaties en de Vebegaleden Heiploeg, Klaas Puul en (aangenomen dat deze aanwezig was bij de bijeenkomst te Emmeloord op 30 september 1999) Goldfish (nrs. 98);
 - het opgewekte vertrouwen (nr. 106);
 - het beroep van partijen op de *rule of reason* (nr. 108);
 - het niet-aanmelden van de litigieuze gedragingen voor ontheffing (nrs. 105, 106 en 108);
 - de duur van beide inbreuken (nr. 133);
 - de karakterisering van de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg als 'crisiskartel' (nr. 135);
 - de matiging van de boete voor de producentenorganisaties (nr. 136);
 - de uitdrukking van de ernst van de uitsluitingsactie in de boetegrondslag door middel van factor 2 (nr. 142);
 - het behandelen van beide inbreuken in één procedure (nr. 145).
23. De d-g NMa volgt voorts het Advies, voor zover dit betrekking heeft op de gegrondverklaring van de ingebrachte bezwaren ten aanzien van:
- de ontoereikende motivering van de kwalificatie van de producentenverenigingen als ondernemersverenigingen en niet als ondernemingen (nrs. 55-58 en 150); in paragraaf 5.1

² Verwijzingen naar nummers zonder meer hebben steeds betrekking op randnummers van het Advies.

- draagt de d-g NMa zorg voor een nadere motivering; hij laat evenwel de conclusie in het bestreden besluit op dit punt in stand;
- het ontoereikende bewijs van deelname van de handelaren Van Belzen, Kok International, Lou Snoek, Mooijer-Volendam en Matthijs Jansen aan de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg (nrs. 81-84 en 151); de d-g NMa licht dit toe in paragraaf 5.2;
 - het ontoereikende bewijs van deelname van de handelaren Van Belzen, Kok International, Lou Snoek, Mooijer-Volendam Matthijs Jansen en Goldfish aan de actie tot uitsluiting van een nieuwe handelaar (nrs. 102-104 en 153); de d-g NMa licht dit toe in paragraaf 5.3; in het geval van Goldfish staat de d-g NMa haar deelname aan de overtreding, eveneens in paragraaf 5.3;
 - het handelen in strijd met het gelijkheidsbeginsel en de Boeterichtsnoeren³ door de deelname aan de tweede overtreding (de uitsluitingsactie) door de Nederlandse producentenorganisaties slechts als boeteverhogende omstandigheid bij de eerste overtreding (de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg) in aanmerking te nemen (nrs. 145-147 en 157) en niet op gelijke voet met de betrokken Nederlandse handelaren afzonderlijk te beboeten; de consequenties van de door de Adviescommissie gewenste splitsing bespreekt de d-g NMa in paragraaf 6.2.
 - het onvoldoende motiveren van het sanctiemiddel boete in tegenstelling tot de last onder dwangsom (nrs. 112-117 en 154); de d-g NMa vult de motivering aan in paragraaf 6.4.;
 - de werkwijze bij het hanteren van schattingen om voor beide overtredingen de betrokken omzet en daarmee de boetegrondslag te bepalen (nrs. 122-132 en 155); de d-g NMa heeft aan partijen (aanvullende) gegevens gevraagd; een nieuwe vaststelling van de boetegrondslag, zoveel mogelijk op basis van door partijen verstrekte gegevens, volgt in paragraaf 6.5;
24. De d-g NMa volgt *ten dele* de Adviescommissie, waar deze concludeert tot toepassing van een lagere vermenigvuldigingsfactor bij de toemeting van de boete in verband met de eerste overtreding (de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg) (nrs. 140-141 en 156). De d-g NMa houdt evenwel vast aan de kwalificatie van deze overtreding als zeer zwaar. De d-g NMa gaat hierop in paragraaf 6.6 nader in.
25. Waar de d-g NMa de Adviescommissie volgt, kan gelet op het bepaalde in artikel 3:49 Awb ter motivering van de beslissing op de bezwaarschriften worden volstaan met verwijzing naar het met het oog daarop uitgebrachte Advies. Ingevolge artikel 7:13, zevende lid, Awb wordt in geval van afwijking van het Advies in het besluit de reden voor afwijking gemeld.
26. Voor zover de bezwaren (deels) gegrond worden geacht, leidt dit met inachtneming van het Advies tot wijziging van het besluit van 14 januari 2003. De boetes worden mede op basis van

³ Richtsnoeren Boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, Stcrt. 2001, 248, p. 90 van 21 december 2001.

door partijen verschafte nadere gegevens herberekend en opnieuw vastgesteld in paragrafen 6.7, 6.8 en 6.9.

4 Overige punten die in de heroverweging zijn betrokken

27. In het licht van het van toepassing worden van Verordening 1/2003 per 1 mei 2004⁴ ziet de d-g NMa zich voor de vraag gesteld of behalve artikel 6, eerste lid, Mw, ook artikel 81, eerste lid, EG van toepassing moet worden geacht op de tweede inbreuk, de actie tot uitsluiting van een nieuwe handelaar. De d-g NMa constateert dat zulks het geval is, maar dat daaraan geen consequenties worden verbonden met betrekking tot de op te leggen sanctie. Dit wordt behandeld in paragraaf 5.4 en 6.3. In het kader van de heroverweging van de sanctie wordt tevens aandacht besteed aan artikel 81, derde lid, EG en artikel 6, derde lid, Mw⁵ (eveneens in paragraaf 6.3).
28. In verband met de inwerkingtreding van Verordening 1767/2004 van de Commissie op 21 oktober 2004⁶ gaat de d-g NMa na of deze wijziging in de communautaire regelgeving voor de visserij noopt tot een andere beoordeling van de afspraken in het Trilateraal Overleg inzake vangstbeperkingen. Hierop wordt ingegaan in paragraaf 5.5.
29. In paragraaf 6.1 worden enkele toerekeningsvragen in de heroverweging betrokken, aangaande PO West, Lou Snoek en Goldfish.

5 Heroverweging met betrekking tot de beoordeling van de litigieuze gedragingen

5.1 Kwalificatie van de producentenorganisaties als ondernemersvereniging

⁴ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1/1.

⁵ Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004 (Wet modernisering EG-mededingingsrecht), Stb. 2004, 345.

⁶ Verordening (EG) Nr. 1767/2004 van de Commissie van 13 oktober 2004 tot wijziging van Verordening (EG) Nr. 2318/2001 wat betreft de erkenning van producentenorganisaties in de sector visserij en aquacultuur PbEU 2004, L 315/28.

30. In bezwaar is in het kader van het gelijkheidsbeginsel aangevoerd, dat uit het bestreden besluit onvoldoende duidelijk blijkt dat de producentenorganisaties met betrekking tot hun activiteiten handelen als een ondernemersvereniging en niet (tevens) als een onderneming. Als gevolg hiervan is het niet mogelijk na te gaan, waarom schijnbaar gelijke partijen bij de boeteoplegging verschillend worden behandeld. In het bestreden besluit worden in het geval van Vebega de individuele leden en niet de ondernemersvereniging Vebega op de desbetreffende gedragingen aangesproken en beboet, dit in tegenstelling tot de producentenorganisaties, waar de ondernemersvereniging en niet de individuele leden worden aangesproken en beboet.
31. De Adviescommissie is in haar Advies van oordeel dat dit punt in het besluit op bezwaar nader dient te worden gemotiveerd (paragraaf 4.3.1 van het Advies, conclusie bij nr. 150).⁷
32. De betrokken producentenorganisaties hebben aangegeven dat zij niet zelf, op eigen naam en voor eigen rekening actief zijn op de markt voor Noordzeegarnalen, maar dat zij zich beperken tot bemiddeling bij de afzet van het aanbod van de aangesloten leden, in de zin van artikel 4, eerste lid, van Vo 3759/92, tweede volzin, eerste gedachtestreepje, om zodoende tot een bundeling van het aanbod te komen.
33. Deze bemiddeling neemt niet de vorm aan van diensten aan de garnalenvissers die tegen betaling worden verricht, maar zij maakt – overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van Vo 3759/92 en de statuten van de betrokken producentenorganisaties – deel uit van de taken waarvoor de producentenorganisaties *als ondernemersvereniging* zijn opgericht.
34. De bemiddeling is niet meer dan een uitwerking van de “geëigende maatregelen” die de producentenorganisaties nemen in het kader van de doelstellingen van de gemeenschappelijke marktordening. Het in de basisverordening vastgelegd alternatief voor bemiddeling is de “afzet volgens tevoren vastgestelde gemeenschappelijke regels”, hetgeen evenmin een ondernemingsactiviteit impliceert. De met de afzet van Noordzeegarnalen gemoeide transacties komen rechtstreeks tussen vissers en handelaren tot stand.⁸
35. De financiële huishouding van de producentenorganisaties, zoals blijkt uit de overgelegde jaarrekeningen, wijst evenmin op enige vorm van ondernemingsactiviteit. Verschillende producentenorganisaties hebben bij verzoeken om het verstrekken van gegevens inzake de betrokken omzet zelf aangevoerd dat zij *geen* eigen omzet in garnalen hebben of zelfs niet over

⁷ De d-g NMa ziet overigens geen verband tussen deze kwestie en de beoordeling van de tussenstaatse handel (Advies nrs. 91 en 152).

⁸ Met de vervanging van Verordening 3759/92 door Verordening 104/2000 is in het wettelijk kader voor de taakvervulling van de producentenorganisaties, voor zover hier relevant, geen wijziging gekomen.

directe informatie daaromtrent beschikken. De visafslagen informeren de producentenorganisaties over de verkopen in kilo's in verband met de inning van heffingen.

36. Het past heel wel in het systeem van de artikelen 81 EG en 6 Mw dat afspraken die de producentenorganisaties in hun hoedanigheid van ondernemersverenigingen met elkaar en met de betrokken handelaren maken, waarbij de uitvoering van die afspraken aangrijpt op de economische activiteiten van hun leden, onder het kartelverbod vallen.⁹ Indien zij daarmee buiten het kader van de marktordening voor de visserij treden, komt daarmee geen wijziging in hun hoedanigheid van ondernemersvereniging.
37. De d-g NMa concludeert dat er geen redenen zijn om te twijfelen aan de juistheid van de kwalificatie van de betrokken producentenorganisaties als ondernemersverenigingen. De d-g NMa acht de bezwaren die tegen deze kwalificatie in het bestreden besluit zijn gericht ongegrond.

5.2 Deelname van de 'kleinere handelaren' aan de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg

38. De Adviescommissie stelt dat in het bestreden besluit onvoldoende is gemotiveerd dat de kleinere Vebegaleden Van Belzen, Kok International, Lou Snoek, Mooijer-Volendam en Matthijs Jansen (hierna ook: de kleinere handelaren) aan de gedragingen in het kader van het Trilateraal Overleg hebben deelgenomen (paragraaf 4.3.3.3 van het Advies, conclusie bij nr. 151). De Adviescommissie acht het in dit verband overigens aanvaardbaar dat bij gebreke van direct bewijs langs deductieve weg vaststellingen worden gedaan, "op basis van een logische, complete en sluitende redenering" (nr. 82).
39. Voor zover partijen ontkennen dat zij enige wetenschap droegen van de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg, komt deze ontkenning de d-g NMa niet overtuigend voor. Uit het onderzoek blijkt voldoende dat de kleinere handelaren – al dan niet in Vebegaverband – door Heiploeg en Klaas Puul op de hoogte werden gehouden van de uitkomsten van het Trilateraal Overleg.¹⁰ Overigens werden de vangstbeperkingen en afgesproken prijzen ook door de producentenorganisaties gepubliceerd.

⁹ Vgl. Hv. EG 15 mei 1975, zaak 71/74, Frubo, Jur. 1975, 563, r.o. 28-32.

¹⁰ Dit blijkt met name uit de door de heer J van Belzen (voormalig directeur van Van Belzen B.V.) afgelegde verklaring, welke is bevestigd door de heer J.L. van Belzen (directeur van J.L. van Belzen Holding B.V., welke vennootschap bestuurder is van Van Belzen B.V.; document 1616/21), uit de door de heer Nienhuis (directeur van Heiploeg B.V.) afgelegde verklaringen (1616/10 en 1616/17), uit een artikel opgenomen in het blad Visserijnieuws van 4 juni 1999 (Bijlage 1 bij de schriftelijke zienswijze van de Duitse producentenorganisaties, zie 2269/53) en het

40. Kennis dragen van de afspraken staat niet gelijk aan deelname. De d-g NMa ziet zich voor de vraag gesteld of de betrokkenheid van de kleinere handelaren bij de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg en het gedrag van deze ondernemingen op de markt zodanig was dat sprake was van deelname door instemming dan wel van onderlinge afstemming waarop artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG zien.
41. De d-g NMa constateert in dit verband dat niet is gebleken dat de kleinere handelaren ooit zelf vertegenwoordigd waren op de bijeenkomsten van het Trilateraal Overleg. Zij konden dus niet rechtstreeks invloed uitoefenen op de aldaar gemaakte afspraken, noch in eigen persoon verbintenissen aangaan. Wel stellen Heiploeg en Klaas Puul dat de afspraken mede in het belang van niet-vertegenwoordigde Vebegaleden werden gemaakt.
42. Voorts constateert de d-g NMa dat het onderzoek weliswaar enige, maar uiteindelijk onvoldoende aanwijzingen oplevert voor een meerzijdige afstemming tussen de Vebegahandelaren onderling. Zo blijkt bijvoorbeeld niet van het bestaan van voorbesprekingen van de bijeenkomsten van het Trilateraal Overleg, dan wel nabesprekingen ter uitvoering van de afspraken.¹¹
43. De d-g NMa acht de verwijzing door de Adviescommissie naar het arrest van het Hof in de zaak *Cement*¹² in dit verband ter zake doende, met name het criterium genoemd in rechtsoverweging 83:
- “Om de deelneming van een onderneming aan een dergelijke overeenkomst vast te stellen, dient de Commissie aan te tonen, dat deze onderneming met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en dat zij de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden (...).”*
44. Uit het onderzoek blijkt weliswaar dat de gang van zaken op de Nederlandse visafslagen in hoge mate “geregisseerd” werd om de afgesproken minimumprijzen te garanderen, maar het is tot op

bezwaarschrift van Matthijs Jansen (2269/43). Zie ook de notulen van de jaarvergadering van Vebega op 29 januari 1998, document C.1-16.

¹¹ Er zijn weliswaar aanwijzingen dat de Vebega-handelaren betrokken zouden zijn bij onderlinge marktverdelingsafspraken, maar dit heeft niet geleid tot het vaststellen van een afzonderlijke overtreding in het rapport. Zie randnummer 223 van het bestreden besluit en bijbehorende voetnoot nr. 85.

¹² Hv. EG d.d. 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, c-217/00P en C/219/00P, *Cement*, n.n.g.

zekere hoogte onduidelijk gebleven in hoeverre en op welke wijze de kleinere handelaren hierin een (zelfstandige) rol vervulden.

45. Op de hoorzitting van 5 september 2003 hebben de kleinere handelaren betoogd dat hen gelet op de marktverhoudingen geen andere mogelijkheid was gegeven dan volgend gedrag ten opzichte van Heiploeg en Klaas Puul, zodat volgend gedrag op zichzelf niet als aanwijzing voor participatie in de trilaterale afspraken mag worden opgevat, noch als aanwijzing voor afgestemd gedrag. De d-g NMa merkt hierbij op dat de marktverhoudingen en het gedrag van Heiploeg en Klaas Puul mede werden bepaald onder invloed van de verboden afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg. Hoe dit ook zij, uit de verklaringen van verschillende partijen op de hoorzitting van 5 september 2003 over de gebruikelijke gang van zaken op de veiling, komt in ieder geval het beeld naar voren dat de kleinere handelaren zich schikten in (de gevolgen van) de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg, maar dat zij, gezien hun relatief zwakke positie op de markt, niet in staat waren hieraan zelf een bijdrage te leveren en dat een daarop gericht biedgedrag van hun kant ook niet nodig was om de naleving van de afspraken te verzekeren.
46. Gelet op het bovenstaande meent de d-g NMa dat langs de door de Adviescommissie aangewezen weg van de deductieve analyse niet met voldoende zekerheid kan worden aangetoond dat de kleinere handelaren metterdaad hebben *deelgenomen* aan de overeenkomsten in het kader van het Trilateraal Overleg, dan wel aan onderling afgestemd feitelijk gedrag ter ondersteuning van het Trilateraal Overleg in de betekenis die hieraan krachtens de Europese jurisprudentie moet worden toegekend.
47. Het lidmaatschap van Vebega en het blijven handelen op een markt die sterk onder invloed stond van de verboden gedragingen, ondanks de kennis die de kleinere handelaren – naar mag worden aangenomen – van deze verboden afspraken droegen, is hen in het rapport niet verweten en dit gedrag verschilt ook wezenlijk van dat waarop Heiploeg, Klaas Puul en Goldfish mededingingsrechtelijk worden aangesproken. Daarbij laat de d-g NMa in het midden in hoeverre de kleinere handelaren onder druk handelden, omdat zij evenzeer kennis droegen van het feit dat terugtrekking uit Vebega en “dissident gedrag” op de markt aanleiding zouden kunnen vormen tot een uitsluitingsactie als die welke eveneens het voorwerp vormt van de onderhavige sanctieprocedure.
48. De d-g NMa concludeert na heroverweging dat de bezwaren tegen de deelname van de kleinere handelaren aan de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg gegrond zijn. Aan Van Belzen, Kok International, Lou Snoek, Mooijer-Volendam en Matthijs Jansen wordt ter zake geen boete of last onder dwangsom opgelegd.

Geen consequenties voor de overige partijen

49. De d-g NMa voegt hieraan toe, dat bovenstaande conclusie geen gevolgen heeft voor de (mate van) bestraffing van de partijen van wie deelname wel is aangetoond.
50. In dit verband merkt de d-g NMa op dat hij het bezwaar van onder meer drie Nederlandse producentenorganisaties over willekeur bij het optreden tegen verschillende betrokkenen door de d-g NMa, ongegrond acht. Het bezwaar komt erop neer dat de NMa nog enkele partijen van wie de betrokkenheid bij de afspraken in het Trilateraal Overleg bekend was of bij nader onderzoek kon blijken (een Duitse handelaar en de Belgische producentenorganisatie), in de procedure had moeten betrekken.
51. Het onderzoek heeft echter onvoldoende aanknopingspunten opgeleverd om andere dan in het rapport genoemde partijen in de procedure te betrekken. Van willekeur is dan ook geen sprake. In dit licht bezien acht de d-g NMa een verlaging van de boete voor partijen van wie de deelname aan de onderhavige afspraken wel is gebleken, niet gerechtvaardigd.

5.3 *Deelname van de 'kleinere handelaren' aan belemmering van de toetreding van een nieuwe handelaar*

52. De Adviescommissie acht niet aannemelijk gemaakt dat Van Belzen, Kok International, Lou Snoek, Mooijer-Volendam en Matthijs Jansen op zodanige wijze betrokken waren bij de afspraken tot uitsluiting van een nieuwe handelaar, dat kan worden gesproken van instemming dan wel onderlinge afstemming waarop artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG zien (nrs. 102-104 en de conclusie bij nr. 153). De Adviescommissie adviseert in dit kader nader vast te stellen welke leden van Vebega aanwezig waren bij de bespreking te Emmeloord op 30 september 1999.
53. Uit het onderzoek blijkt dat Heiploeg, Klaas Puul en Goldfish aanwezig zijn geweest op de bedoelde bijeenkomst te Emmeloord.¹³
54. Daarentegen is niet gebleken dat de kleinere handelaren aanwezig, dan wel vertegenwoordigd waren op deze bijeenkomst.
55. Voorts constateert de d-g NMa dat het dossier geen aanwijzingen bevat dat naar aanleiding van de bijeenkomst te Emmeloord de niet op deze bijeenkomst aanwezige Vebegaleden, bijvoorbeeld in een nabespreking, op de hoogte zijn gesteld van hetgeen tijdens deze bijeenkomst is besproken.

¹³ Verklaring van 8 september 2000 van de voorzitter van PO Wieringen, document 1616/46.

56. Uit het onderzoek blijkt weliswaar dat de visafslagen Lauwersoog, Stellendam en Collijnsplaat op de hoogte waren gesteld van de gang van zaken in het geval zich een nieuwe marktpartij op de visafslag zou melden, maar het is onduidelijk gebleven in hoeverre en op welke wijze de kleinere handelaren een (zelfstandige) rol vervulden of konden vervullen bij de uitvoering van de uitsluitingsactie.
57. De d-g NMa concludeert na heroverweging dat de bezwaren tegen de deelname van de kleinere handelaren aan de afspraken met betrekking tot het belemmeren van de toetreding van een nieuwe handelaar op de markt, gegrond zijn. Aan Van Belzen, Kok International, Lou Shoek, Mooijer-Volendam en Matthijs Jansen wordt ter zake geen boete of een last onder dwangsom opgelegd.

5.4 Toepassing van artikel 81, eerste lid, EG en beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten

Procedure

58. Aan partijen is op 1 november 2004 kenbaar gemaakt dat de d-g NMa voornemens was artikel 81 EG toe te passen op de gedragingen tot belemmering van de toetreding van een nieuwe handelaar. In de hierover door Klaas Puul ingezonden reactie heeft de d-g NMa, zoals hieronder zal blijken, geen aanleiding gezien om van toepassing van artikel 81 EG af te zien.

Afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg

59. De Adviescommissie is met de d-g NMa van oordeel, dat als gevolg van de tussen de producentenorganisaties en groothandelaren in Noordzeegarnalen overeengekomen vangstbeperkingen en minimumprijzen de handel tussen de lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed in de zin van artikel 81, eerste lid, EG. De Adviescommissie verzoekt de d-g NMa evenwel deze vaststelling nader te onderbouwen (nr. 152).
60. Bij deze toetsing in bezwaar neemt de d-g NMa als uitgangspunt de Mededeling van de Europese Commissie van 27 april 2004, Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het EG,¹⁴ In deze Richtsnoeren is de jurisprudentie van het Hof en het Gerecht verwerkt.

¹⁴ Mededeling van de Europese Commissie van 27 april 2004 Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEU 2004 C 101/81.

61. Het begrip “handel tussen de lidstaten” wordt ruim opgevat, in die zin dat het alle grensoverschrijdende activiteiten omvat, onafhankelijk van de afbakening van de relevante markt.¹⁵ Voorts is van belang dat het begrip “kunnen beïnvloeden” eveneens ruim wordt opgevat; aan deze voorwaarde is voldaan zodra op grond van het geheel van juridische en feitelijke elementen feitelijk en rechtens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid is te voorzien dat een overeenkomst of gedraging al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel het ruilverkeer tussen lidstaten zodanige invloed kan uitoefenen dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de lidstaten wordt geschaad.¹⁶

62. Met betrekking tot grensoverschrijdende afspraken, zoals de onderhavige, wordt in de Richtsnoeren o.m. het volgende gesteld:

“61 Overeenkomsten en gedragingen die meerdere lidstaten bestrijken of in meerdere lidstaten ten uitvoer worden gelegd, kunnen naar hun aard in nagenoeg alle gevallen de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Wanneer de relevante omzet de in punt 53 beschreven drempel overschrijdt, zal het in de meeste gevallen dan ook niet nodig zijn een gedetailleerd onderzoek uit te voeren naar de vraag of de handel tussen lidstaten kan worden beïnvloed.

(...)

64. Kartelovereenkomsten zoals die waarbij sprake is van prijsafspraken en verdeling van de markten en die diverse lidstaten bestrijken, kunnen naar hun aard de handel tussen lidstaten beïnvloeden. Grensoverschrijdende kartels harmoniseren de mededingingsvoorwaarden en hebben een invloed op de verflechting van de handel door het bestendigen van traditionele handelsstromen. (...) Wanneer ondernemingen overeenkomen prijzen vast te stellen, schakelen zij de mededinging uit en eventuele daaruit resulterende prijsverschillen die zowel concurrenten als afnemers ertoe kunnen aanzetten in grensoverschrijdende handel actief te worden. Wanneer ondernemingen overeenkomsten over verkoopquota bereiken, worden de traditionele handelsstromen bestendigd. De betrokken ondernemingen zien ervan af hun productie uit te breiden en zodoende potentiële afnemers in andere lidstaten te bedienen.

65. De beïnvloeding van de handel die van grensoverschrijdende kartels uitgaat, is doorgaans ook naar haar aard een merkbare beïnvloeding als gevolg van de marktpositie van de partijen bij het kartel. Kartels worden normaalgesproken enkel gevormd wanneer de betrokken ondernemingen samen een ruim deel van de markt in handen hebben, omdat dit hen in staat stelt prijzen te verhogen of de productie te beperken.”

¹⁵ Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, nrs. 19-22.

¹⁶ Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, nr. 23; HvJEG 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia, Jur. 1985, p. 2545, r.o. 22.

63. Bij de in het kader van het Trilateraal Overleg overeengekomen vangstbeperkingen en minimumprijzafspraken waren in de eerste plaats producentenorganisaties¹⁷ uit verschillende lidstaten betrokken, namelijk Nederland, Duitsland en Denemarken. De Nederlandse, Duitse en Deense vissers zijn voor het overgrote deel aangesloten bij de aan het Trilateraal Overleg deelnemende producentenorganisaties, zodat de prijs- en hoeveelhedsafspraken méér dan een ruim deel van de markt van Noordzeegarnalen omvatten. Daarbij wordt tevens de omzetgrens van EUR40 miljoen die volgens de Richtsnoeren bij de bepaling van de merkbaarheid van de beïnvloeding van de handel in acht moeten worden genomen (nrs. 52–54), overschreden.
64. Zoals de Adviescommissie aangeeft, wordt de (potentiële) beïnvloeding van de handel verder versterkt door de betrokkenheid van de (drie grootste) groothandelaren in Noordzeegarnalen bij het Trilateraal Overleg. Binnen de productiekolom staan zij immers in een verticale relatie tot de producentenorganisaties. Bedoelde groothandelaren beheersen een groot deel van de handel in verwerkte Noordzeegarnalen. Zij opereren in internationaal verband en zijn bij inkoop (via eigen vestigingen) onder meer actief in Nederland, Duitsland en Denemarken; hun verkoopactiviteiten bestrijken nog meer lidstaten.
65. Zoals de Adviescommissie ten slotte opmerkt (nr. 93) en zoals aangegeven in het bestreden besluit (randnummer 255), doet hieraan niet af de stelling van partijen dat met het Trilateraal Overleg juist werd beoogd positieve voorwaarden voor de handel te scheppen. Het leidt geen twijfel dat als gevolg van de afspraken sprake kan zijn geweest van een ongewenste bestendinging van traditionele handelsstromen tussen de lidstaten zoals bedoeld in de Richtsnoeren (hierboven aangehaald, randnummer 61 van het onderhavige besluit, randnummer 64 van de Richtsnoeren).
66. Met deze conform het Advies gegeven aanvullende motivering bevestigt de d-g NMa zijn oordeel in het bestreden besluit, dat de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg de handel tussen de lidstaten (kunnen) beïnvloeden en dat zij daarmee onder de reikwijdte van artikel 81 EG vallen.

Actie tot uitsluiting van een nieuwe handelaar

67. In het bestreden besluit is ten aanzien van de gedragingen tot uitsluiting van een nieuwe handelaar op de visafslagen in Nederland uitsluitend artikel 6, eerste lid, Mw toegepast en niet, zoals wel in het geval van de gedragingen in het kader van het Trilateraal Overleg, tevens artikel 81, eerste lid, EG.

¹⁷ Dat bij randnummer 254 van het bestreden besluit de aanduiding “overeengekomen tussen *ondernemingen*” is gebruikt, moet worden gezien als een beschrijving die hiermee is rechtgezet (vgl. het Advies, nr. 58).

68. Artikel 3, eerste lid, van Verordening 1/2003 verplicht thans een nationale mededingingsautoriteit wanneer zij nationaal mededingingsrecht toepast op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde gedragingen, artikel 81 EG toe te passen indien deze overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde gedragingen de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden. Met betrekking tot zaken als de onderhavige, waarin een bezwaar- of beroepsprocedure loopt, is geen overgangsmaatregel getroffen.
69. Wat de elementen onderneming en ondernemersvereniging, overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging en mededingingsbeperking betreft, is de toetsing aan artikel 81, eerste lid, EG niet anders dan die aan artikel 6, eerste lid, Mw. Waar het gaat om artikel 81, eerste lid, EG moet bovendien getoetst worden aan het criterium van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten. Het kader voor de beoordeling van de mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel is reeds beschreven bij randnummers 60-62.
70. De uitsluitingsactie in de periode van 1 oktober tot en met 16 november 1999 was gericht tegen een groothandelaar in vis en visproducten die tevens import- en exportactiviteiten ontplooit. De mogelijkheid dat de belemmering om op de Nederlandse visafslagen garnalen in te kopen de desbetreffende groothandel tevens heeft belet deze uit te voeren naar andere lidstaten, is derhalve reëel.
71. Uit de stukken die in het bestreden besluit zijn aangehaald, blijkt dat het voornemen tot uitsluiting van nieuwe handelaren niet beperkt was tot Van der Veen, c.q. Wino/FTP Vis B.V. Zo wordt door de betrokken partijen gesproken over “een nieuwkomer” (randnummer 131 van het bestreden besluit), “nieuwe, niet-reguliere marktpartijen”, “niet-reguliere kopers” (randnummers 134 en 135 van het bestreden besluit) “alle andere handelaren dan die bij Vebega samenwerken” (randnummer 137 van het bestreden besluit). Het is mogelijk dat andere nieuwe handelaren dan Van der Veen, buitenlandse handelaren of Nederlandse handelaren die garnalen exporteren, zich door de actie tegen Van der Veen hebben laten afschrikken.
72. Het marktaandeel van de betrokken handelsondernemingen (aan de inkoopzijde) en dat van de leden van de betrokken ondernemersverenigingen (aan de verkoopzijde) en de met de afspraken beschermde omzet overstijgen de drempels die volgens de Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het EG kunnen worden gehanteerd bij de beoordeling van de merkbaarheid van de beïnvloeding (nrs. 52-54).
73. Gezien het bovenstaande is de d-g NMa van oordeel dat de betrokken gedragingen de handel tussen lidstaten merkbaar kunnen beïnvloeden in de zin van artikel 81, eerste lid, EG.

74. De d-g NMa stelt vast dat de afspraken tot belemmering van de toetreding van een nieuwe handelaar naast een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw tevens een inbreuk op artikel 81, eerste lid, EG vormen. Zoals in paragraaf 6.3 zal worden toegelicht, heeft dit geen consequenties voor de op te leggen sanctie.

5.5 *Wijziging uitvoeringsverordening visserij: transnationale verenigingen van producentenorganisaties*

75. Op 21 oktober 2004 is Verordening 1767/2004 van de Commissie tot wijziging van Verordening 2318/2001 van de Commissie betreffende de erkenning van producentenorganisaties in de sector visserij en aquacultuur van kracht geworden.¹⁸
76. Aan partijen is op 1 november 2004 kenbaar gemaakt dat de d-g NMa de wijzigingsverordening zal betrekken in het te nemen besluit op bezwaar in onderhavige zaak en zijn zij in de gelegenheid gesteld op de wijzigingsverordening te reageren. Daarop hebben de Nederlandse producentenorganisaties, de Deense producentenorganisatie, Klaas Puul, Heiploeg, Goldfish en Van Belzen gereageerd. Deze partijen stellen kort gezegd dat uit de wijzigingsverordening volgt dat de gezamenlijke marktinterventies in de vorm van vangstbeperkingen en minimumprijzen nodig zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 33 EG, als gevolg waarvan deze marktinterventies buiten de werkingssfeer van de mededingingsregels vallen.
77. De d-g NMa heeft in de ingezonden reacties, zoals hieronder zal blijken, geen aanleiding gezien het bestreden besluit te herzien op het punt van de toepasselijkheid van de mededingingsregels op het terrein van de garnalenvisserij en de strafwaardigheid van de betrokken gedragingen.
78. Blijkens de considerans, sub (2) van Verordening 1767/2004, “moet met het oog op de eenvormige toepassing van de bepalingen van de gemeenschappelijke marktordening in de sector visserij en aquacultuurproducten [...] worden overgegaan tot vaststelling van de voorwaarden en de procedure voor de verlening of de intrekking door de lidstaten van de erkenning van verenigingen van producentenorganisaties die in meer dan één lidstaat zijn erkend.
79. Voor zover hier van belang bevat de considerans nog de volgende overwegingen.

¹⁸ Verordening (EG) Nr. 1767/2004 van de Commissie van 13 oktober 2004 tot wijziging van Verordening (EG) Nr. 2318 wat betreft de erkenning van producentenorganisaties in de sector visserij en aquacultuur, PbEU 2004, L 315/28; Verordening (EG) Nr. 2318/2001 van de Commissie van 29 november 2000 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen van Verordening (EG) Nr. 104/2000 van de Raad met betrekking tot de erkenning van producentenorganisaties in de sector visserij en aquacultuur, PbEG 2001, L313/9.

“(3) De oprichting van verenigingen van producentenorganisaties die in meer dan één lidstaat zijn erkend, kan ertoe bijdragen dat de onder het gemeenschappelijk visserijbeleid ressorterende visbestanden rationeel en duurzaam worden geëxploiteerd en de rentabiliteit van de visserijsector op lange termijn wordt gegarandeerd.

(4) Visserijproducten moeten worden geproduceerd en verhandeld in overeenstemming met de communautaire mededingingsregels, voorzover deze regels de regelgeving die is vastgesteld in het kader van de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector visserijproducten en producten van de aquacultuur, niet ondermijnen en de verwezenlijking van de doelstellingen van het gemeenschappelijk visserijbeleid niet in gevaar brengen.”

80. Volgens artikel 2, tweede lid, van Verordening 2318/2001 (zoals gewijzigd) mag een lidstaat een vereniging van producentenorganisaties die zijn erkend in verschillende lidstaten erkennen, onder voorwaarde dat de vereniging (a) haar officiële hoofdkwartier in de desbetreffende lidstaat heeft, (b) de waarde van de door de vereniging afgezette productie ten minste een minimumpercentage van de productie van een visserijproduct in een welbepaald gebied uitmaakt, en (c) de producentenorganisaties die deel uitmaken van de vereniging, zich bezighouden met het bevissen, produceren en afzetten van gezamenlijk geëxploiteerde visbestanden. Artikel 2, derde lid, draagt de gaststaat op om in samenwerking met de andere betrokken lidstaten de administratieve samenwerking in te stellen die nodig is om ervoor te zorgen dat de voorwaarden voor erkenning in acht worden genomen en om de activiteiten van de vereniging te controleren; dit ziet ook op intrekking van de erkenning. Het vierde lid bepaalt:

“4. Een vereniging van producentenorganisaties mag op een bepaalde markt geen machtspositie innemen, tenzij dit nodig is voor het bereiken van de doelstellingen van artikel 33 van het Verdrag.”

81. De artikelen 3, 4, 5, 6 en 7 van Verordening 2318/2001 worden van overeenkomstige toepassing verklaard op transnationale verenigingen van producentenorganisaties. Van belang is hier dat ingevolge artikel 4 van Verordening 2318/2001 de aanvrager bij een aanvraag om erkenning het bewijs dient mee te delen dat artikel 2 in acht is genomen.
82. De d-g NMa constateert dat de wijzigingsverordening van de Commissie thans een formele grondslag biedt voor de erkenning (onder bepaalde voorwaarden) van transnationale verenigingen van producentenorganisaties. Verder wordt de procedure voor erkenning geregeld, alsmede de administratieve samenwerking tussen de betrokken lidstaten in verband met het uit te oefenen toezicht. Daarmee is voorzien in een lacune in de voorheen bestaande uitvoeringsregeling van Verordening 104/2000 van de Raad, de basisverordening met de marktorganisatie voor de visserij. Dat betekent tevens, dat de Commissie ervan uitgaat dat de basisverordening de erkenning van transnationale producentenorganisaties in beginsel reeds toestond.

83. Omgekeerd moet echter worden vastgesteld, dat de wijzigingsverordening geen uitbreiding van de bevoegdheden van producentenorganisaties inhoudt. Dat zou ook niet kunnen, omdat een uitvoeringsverordening te allen tijde binnen het kader van de basisverordening van de Raad moet blijven. Wel moet worden aangenomen dat een erkende transnationale vereniging op dezelfde wijze als een individuele producentenorganisatie, met de instrumenten waarin de marktorganisatie voorziet, het aanbod van de aangesloten leden mag afstemmen op de behoefte.
84. De d-g NMa wijst in dit verband echter op de bepaling volgens welke de transnationale vereniging geen machtspositie mag innemen, tenzij dit noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van het gemeenschappelijke landbouw- en visserijbeleid. Ten aanzien van de producentenorganisaties was dit eveneens reeds in de basisverordening vastgelegd (artikel 5, derde lid, van deze verordening). De herhaling daarvan in de wijzigingsverordening is niet zonder betekenis: het geeft aan dat de oprichting van transnationale verenigingen geen middel mag vormen om deze voor de werkzame mededinging belangrijke waarborg te omzeilen. Nu daarover niets anders is bepaald, moet het begrip machtspositie hetzelfde worden opgevat als in de jurisprudentie met betrekking tot artikel 82 EG is begrepen.¹⁹
85. Voorts is van belang dat noch de considerans, noch de bepalingen van de wijzigingsverordening verandering brengen in de verhouding tussen de mededingingsregels en het gemeenschappelijk visserijbeleid of daarop een nieuw licht werpen. De beoordeling daarvan in het bestreden besluit, die door de Adviescommissie is ondersteund, blijft derhalve onaangetast.
86. De wijzigingsverordening brengt uiteraard evenmin wijziging in de beginselen die op dit terrein – het raakvlak van landbouw- en mededingingsrecht – in de jurisprudentie van het Gerecht en het Hof zijn ontwikkeld. Onder meer in de arresten *Oude Luttikhuisen Bloemenveiling Aalsmeer* geeft het Hof aan dat niet de vraag aan de orde is, of het mededingingsrecht dan wel het gemeenschappelijk landbouwbeleid prevaleert, maar dat het erop aankomt deze in de mate van het mogelijke met elkaar te verzoenen.²⁰ In het arrest in de zaak *Milk Marque*, gewezen na het nemen van het bestreden besluit, is dit bevestigd en benadrukt het Hof, “... dat de handhaving van een echte mededinging op de markten voor landbouwproducten een van de doelstellingen van het

¹⁹ Hv.JEG 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands*, J.r. 1978, 207; Hv.JEG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffmann La Roche*, J.r. 1979, 461; Hv.JEG 3 juli 1991, zaak C-62/86, *Akzo*, J.r. 1991, I-3359.

²⁰ Hv.JEG 12 december 1995, zaak C-399/93, *Oude Luttikhuis e.a.*, J.r. 1995, I-4515; Hv.JEG 30 maart 2000, zaak C-265/97 P, *VBA*, J.r. 2000, I-2061.

gemeenschappelijk landbouwbeleid en van de gemeenschappelijke ordening van de betrokken markten is”²¹

87. In genoemde arresten is tevens vastgelegd, dat bij de kwestie of een overeenkomst kan worden geacht noodzakelijk te zijn voor het bereiken van de doelen van artikel 33 EG een strikte interpretatie is vereist en dat slechts mag worden aangenomen dat hieraan is voldaan, indien aan *elk* van de doelstellingen is getoetst en is gebleken dat deze *matterdaad* door de overeenkomst worden bereikt.²² Indien deze doelstellingen in het concrete geval niet met elkaar verenigbaar zouden blijken te zijn, moet er steeds naar worden gestreefd ze met elkaar te verzoenen. Het is niet toegestaan zich zodanig op een enkele doelstelling te richten dat de verwezenlijking van een andere onmogelijk wordt; wel is het toegestaan een doelstelling *tijdelijk* boven een andere te laten prevaleren zolang het gelet op de economische feiten en omstandigheden nodig is.²³ Deze beginselen kunnen geacht worden te gelden voor de besluiten die gemeenschapsinstellingen nemen, maar evenzeer op de maatregelen die de producentenorganisaties ter uitvoering van hun taken nemen en uitvoeren, alsmede op besluiten van nationale autoriteiten, waaronder het onderhavige besluit van de d-g NMa.
88. Wat de producentenorganisaties betreft, stelt de d-g NMa vast dat niet is gebleken dat de betrokken producentenorganisaties in hun besluitvorming in het Trilateraal Overleg enige aandacht hebben geschonken aan de afweging tussen de verschillende doelstellingen van artikel 33 EG, en *a fortiori* niet aan de verzoening daarvan. Integendeel hebben zij zich eenzijdig gericht op de doelen met enkel positieve gevolgen voor hun leden, namelijk marktstabilisatie en het verzekeren van een redelijke levensstandaard.²⁴ Dit ging voor langere tijd ten koste van de doelen van het verhogen van de productiviteit en het bieden van redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers. Daarbij hebben zij vangstbeperkingen en prijsafspraken met de handelaren ingezet als middel waarin de communautaire marktorganisatie en het communautaire beleid voor de instandhouding en het beheer van visbestanden niet voorzien.
89. Indien de bij de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg betrokken producentenorganisaties met elkaar een transnationale vereniging zouden vormen, bezit een dergelijke vereniging zonder twijfel een machtspositie, in feite vrijwel een monopolie op de markt voor Noordzeegarnalen. De d-g NMa laat in het midden of de oprichting dan wel de erkenning

²¹ HvJEG 9 september 2003, zaak C-137/00, The Queen en The Competition Commissie vs Milk Marque, nog niet gepubliceerd, r.o. 57-60. Er zij op gewezen dat de betrokken marktorganisatie (Verordening 804/68 van de Raad) niet minder interventionistisch van aard is dan die voor de visserij.

²² Zaak C-399/93, Oude Luttikhuis (reeds aangehaald), r.o. 23-28, zaak C-265/97 P, Bloemenveiling Aalsmeer (reeds aangehaald), r.o. 94-95.

²³ Zaak C-137/00, Milk Marque (reeds aangehaald), r.o. 91-94.

²⁴ Vgl. zaak C-265/97 P, Bloemenveiling Aalsmeer (reeds aangehaald), r.o. 103.

van een dergelijke transnationale vereniging gelet op artikel 5, derde lid van Verordening 104/2000 en artikel 2, vierde lid, van Verordening 2318/2001 in strijd met het gemeenschapsrecht is. Hij volstaat met de constatering dat het in geen geval is toegestaan dat een dergelijke transnationale vereniging in de vorm van besluiten in feite dezelfde, restrictieve vangstbeperkingen en prijsafspraken hanteert als voorheen tot stand kwamen in de vorm van afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg, welke in het bestreden besluit in strijd met artikel 81, eerste lid, EG en artikel 6, eerste lid, Mw werden geoordeeld.

90. Vanuit het omgekeerde perspectief staat het bestreden besluit er niet aan in de weg, dat de producentenorganisaties de doelstellingen van artikel 33 EG in het kader van de gemeenschappelijke marktorganisatie op een evenwichtige wijze nastreven, met inbegrip van het sociale aspect van een duurzame visserij op Noordzeegarnalen. De toepassing van de mededingingsregels staat evenmin in de weg aan het bevorderen door een transnationale vereniging van producentenorganisaties van een rationele en duurzame exploitatie en de rentabiliteit van de visserijsector op lange termijn, zoals vermeld in overweging 3 van de considerans van de wijzigingsverordening (aangehaald in randnummer 79, hierboven). Het bestreden besluit verhindert ten slotte de producentenorganisaties niet de hun toegewezen rol te spelen in de uitvoering van de gemeenschappelijke marktorganisatie, al dan niet met behulp van een transnationale vereniging.
91. Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de amendering van Verordening 2318/2001 door Verordening 1767/2004 geen aanleiding geeft het bestreden besluit te herzien op het punt van de toepasselijkheid van de mededingingsregels op het terrein van de garnalenvisserij en evenmin met betrekking tot de strafwaardigheid van de betrokken gedragingen.

6 Heroverweging met betrekking tot de op te leggen sancties

6.1 Toerekening

PO West

92. Per 31 december 2003 is de Coöperatieve Producentenorganisatie Van de Visserij U.A. (PO West) gesplitst. De verkrijgende coöperaties zijn (i) Coöperatieve Producentenorganisatie West U.A., statutair gevestigd te Den Helder, en (ii) Coöperatieve Producentenorganisatie Delta Zuid

U.A., statutair gevestigd te Breskens (hierna: PO Delta Zuid). De leden-garnalenvissers van PO West zijn overgegaan naar PO Delta Zuid.²⁵

93. Voor het opleggen van een boete dienen derhalve in het onderhavige besluit de gedragingen die in het bestreden besluit zijn toegerekend aan PO West te worden toegerekend aan PO Delta Zuid.

Lou Snoek

94. In mei 2003 is Lou Snoek B.V. overgenomen door Carlo Mooijer Beheer B.V. en René Mooijer Beheer B.V. (tevens eigenaren van Mooijer-Volendam B.V.) Lou Snoek B.V. is evenwel als rechtspersoon blijven bestaan. De d-g NMa stelt vast dat de fusie geen gevolgen heeft voor de rechtspersonen tot welke het onderhavige besluit zich richt. Overigens zij verwezen naar de gevolgtrekkingen bij randnummers 48 en 57 en het dictum sub II van het onderhavige besluit.

Goldfish

95. Heiploeg en Goldfish voeren in bezwaar aan dat de gedragingen van Goldfish vanaf 1 januari 1999 ten onrechte aan Goldfish B.V. zijn toegerekend, omdat Goldfish met ingang van die datum onderdeel uitmaakt van Heiploeg en geen eigen verantwoordelijkheid meer draagt voor het door haar gevoerde beleid.
96. De d-g NMa stelt vast dat Goldfish B.V. als rechtspersoon die verantwoordelijk was voor het beheer van de onderneming ten tijde van de overtredingen, binnen het Heiploegconcern is blijven bestaan. De fusie is tot stand gekomen op het niveau van beheersmaatschappijen, direct onder HSI Holding N.V.: Goldfish Beheer B.V. (waaronder onder meer Goldfish B.V. valt) is thans een 100% dochter van Heiploeg Beheer B.V. (waaronder onder meer Heiploeg B.V. valt). Er staan, met andere woorden, op verschillende niveaus twee beheersmaatschappijen tussen Heiploeg B.V. en Goldfish B.V. Blijkens informatie uit het Handelsregister heeft Goldfish Beheer B.V. geen 100% belang in Goldfish B.V. en heeft Heiploeg Beheer B.V. geen 100% belang in Heiploeg B.V. Heiploeg rekent Goldfish zelf ook niet tot haar 'garnalendivisie'.²⁶ Goldfish opereert nog altijd onder eigen naam op de markt en is zelfstandig lid gebleven van Vebega.²⁷
97. In de procedure van hoor en wederhoor voorafgaande aan het bestreden besluit heeft Goldfish zich voor haar verdediging niet bij Heiploeg aangesloten.

²⁵ Notariële akte van 30 december 2003, kenmerk TGP/NJ/80040522 en brief van de gemachtigde van PO West van 4 november 2004 aan de NMa.

²⁶ Aldus de publieksinformatie op <http://www.heiploeg.nl/index.cfm?pid=8&contentitemid=62&item=sitecontent>.

²⁷ Verklaring van de heer N.C.M. Mooijer van Goldfish, document 1616/14 en bevestigd door de gemachtigde van Heiploeg en Vebega op de hoorzitting van 20 september 2001, verslag p. 13.

98. Weliswaar is in de Europese jurisprudentie onderschreven dat wanneer een moedermaatschappij 100% van de aandelen van een dochtermaatschappij bezit, uitgegaan mag worden van een weerlegbaar vermoeden dat de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter, zodat – de omstandigheden van het specifieke geval in aanmerking genomen – toerekening aan de moedermaatschappij *mogelijk* is.²⁸ Daaruit volgt echter geenszins dat – omgekeerd – in alle gevallen van 100% deelneming (enkel) aan de moedermaatschappij *moet* worden toegerekend. In het onderhavige geval bestaat geen aanleiding aan andere rechtspersonen toe te rekenen dan aan die welke binnen de HSI groep direct verantwoordelijk waren voor de ondernemingsactiviteiten die de handel in Noordzeegarnalen omvatten; rechtspersonen waarvoor de directe betrokkenheid tot op directieniveau bij de overtredingen in kwestie vaststaat.
99. Op grond van het bovenstaande bevestigt de d-g NMa de toerekening van beide overtredingen van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG aan Heiploeg B.V. en Goldfish B.V. afzonderlijk.

6.2 Verhouding tussen beide inbreuken; gelijkheidsbeginsel

100. De Adviescommissie is van oordeel dat de beide gedragingen waarop het bestreden besluit ziet, twee gescheiden overtredingen van de Mededingingswet betreffen. De behandeling van de beide gedragingen in een en dezelfde procedure acht de Adviescommissie niettemin terecht, gezien de verwevenheid van materie en partijen (nr. 145).
101. In het bestreden besluit is vanwege het verschil in betekenis van de uitsluiting voor de handelaren enerzijds en de Nederlandse producentenorganisaties anderzijds aan de eerste groep een afzonderlijke boete opgelegd, terwijl voor de tweede groep de boete inzake het Trilateraal Overleg is verhoogd. De Adviescommissie acht dit in strijd met het beginsel van gelijkheid voor de wet, alsmede in strijd met de Boeterichtsnoeren (nrs. 146, 147 en 157).
102. De d-g NMa volgt het oordeel van de Adviescommissie. Gelet op het Advies worden de beide overtredingen waarop het bestreden besluit ziet in het onderhavige besluit aangemerkt als

²⁸ HvJEG 16 november 2000, zaak C-286/98 P, Stora, Jnr. 2000, p. I-9925, r.o. 29. Volgens de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet ligt het voor de hand ook bij de toerekening van overtredingen van de Mededingingswet aan te sluiten bij de communautaire praktijk (Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86-87). De rechtbank te Rotterdam heeft gesteld dat voor de vraag aan wie een overtreding kan worden toegerekend niet het civiele recht maar de Mededingingswet doorslaggevend is en dat voor de beantwoording van de vraag aan wie een overtreding moet worden toegerekend, argumenten ontleend kunnen worden aan het EG-mededingingsrecht; zie Rechtbank Rotterdam 13 februari 2004, Secon, 02/309 MEDED, par. 2.4.4.

duidelijk van elkaar te onderscheiden overtredingen, hetgeen het opleggen van een boete aan elk der betrokken partijen rechtvaardigt. Deze lijn doortrekkend, wordt per overtreding eenzelfde boetefactor gehanteerd voor de betrokken producentenorganisaties en de betrokken handelaren, terwijl de boetefactor tussen de twee overtredingen verschilt (als gevolg van de herziening van de boetefactor bij de eerste overtreding, gemotiveerd in paragraaf 6.6).

103. Voor zover dit ertoe leidt dat de in het onderhavige besluit de aan een of meer Nederlandse producentenorganisaties op te leggen boetes hoger zouden zijn dan de in het bestreden besluit aan hen opgelegde boetes, worden de op te leggen boetes in verband met het bepaalde in artikel 7:11, eerste lid, Awb gematigd tot (maximaal) de in het bestreden besluit opgelegde boetes. Bij de matiging van de boetes aan de producentenorganisaties zal het verschil tussen de Nederlandse producentenorganisaties die wel, en buitenlandse producentenorganisaties die geen deel hadden aan de uitsluitingsactie in het oog worden gehouden. Dit wordt uitgewerkt in paragraaf 6.9.

6.3 Toepassing artikel 81 EG: geen wijziging in sanctie

Actie tot uitsluiting van een nieuwe handelaar

104. In paragraaf 5.4 van het onderhavige besluit stelde de d-g NMa vast dat de afspraken tot belemmering van de toetreding van een nieuwe handelaar naast een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw tevens een inbreuk op artikel 81, eerste lid, EG vormen. Dit heeft echter geen consequenties voor de aan betrokken partijen (de Nederlandse producentenorganisaties en de handelaren Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul) op te leggen sanctie, zoals hieronder nader uiteen wordt gezet.

105. In het bestreden besluit (paragraaf 5.2.2.1) stelde de d-g NMa ten aanzien van de overtreding inzake de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg dat ervan mag worden uitgegaan, dat indien een boete wordt opgelegd die een passende reactie vormt op de schending van de communautaire rechtsorde en die uit een oogpunt van specifieke en generale preventie toereikend is voor de handhaving van artikel 81, eerste lid, EG, deze zelfde boete tegelijkertijd toereikend is voor de effectieve handhaving van artikel 6, eerste lid, Mw. Het voor dezelfde gedragingen opleggen van een *extra* sanctie aan de betrokken partijen in verband met de parallele schending van zowel artikel 81 EG als artikel 6 Mw, dient dan geen doel en kan achterwege blijven.

106. Hetzelfde gaat op ten aanzien van de overtreding in verband met de uitsluiting van een nieuwe handelaar: de in verband daarmee aan de betrokken partijen opgelegde boetes kunnen toereikend worden geacht voor de effectieve bestraffing van de in de onderhavige bezwaarprocedure vastgestelde parallelle overtreding van artikel 81, eerste lid, EG en artikel 6, eerste lid, Mw.
107. Bij een decentrale toepassing van de mededingingsregels van het EG-Verdrag past de mededingingsautoriteit van de betrokken lidstaat op het punt van de handhaving door middel van sancties de eigen, nationale procedures en regels toe. Dat wil zeggen dat het in paragraaf 5.2.1. van het bestreden besluit weergegeven kader ook van toepassing is op de door de d-g NMa op te leggen boete in verband met de overtreding van artikel 81, eerste lid, EG, zoals ook blijkt uit artikel 89 Mw. De Boeterichtsnoeren, in beginsel toegesneden op overtredingen van artikel 6 en 24 Mw, worden zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze toegepast.
108. Voorts acht de d-g NMa het resultaat van een beboeting volgens het systeem van de Boeterichtsnoeren volledig passend voor bestraffing van overtredingen van het Europese kartelverbod in overeenstemming met het assimilatiebeginsel en de overige criteria die het Hof heeft geformuleerd voor nationaalrechtelijke handhaving van Europeesrechtelijke voorschriften (aangehaald in het bestreden besluit, randnummer 302).
109. Zoals in het bestreden besluit is overwogen, beperkt de d-g NMa zich in het geval van decentrale toepassing van het verbod van artikel 81, eerste lid, EG in beginsel tot bestraffing van gedragingen waardoor de mededinging op de *Nederlandse* markt wordt of kan worden beïnvloed. Het uitgangspunt dat slechts een boete wordt opgelegd voor de effecten van de met artikel 81 EG strijdige gedragingen op het Nederlands grondgebied brengt mee dat in zoverre ook geen verschil bestaat tussen handhaving van artikel 6 Mw en nationale handhaving van artikel 81 EG.
110. Ten slotte wijst de d-g NMa erop dat het criterium "beïnvloeding van de handel" een autonoom criterium uit het Gemeenschapsrecht is, dat vooral moet worden gezien als een bevoegdheidscriterium, dat het toepassingsbereik van het communautaire mededingingsrecht bepaalt.²⁹ De materiële normstelling in artikel 6 van de Mededingingswet is voor het overige geheel identiek aan die van artikel 81 EG. De d-g NMa leidt uit een en ander af dat het enkele feit

²⁹ Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C101/07), PbEU 2004, C 101/81, nummer 12, onder verwijzing naar het arrest van 13 juli 1966 in gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, J.r. 1966, blz. 450, en het arrest van 6 maart 1974 in gevoegde zaken 6 en 7/73, Commercial Solvents, J.r. 1974, blz. 223.

dat voldaan is aan het criterium van beïnvloeding van de handel op zich zelf geen strafverzwaring rechtvaardigt.³⁰

111. Nu de d-g NMa als gevolg van het van toepassing worden van Verordening 1/2003 voor beide overtredingen tezamen geen zwaardere sanctie oplegt dan reeds in het bestreden besluit het geval was, voldoet de heroverweging in bezwaar tevens aan het vereiste dat de afweging niet zo mag uitvallen dat degene die het bezwaarschrift heeft ingediend, er slechter van wordt.³¹

Artikel 81, derde lid, EG en artikel 6, derde lid, Mw

112. Met ingang van 1 mei 2004 wordt toepassing gegeven aan Verordening 1/2003, hetgeen met zich brengt dat het in Verordening nr. 17 met betrekking tot artikel 81, derde lid, EG neergelegde stelsel van ontheffingen is vervangen door een stelsel van wettelijke uitzondering, waarin de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten bevoegd zijn ook artikel 81, derde lid, EG toe te passen.³²

113. Op 1 augustus 2004 is een wijziging van de Mededingingswet in werking getreden, op basis waarvan de mogelijkheid van het verlenen van een ontheffing van artikel 6, eerste lid, Mw krachtens artikel 17 Mw is komen te vervallen.³³ In plaats daarvan kent de Mededingingswet thans een wettelijke uitzonderingsbepaling in artikel 6, derde lid, Mw. De criteria om voor de uitzondering in aanmerking te komen zijn onveranderlijk gelijklopend aan die van artikel 81, derde lid, EG; de materiële norm is daarmee onveranderd gebleven.

114. In het bestreden besluit is vastgesteld dat geen der partijen een verzoek heeft gedaan tot ontheffing van de verboden ex artikel 81, derde lid, EG en artikel 17 Mw (voor genoemde wetswijziging) en dat partijen reeds om die reden geen beroep op die bepalingen toekomt (randnummer 267). Ingevolge het Advies (nr. 105 en 108) ziet de d-g NMa geen aanleiding op

³⁰ Dit laat onverlet dat, in andere zaken onder omstandigheden die zich in de onderhavige zaak niet voordoen, ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten een factor kan vormen die in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van de ernst van de overtreding.

³¹ Voor zover er sprake zou kunnen zijn van nadelige civielrechtelijke consequenties van de "dubbele grondslag" van de normschending, vloeien deze rechtstreeks uit Verordening 1/2003 voort en niet uit de beoordeling in het onderhavige besluit.

³² Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEG 2003, L 1/1. Zie overweging (4) van de considerans.

³³ Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004 (Wet modernisering EG-mededingingsrecht), Stb. 2004, 345; inwerkingtreding op 1 augustus 2004 bij Besluit van 6 juli 2004, Stb. 2004, 346.

deze vaststelling terug te komen. Aanmelding van de afspraken in kwestie gold ten tijde van de vastgestelde overtredingen als procedureel vereiste voor het verlenen van ontheffing en tevens als vereiste voor boete-immuniteit gedurende de periode van behandeling van de aanvraag. De invoering van Verordening 1/2003 en de onderhavige wijziging van de Mededingingswet brengen niet mee, dat dit procedureel vereiste met terugwerkende kracht ongedaan kan worden gemaakt bij besluit van de d-g NMa, ook niet in een sanctieprocedure als de onderhavige. Dat de mogelijkheid voor partijen om een beroep te doen op de desbetreffende uitzonderingsbepalingen (in de zin dat zij niet in strijd met het kartelverbod hebben gehandeld) is verruimd, geldt voor afspraken *na* 1 mei 2004 (artikel 81 EG), respectievelijk 1 augustus 2004 (artikel 6 Mw).

115. Nu van de zijde van de Duitse en Nederlandse producentenorganisaties is betoogd dat de d-g NMa zou moeten afzien van het opleggen van een sanctie voor gedragingen waarvan zij menen dat deze in aanmerking komen voor de wettelijke exceptie van artikel 81, derde lid, EG, acht de d-g NMa het niettemin gepast om hieraan in het kader van de heroverweging in bezwaar aandacht te besteden.
116. Allereerst merkt de d-g NMa op dat afspraken zoals de onderhavige, die betrekking hebben op prijzen en productiehoeveelheden, tot de *hard core*-concurrentiebeperkingen behoren die slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aan de cumulatieve uitzonderingscriteria voldoen.
117. Uit hetgeen door partijen in de loop van de procedure naar voren is gebracht, kunnen drie mogelijke argumenten worden afgeleid, op grond waarvan de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg mogelijk zouden kunnen bijdragen tot een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Ten eerste de stabilisatie van de markt, waardoor tevens doordraaien van garnalen en de vorming van grote diepvriesvoorraden kan worden voorkomen. Ten tweede de bevordering van een "duurzame visserij" in de garnalensector. Ten derde het verhoeden van een koude sanering in de sector.
118. Wat het eerste argument betreft, wijst de d-g NMa op het collectieve en permanente karakter van de prijs- en vangstmaatregelen, alsmede op het zeer restrictieve karakter ervan, die moeilijk met een zuiver stabilisatie-doel te rijmen zijn. Bovendien ziet hij niet in waarom een betere spreiding van vangsten door de producentenorganisaties niet door middel van werkprogramma's kan worden gerealiseerd, hetgeen in beginsel geen ongeoorloofde beperking van de mededinging mee zou brengen. Aan het vereiste van onmisbaarheid van de mededingingsbeperking is aldus evenmin voldaan.
119. Wat het tweede argument betreft, is nimmer aannemelijk gemaakt dat bij partijen ter zake van de vangstbeperkingen een milieudoelstelling voorop stond of anders dan als positieve bijkomstigheid werd gezien. Het Europese visserijbeleid kent geen vangstbeperking voor Noordzeegarnalen. Aan de beslissingen in het Trilateraal Overleg lag geen onderzoek of

uitgewerkt beleid ten grondslag waaruit zou kunnen blijken wat de met het ecosysteem verenigbare vangsthoeveelheden voor Noordzeegarnalen zijn. In de overwegingen van de deelnemers van het Trilateraal Overleg, voor zover blijkt uit het dossier, is geen enkele verwijzing te vinden naar de Duitse Länderwetgeving die de Duitse producentenverenigingen thans in dit verband vermelden. Het ging de deelnemers daarentegen om de hoeveelheid die verenigbaar was met het ondersteunen van een bepaalde prijs, om een maatregel ter bescherming van inkomens derhalve. Het begrip duurzame visserij omvat stellig een sociale dimensie, maar deze houdt niet in dat voor een specifieke tak van de visserij met behoud van de huidige omvang van de vloot tot in lengte van jaren bestaanszekerheid moet worden gegarandeerd. Ten slotte geldt wederom dat minder restrictieve middelen zijn aangewezen: er zijn andere vormen van overleg en samenwerking denkbaar die erop zijn gericht kwetsbare gebieden in het Noordzee- en waddenmilieu te sparen. Deze vormen van samenwerking kunnen mededingingsrechtelijk beoordeeld worden in het licht van de Richtsnoeren voor horizontale samenwerking.³⁴

120. Wat het derde argument betreft, meent ook de Adviescommissie in een ander verband dat de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg niet als een geoorloofd 'crisiskartel' kunnen worden beschouwd, gegeven de jurisprudentie ter zake (nr. 135 en voetnoot 102). Bij afwezigheid van herstructureringsafspraken, houden de prijs- en vangstafspraken de bestaande overcapaciteit alleen maar in stand of verergeren deze.

121. Zou er al sprake zijn van economische voordelen, dan is in geen van de gevallen duidelijk op welke wijze een billijk aandeel daarin aan de gebruiker wordt doorgegeven; de afspraken zijn daartoe eenvoudig niet geëigend. Integendeel, duidelijk is wel, zoals door de ontwikkelingen op de markt na het besluit van 14 januari 2003 is bevestigd, dat van de afspraken een sterke opwaartse druk op de prijzen is uitgegaan,³⁵ hetgeen onmogelijk als een voordeel voor de gebruiker kan worden gekwalificeerd.

122. Ten slotte omvatten de gecombineerde horizontale en verticale afspraken een zo omvangrijk deel van de relevante markt, dat zij evenmin voldoen aan het vierde vereiste van artikel 6, derde lid Mw en artikel 81, derde lid, EG, inhoudende dat de afspraken niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

³⁴ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, Pb. 2001, C 3, p.2, hoofdstuk 7 'Overeenkomsten inzake milieu'.

³⁵ LEI, Quick scan effecten NMa besluit op garnalensector. Analyse en scenario's, Den Haag, April 2003. NMa, Rapportage prijsvorming garnalen, 23 juni 2004, kenmerk 3639/28, http://www.nmanet.nl/nl/Images/11_19628.pdf.

123. Op grond van het bovenstaande concludeert de d-g NMa dat in artikel 81, derde lid, EG en artikel 6, derde lid, Mw geen reden kan worden gevonden om alsnog af te zien van een boete met betrekking tot de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg.
124. Ook een collectieve boycot van een nieuwe marktpartij zal in het algemeen niet aan de cumulatieve uitzonderingscriteria van artikel 6, derde lid, Mw en artikel 81, derde lid, EG voldoen. Als evidente nadelen gelden dat het nieuwkomers onmogelijk wordt gemaakt efficiëntievoordelen en prijsverschillen uit te buiten en aan de consumenten door te geven, dat het een verstarring van de bestaande marktstructuur tot gevolg heeft en collusie tussen de gevestigde partijen vergemakkelijkt.
125. In het bestreden besluit is reeds aangegeven waarom de argumenten van partijen dat de uitsluitingsactie was gericht op het bewaken van de kwaliteit van garnalen en het tegengaan van speculatie of marktverstoring, niet opgaan (randnummers 230–240). Daarmee is gegeven dat bij de onderhavige gedragingen geen sprake kan zijn van een verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang en kunnen de andere vereisten voor uitzondering van het kartelverbod onbesproken blijven.
126. Voor zover partijen hierop in bezwaar zijn ingegaan, hebben zij geen nieuwe gezichtspunten aangedragen. Overigens hebben PO Visserbond, PO West/ PO Delta Zuid en PO Texel aangegeven dat zij geen bezwaar maken tegen de conclusie in het besluit dat de uitsluitingsactie een overtreding van de Mededingingswet oplevert (zie nrs. 35–36 van het bezwaarschrift).
127. Op grond van het bovenstaande concludeert de d-g NMa dat in artikel 81, derde lid, EG en artikel 6, derde lid, Mw evenmin een reden kan worden gevonden om alsnog af te zien van een boete met betrekking tot de actie tot uitsluiting van een nieuwe handelaar.

6.4 Nadere motivering van de opgelegde sanctie: boete en geen last onder dwangsom

128. De Adviescommissie verzoekt de d-g NMa in de heroverweging van het bestreden besluit per gedraging nader te motiveren waarom is gekozen voor de boete als sanctie, en niet voor het opleggen van een last onder dwangsom (nrs. 113-117 en 154).
129. De d-g NMa houdt hierbij in het oog dat de bestuurlijke boete een punitieve sanctie is, terwijl de last onder dwangsom wordt gezien als een herstelsanctie. Met betrekking tot dezelfde gedragingen kan ook een combinatie van beide sancties worden opgelegd.

Afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg

130. Met betrekking tot de overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 81, eerste lid, EG als gevolg van de in het kader van het Trilateraal Overleg gemaakte minimumprijzafspraken en vangstbeperkende afspraken voor Noordzeegarnalen acht de d-g NMa het gepast om (uitsluitend) een boete op te leggen, om volgende redenen.
131. In de eerste plaats is van belang dat het hier om *hard core* mededingingsbeperkende afspraken gaat. Een bestraffende sanctie in de vorm van een boete is reeds daarom op zijn plaats, omdat dergelijke afspraken voor de samenleving tot de meest schadelijke gedragingen behoren en in de regel voor de deelnemers tot de meest profijtelijke. De op te leggen boete moet zodanig hoog zijn dat daarmee de betrokkenen van een volgende overtreding worden weerhouden (speciale preventie) alsmede potentiële overtreders worden afgeschrikt (generale preventie), aldus de Boeterichtsnoeren (randnummer 6).
132. Het (tevens) opleggen van een last zou in het onderhavige geval in wezen neerkomen op een gebod om zich te onthouden van het maken en uitvoeren van afspraken over beperking van het aanbod en minimumprijzen – met andere woorden, zich te onthouden van evidente inbreuken – hetgeen niets toevoegt aan het wettelijk kartelverbod. Daarbij kan de d-g NMa niet zo ver gaan om een last op te leggen die er eenvoudig toe zou strekken het Trilateraal Overleg geheel op te heffen. De d-g NMa erkent immers dat het Trilateraal Overleg wel degelijk legale en nuttige functies kan vervullen bij het realiseren van de doelstellingen van artikel 33 EG en meer in het bijzonder bij de ontwikkeling van een duurzame visserij.
133. In nummer 116 van het Advies noemt de Adviescommissie enkele overwegingen die zij voor de heroverweging in bezwaar van de gekozen sanctie relevant acht. Samengevat betreft het de omstandigheid dat de Commissie zich in het kader van een mededingingsbeperkende overeenkomst niet eerder heeft uitgelaten over de Gemeenschappelijke marktordening vis, dat de Commissie de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen niet eerder op hun mededingingsbeperkend gedrag heeft aangesproken en dat de interpretatie van de betrokken regelgeving niet zonder meer helder is te noemen; ook de d-g NMa zelf heeft hierover navraag gedaan bij de Commissie.
134. De eerste omstandigheid lijkt van beperkt gewicht nu de Commissie zich wel heeft uitgelaten over mededingingsbeperkende gedragingen met betrekking tot andere, vergelijkbare Gemeenschappelijke marktordeningen in de agrarische sector, zoals de zuivelsector.³⁶ Zij heeft in dat verband ook boetes opgelegd. Uit deze beschikkingenpraktijk volgt dat in een tot stand gekomen gemeenschappelijke marktorganisatie de doelstellingen van artikel 33 EG zijn gepreciseerd met het oog op de kenmerken van de betrokken productgroepen en dat een

³⁶ Zie beschikking van de Commissie van 26 november 1986, 86/596/EEG, Meldoc, PbEG 1986, L 348.

weloverwogen keuze is gemaakt over de middelen die ter bereiking van deze doelen moeten worden ingezet. Indien andere middelen worden gebruikt dan in de gemeenschappelijke marktorganisatie zijn voorzien, kunnen afspraken hieromtrent niet meer worden aangemerkt als noodzakelijk voor het bereiken van de doelstellingen van artikel 33 EG.

135. Zoals in het bestreden besluit uitvoerig is gemotiveerd – en door de Adviescommissie is bevestigd (nrs. 32, 33 en 39 tot en met 41) – passen de in het verband van het Trilateraal Overleg gemaakte afspraken niet in het kader van de gemeenschappelijke marktorganisatie voor de visserij. Ook de betrokken groothandelaren kunnen zich niet verschuilen achter uitlatingen van de producentenorganisaties over de bevestiging van overheidswege van de legaliteit van de samenwerking in het kader van het Trilateraal Overleg. De feitelijke verhoudingen tussen de groothandelaren en de producentenorganisaties waren niet zodanig dat de groothandelaren (tegen hun wil) gedwongen zouden zijn geweest mee te werken aan de afspraken die in het kader van het Trilateraal Overleg zijn gemaakt.
136. De d-g NMa acht de juridische context waarin partijen opereerden dan ook niet onhelder, maar meent dat partijen – gezien ook het ontbreken van ontheffingsverzoeken³⁷ – bewust het risico van een schending van de mededingingsregels hebben genomen. In ieder geval kan het de betrokkenen niet onbekend zijn geweest dat zij door het maken van afspraken over minimumprijzen en vangstquota de mededinging in ernstige mate beperkten, waarmee hun gedragingen onder het toepassingsbereik van het mededingingsrecht vielen.³⁸
137. Het feit dat de d-g NMa de Commissie heeft geconsulteerd met betrekking tot de toepassing van de mededingingsregels op het terrein van de gemeenschappelijke visserijpolitiek moet worden gezien in het licht van een goede samenwerking met de gemeenschapsautoriteiten waartoe het beginsel van verdragstrouw verplicht en dat in het onderhavige geval des te meer betekenis had, nu deze consultatie impliceerde dat ook het directoraat-generaal dat voor de visserijpolitiek bevoegd is gelegenheid kreeg zich over de aanpak van de d-g NMa uit te spreken.
138. Voor alle duidelijkheid zij gesteld dat de d-g NMa niet ongevoelig is voor de punten die de Adviescommissie in dit verband aanvoert, maar hij acht het gepast deze in aanmerking te nemen bij de *toemeting* van de boete (in paragraaf 6.6) en niet bij de vraag of een boete dan wel een last op zijn plaats is.
139. Eveneens heeft de d-g NMa begrip voor het standpunt van de Adviescommissie in nr. 117, dat de op te leggen sanctie op het voorkomen van verdere inbreuken in de toekomst gericht zou

³⁷ De d-g NMa benadrukt in dit verband hetgeen de Adviescommissie in nummer 105-106 en 108 van het Advies stelt.

³⁸ Vgl. Hv. EG 14 november 1996, zaak C-333/94 P, Tetra Pak, Jur. 1996, I-5951, r.o. 48 en GvEA 21 oktober 1997, zaak T-229/94, Deutsche Bahn, Jur. 1997, II-1689, r.o. 130.

moeten zijn. Anders dan de Adviescommissie ziet de d-g NMa de op te leggen boete in het onderhavige geval niet (slechts) als “bestraffende tik op de vingers”, maar als een sanctie die in overeenstemming is met de ernst van de overtreding en die tevens geacht kan worden op zichzelf reeds voldoende afschrikwekkend te zijn met betrekking tot het handelen van partijen in de toekomst. Het naast deze boete opleggen van een last dient dan geen doel meer.

140. Gezien voorgaande overwegingen acht de d-g NMa het opleggen van een boete met betrekking tot de in het kader van het Trilateraal Overleg gemaakte afspraken over minimumprijzen en vangstquota een passende – en tevens afdoende – sanctie.

Actie tot uitsluiting van een nieuwe handelaar

141. Wat de afspraken tot belemmering van de toetreding van een nieuwe handelaar betreft, neemt de d-g NMa in aanmerking dat deze gedragingen op het moment van het nemen van het bestreden besluit al geruime tijd waren geëindigd. Er is ook thans geen aanleiding te veronderstellen dat een dergelijke gedraging zich in de toekomst wederom zou voordoen. Er hebben de d-g NMa geen klachten van die strekking bereikt.

142. Dit in aanmerking nemende, acht de d-g NMa het opleggen van last onder dwangsom niet aan de orde en acht hij, nu (collectieve) boycotacties tot de ernstigste inbreuken op de mededingingsregels worden gerekend, een boete op zijn plaats.

6.5 Bepaling van de betrokken omzet en de boetegrondslag

143. De Adviescommissie is van oordeel dat de d-g NMa voorafgaand aan het nemen van het bestreden besluit onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld in het kader van de uitoefening van de bevoegdheid tot het opvragen van bescheiden en het op basis van die bescheiden vaststellen van de betrokken omzet (nrs. 122-132 en 155). Met name heeft de Adviescommissie bedenkingen tegen het hanteren van schattingen indien de gegevens (nog) niet volledig zijn. In verband daarmee is de Adviescommissie van oordeel dat de d-g NMa het doel waarvoor gegevens worden opgevraagd moet vermelden en alsnog een redelijke termijn aan partijen moet gunnen om nadere gegevens te leveren, waarna op basis van die nadere gegevens de betrokken omzet opnieuw dient te worden vastgesteld (nr. 131).

144. Conform het Advies van de Adviescommissie heeft de d-g NMa op 13 juli 2004 schriftelijk aanvullende informatie opgevraagd bij de afzonderlijke producentenorganisaties, Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul, welke binnen een termijn van vijf weken diende te worden verstrekt. De vraagstelling is specifiek, om mogelijke dubbeltellingen uit te sluiten. Met betrekking tot het doel is verwezen naar de passage over de in aanmerking te nemen betrokken omzet uit het Advies, die

in de brief is aangehaald. Aan Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul is op hun verzoek nog een kort uitstel verleend.

145. Aan Heiploeg, Klaas Puul en PO Wieringen is nadere informatie gevraagd bij brief van 1 november 2004 en aan PO Danske Fiskeres bij brief van 17 november 2004. Heiploeg en Klaas Puul hebben de verzochte informatie verstrekt respectievelijk bij brief van 10 november 2004 en bij brief van 16 november 2004. PO Danske Fiskeres heeft de verzochte informatie verstrekt bij fax van 25 november 2004. Naar aanleiding van de reactie van PO Wieringen van 8 november 2004 is bij brief van 17 november 2004 wederom een verzoek gedaan tot het verstrekken van nadere informatie. PO Wieringen heeft de gevraagde informatie niet volledig verstrekt dan wel niet kunnen verstrekken.³⁹
146. De Duitse producentenorganisaties hebben in eerste instantie niet op het verzoek om omzetgegevens gereageerd. Daarom is bij brief van 1 november 2004 een nieuw verzoek gedaan. De Duitse producentenorganisaties hebben beantwoording van de vragen van de d-g NMa afhankelijk gesteld van het ter beschikking stellen van stukken uit het dossier in Duitse vertaling. Aan die voorwaarde heeft de d-g NMa niet voldaan. De Duitse producentenorganisaties hebben daarop geen gegevens verstrekt.
147. Aan de hand van de door de producentenorganisaties, Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul verstrekte (aanvullende) informatie heeft de d-g NMa de individuele betrokken omzet van deze partijen ten aanzien van de overtreding in het kader van het Trilateraal Overleg en de overtreding tot uitsluiting van een nieuwe marktpartij opnieuw berekend (paragraaf 6.7 en 6.8).
148. Voor de betrokken producentenorganisaties, die ondernemersverenigingen zijn in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw, wordt de betrokken omzet van de daarvan deel uitmakende ondernemingen, de leden-garnalenvissers, in aanmerking genomen.
149. De op verzoek van de d-g NMa toegezonden gegevens maken het mogelijk met voldoende nauwkeurigheid een reële boeteberekening uit te voeren, zodat het niet nodig was de berekening in concept aan partijen voor te leggen, zoals de Adviescommissie bij nr. 132 oppert.
150. Volgens de Adviescommissie omvat de met de onderlinge afstemming te beschermen betrokken omzet: "die omzet die het directe gevolg is van, dan wel sterk samenhangt met de verkoop of aankoop van producten waarop de afspraken/ besluiten in het kader van het Trilateraal Overleg

³⁹ De opgave van PO Wieringen beperkte zich tot verkopen van haar leden op visafslag Den Oever. Echter, ook de verkopen bij andere Nederlandse visafslagen en buitenlandse havens zijn onderworpen aan de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg, vallen krachtens de erkenningsvoorwaarden onder de controle van PO Wieringen en dienen derhalve tot de betrokken omzet te worden gerekend.

zien dan wel waarop de uitsluitingsgedraging betrekking heeft.” In het bestreden besluit heeft de d-g NMa dit eveneens als uitgangspunt gehanteerd. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient de d-g NMa gemotiveerd vast te stellen, welke producten uit het assortiment van de betrokken ondernemingen/ ondernemersverenigingen binnen het bereik van deze afspraken/ besluiten vallen (Advies nr. 123).

Afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg

151. Bij bepaling van de betrokken omzet en de boetgrondslag met betrekking tot de in het kader van het Trilateraal Overleg gemaakte afspraken, handhaaft de d-g NMa in overeenstemming met het Advies de uitgangspunten zoals gehanteerd in het bestreden besluit (randnummers 306-308 en 311-316).
152. De Duitse producentenorganisaties, Heiploeg en Goldfish stellen dat bij het bepalen van de boetgrondslag moet worden uitgegaan van de werkelijke waarde van de transacties binnen het Nederlandse grondgebied, hetgeen resulteert in een lagere betrokken omzet of zelfs een betrokken omzet van nul, zoals bij de Duitse en Deense producentenorganisaties. De in het bestreden besluit gevolgde methode om via de aan het Nederlandse deel van de markt toe te schrijven effecten te bepalen wat de betrokken omzet voor iedere betrokken ondernemersvereniging of onderneming is, achten de Duitse producentenorganisaties, Heiploeg en Goldfish onjuist.
153. De d-g NMa handhaaft de methode op grond waarvan de boetgrondslag in onderhavige zaak is vastgesteld en volgt de Duitse producentenorganisaties, Heiploeg en Goldfish niet. De d-g NMa stemt zijn boete af op de effecten op de Nederlandse markt en niet op de effecten op het gehele gebied waarin de afspraken zijn uitgevoerd. Zoals in het bestreden besluit is uiteengezet, worden de effecten van alle transacties die op het geheel van de Duitse, Deense en Nederlandse markten plaatsvinden, voor 40% toegerekend aan het Nederlandse deel van de markt. De aanname die bij deze toerekening is gehanteerd, is, dat de in aanmerking te nemen effecten kunnen worden benaderd aan de hand van het aandeel van de totale Nederlandse betrokken omzet in de totale betrokken omzet van alle partijen op de relevante markt als geheel.
154. Het feit dat de afzet van de Duitse producentenorganisaties geheel in Duitsland plaatsvindt, of het feit dat bijvoorbeeld Heiploeg naar eigen opgave beduidend minder dan 40% van haar totale inkoop van Noordzeegarnalen in Nederland heeft ingekocht, is gezien de vervlechting van de Nederlandse, Duitse en Deense activiteiten in de sector niet relevant voor de bepaling van de mate waarin de transacties van elk van de partijen bijdragen aan de effecten van de verboden afspraken op het Nederlandse grondgebied.

155. De d-g NMa ziet ten aanzien van de verkopen van de leden van de Nederlandse producentenorganisaties geen aanleiding de transacties met de andere Vebega-handelaren dan Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul ('de kleinere handelaren') buiten beschouwing te laten. Hoewel in bezwaar wordt geoordeeld dat deelname van deze handelaren aan de afspraken niet voldoende is komen vast te staan, staat wel vast dat de condities van de handel met deze groep evenzeer werden bepaald door de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg.
- Actie tot uitsluiting van een nieuwe handelaar*
156. Voor de betrokken (Nederlandse) producentenorganisaties is met betrekking tot de uitsluitingsactie in het bestreden besluit geen betrokken omzet c.q. boetegrondslag vastgesteld; dit is thans ingevolge het Advies (de conclusie bij nr. 157 met betrekking tot splitsing van de gedragingen) wel noodzakelijk. In het bestreden besluit is voor het bepalen van de betrokken omzet van de handelaren hun gehele afzetmarkt van (al dan niet gepelde, al dan niet voor export bestemde) Noordzeegarnalen genomen (randnummer 354), zijnde de met de uitsluitingsactie te beschermen markt. Zoals eerder aangehaald, stelt de Adviescommissie dat het gaat om "...die omzet die het *directe gevolg* is van, dan wel *sterk samenhangt* met, de verkoop of aankoop van producten [...] waarop de uitsluitingsgedraging betrekking heeft (nr. 123, cursivering toegevoegd). In het kader van de heroverweging in bezwaar ziet de d-g NMa derhalve aanleiding de vaststelling van de boetegrondslag aan te vullen en te herzien.
157. De d-g NMa neemt in het geval van de betrokken Nederlandse producentenorganisaties de omzet van de leden-garnalenvissers in aanmerking, gerealiseerd met de verkoop van Noordzeegarnalen bij aanlanding in Nederland in de periode van 1 oktober tot en met 16 november 1999. Dit omvat tevens verkopen op andere Nederlandse visafslagen dan die waarop de nieuwe handelaar daadwerkelijk werd belemmerd bij het inkopen van Noordzeegarnalen en het omvat mede verkopen aan anderen dan Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul. Naar het oordeel van de d-g NMa is zulks gerechtvaardigd, daar de handelingen tot uitsluiting volgens de afspraken op iedere Nederlandse visafslag zouden worden uitgevoerd, waar Van der Veen ook zou verschijnen, en ongeacht de aanwezigheid van andere, bij Vebega aangesloten maar niet bij de afspraken betrokken kleinere handelaren.
158. De d-g NMa neemt in het geval van de betrokken handelaren de waarde van de *inkoop* van Noordzeegarnalen bij aanlanding in Nederland in de periode van 1 oktober tot en met 16 november 1999 in aanmerking. Aldus wordt aangesloten bij de transacties op de markt waarop de uitsluiting in eerste instantie betrekking had, in plaats van bij transacties op stroomafwaartse markten, hoewel de uitsluiting ook voor deze laatstbedoelde markten gevolgen had.
159. Dit komt overeen met de benadering in het geval van de overtreding als gevolg van de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg en met de bepaling van de betrokken omzet van de aan de

uitsluiting deelnemende Nederlandse producentenorganisaties. Tevens doet deze benadering meer recht aan de werkelijke bedreiging die het doelwit van de uitsluitingsactie, Van der Veen, vormde als (potentiële) concurrent voor de betrokken groothandelaren. De vraag of rekening dient te worden gehouden met de invloed van voorraadvorming en bewerking (dus toegevoegde waarde) van het betrokken product is bij de gekozen benadering niet langer aan de orde.

160. De d-g NMa ziet geen reden om slechts een omzet ter waarde van de niet door Van der Veen gerealiseerde aankopen in aanmerking te nemen (waarvoor volgens Heijloeg de door de civiele rechter toegekende schadevergoeding een goede maatstaf zou bieden). Dit zou een ongerechtvaardigde afwijking van de Boeterichtsnoeren impliceren (zie randnummer 16 van de Boeterichtsnoeren). Een dergelijke beperking houdt geen rekening met het feit dat het ontmoedigende effect op toetreding tot de met de boycotafspraken afgeschermd markt verder reikt dan de niet tot stand gekomen aankopen op zichzelf.
161. Dat de d-g NMa in het onderhavige besluit voor de betrokken handelaren de inkoopwaarde als de bij de uitsluitingsactie betrokken omzet aanmerkt, houdt niet in dat van het in de Boeterichtsnoeren (randnummer 18) gegeven percentage van 10 ter bepaling van de boetegrondslag moet worden afgeweken, zoals ten aanzien van de verboden afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg is gedaan (vgl. randnummers 315 en 316 van het bestreden besluit). In de situatie waarin zowel partijen aan de verkoopzijde als partijen aan de inkoopzijde van de markt zich tegen een nieuwe handelaar keren, bestaat daartoe geen reden. Integendeel, de boycot van de nieuwe handelaar is door deze samenspanning des te effectiever en schadelijker geweest. Anders dan bij het Trilateraal Overleg is er dus geen sprake van een samenwerkingsverband waarbij partijen aan weerszijden van de markt elkaar in zekere mate in toom hielden, waarmee – al was het onbedoeld – tevens de nadelige gevolgen voor de buitenwereld zijn beperkt. Voor de berekening van de boete voor het overige zij verwezen naar paragraaf 6.8.

6.6 Boetefactor bij het bepalen van de boete voor de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg

162. Bij de beoordeling van de economische context is in het bestreden besluit naar het oordeel van de Adviescommissie op onvoldoende wijze rekening gehouden met de onduidelijke regelgeving en de vertroebelende signalen vanuit de overheid en de politiek, alsmede met de organisatie en de samenstelling van de markt voor Noordzeegarnalen en de daarop actieve actoren (nrs. 140 en 141). De Adviescommissie adviseert de d-g NMa de in het bestreden besluit gekozen boetefactor 2 bij te stellen naar de “neutrale factor een (1)”, dan wel een hogere factor dan deze met aanvullende gegevens te onderbouwen (nr. 156).

163. Na heroverweging acht de d-g NMa evenals de Adviescommissie een bijstelling van de boetefactor gewenst. Anders dan de Adviescommissie acht de d-g NMa, gelet op het hiernavolgende, een factor van 1,5 aangewezen.
164. Op grond van de Boeterichtsnoeren (randnummer 9) wordt de ernst van de overtreding bepaald door de zwaarte van de overtreding in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden.
165. Met de Adviescommissie (nrs. 74 en 87) is de d-g NMa van oordeel dat de gedragingen van de Nederlandse, Duitse en Deense producentenorganisaties en groothandelaren Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul, te weten de in het kader van het Trilateraal Overleg gemaakte afspraken met betrekking tot de vangstbeperkingen en minimumprijzen voor Noordzeegarnalen, tot doel hebben de mededinging te beperken. Zij behoren naar hun aard tot de meest ernstige overtredingen van de mededingingsregels en worden op grond van de Boeterichtsnoeren aangemerkt als zeer zware overtredingen van de Mededingingswet.⁴⁰
166. Nu de d-g NMa voor de overtreding op zichzelf bezien – dat wil zeggen, los van de juridische en economische context – de kwalificatie “zeer zwaar” op haar plaats acht, dient ingevolge de Boeterichtsnoeren de factor waarmee de boetegrondslag wordt vermenigvuldigd ten minste 1,5 te bedragen. De d-g NMa zou het toepassen van een factor 1 als een onterechte afwijking van zijn beleidslijn ten aanzien van overtredingen als de onderhavige beschouwen. In het Advies is niet aangegeven, waarom een kwalificatie als “zwaar” gerechtvaardigd zou zijn. Een dergelijke kwalificatie ligt ook niet in de rede. Immers, met de afspraken in kwestie, waaraan bovendien een verticale component zat, is de normale concurrentie op de betrokken markt zo goed als uitgeschakeld.
167. Daarbij komt dat de redenen die de Adviescommissie met betrekking tot de juridische en economische context aanvoert, de d-g NMa slechts ten dele kunnen overtuigen.
168. Wat de *juridische context* betreft, meent de Adviescommissie dat sprake is van “onduidelijke regelgeving en vertroebelende signalen vanuit overheid en politiek”. Dat de regelgeving onduidelijk was, volgt echter niet uit het Advies: de bezwaren met betrekking tot de toepassing van het mededingingsrecht in verhouding tot de gemeenschappelijke marktordening voor de visserij worden in paragraaf 4.2 van het Advies besproken en verworpen. De conclusies van de Adviescommissie ter zake zijn zonder enig voorbehoud. De d-g NMa verwijst voorts naar hetgeen hij hierboven, bij randnummers 134–136 heeft gesteld. Dat de d-g NMa “signalen uit de

⁴⁰ Randnummer 11 van de Boeterichtsnoeren: “Als zeer zware overtredingen worden aangemerkt verstrekkende horizontale beperkingen. (...) Voorbeelden van zeer zware overtredingen zijn: horizontale prijsafspraken; (...), collectieve boycotacties, (...), horizontale marktverdelingsafspraken en quotaregelingen (inclusief afzetbeperkingen en verboden aanbestedingsafspraken – ‘bidrigging’), (...)”

politiek” – in het onderhavige geval bovendien afkomstig van politici die niet als ambtsdrager voor het mededingings- of visserijbeleid verantwoordelijk waren – zou moeten laten meewegen bij de beoordeling van de ernst van geconstateerde overtredingen, acht hij in geen geval juist.

169. Gegeven blijft evenwel het feit dat overheidsinstanties, zoals de Landwirtschaftskammer Weser-Ems en het Productschap Vis kennis droegen van de gedragingen, althans het aandeel daarin van de producentenorganisaties. Bij de producentenorganisatie werd bovendien de indruk gewekt dat deze instanties – in het kader van de behartiging van de visserijbelangen die zij vooropstelden – niet afwijzend stonden tegenover de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg, met inbegrip van afspraken over quotering van vangsten. Het is overigens niet zo dat mogelijke mededingingsrechtelijke bedenkingen in het geheel niet zijn onderkend.⁴¹ Niettemin wenst de d-g NMa met de opstelling van de overheid wel rekening te houden en acht hij het na heroverweging passend deze duidelijker te verdisconteren dan in het bestreden besluit is gedaan. Daarmee kent de d-g NMa tevens meer gewicht toe aan het onderscheid met de tweede overtreding, waarvoor deze omstandigheid niet geldt en een factor 2 aangewezen blijft (vgl. nr. 146 van het Advies).

170. Met betrekking tot de *economische context* vraagt de Adviescommissie aandacht voor de “oligopolioïde marktstructuur met enkele grote marktdeelnemers, die mogelijk invloed kunnen uitoefenen op de aanbod- en de vraagzijde van de markt voor Noordzeegarnalen en derhalve ook op de gedragingen van andere marktpartijen” (nr. 141). De d-g NMa merkt daarover op dat niet alleen aan de vraagzijde, maar ook aan de aanbodzijde een bundeling plaatsvindt, die, zolang dit maar niet met een machtspositie dan wel onderlinge afspraken voor vrijwel het gehele aanbod gepaard gaat, een logische consequentie van de taak van de producentenorganisaties in de gemeenschappelijke marktordening voor visserij is. Bij de afspraken in het onderhavige geval zijn evenwel alle producentenorganisaties voor Noordzeegarnalen alsmede de drie grootste groothandelaren betrokken. Door deze veelomvattende samenwerking, horizontaal en verticaal, zijn partijen er in feite in geslaagd factoren die normaal de economische context van hun marktgedrag zouden vormen, verregaand te beheersen. Al met al ziet de d-g NMa geen aanleiding tot de vaststelling van een verschillende boetefactor voor partijen aan de vraagzijde (de drie grootste handelaren) en partijen aan de aanbodzijde (de producentenorganisaties).

171. De vraag is vervolgens nog of er aanleiding is een nader onderscheid te maken tussen grote en kleinere partijen, ongeacht aan welke zijde van de markt zij opereren. De verschillen in marktmacht komen volgens de Adviescommissie onvoldoende tot uiting in de verschillen in boetegrondslag “ten aanzien van partijen die niet of in geringe mate dergelijke invloed op de

⁴¹ Zie bijvoorbeeld de Pleitnotities namens PO West, PO Vissersbond en PO Texel, bijlage bij het Verslag van de hoorzitting van 20 september 2001, p. 29-30. Vgl. voetnoot 122 van het bestreden besluit en de opmerking van de Adviescommissie bij nummer 106 van het Advies.

markt kunnen uitoefenen” (nr. 141). Dit bezwaar is ten aanzien van de kleinere handelaren reeds ondervangen door het feit dat de d-g NMa niet langer aanneemt dat deze als deelnemer bij de overtreding zijn betrokken.

172. De d-g NMa ziet geen reden – en de Adviescommissie lijkt dit ook niet voor ogen te hebben – om een grotere afstand te scheppen tussen de beboeting van de grotere en kleinere producentenorganisaties dan al op grond van de boetegrondslag het geval is, daar dit zou betekenen dat de boete per lid (of per kotter) uiteen zou gaan lopen, terwijl het belang bij de afspraken voor ieder lid hetzelfde was en het lidmaatschap van de ene of andere producentenorganisatie vooral door de locatie van de thuishaven wordt bepaald en niet door overwegingen van aantal of marktmacht. Zou de opstelling van verschillende producentenorganisaties in betekenisvolle mate verschillen, hetgeen overigens met betrekking tot de samenwerking in het Trilateraal Overleg niet het geval is,⁴² dan zou daarmee eerder rekening moeten worden gehouden in de sfeer van (individueel te bepalen) verzwarende en verlichtende omstandigheden en niet bij de economische context.
173. Uit het bovenstaande trekt de d-g NMa de conclusie dat de boetefactor bij het bepalen van de boete voor de afspraken in het kader van het Trilateraal Overleg voor elk van de betrokken partijen dient te worden bijgesteld van factor 2 naar factor 1,5.

6.7 Herberekening van de boetes voor de afspraken tussen de producentenorganisaties en drie groothandelaren, gemaakt in het kader van het Trilateraal Overleg

174. De d-g NMa gaat voor de afspraken gemaakt in het kader van het Trilateraal Overleg uit van de volgende betrokken omzet (direct omgerekend in euro) van de betrokken partijen:

| | 1998 (euro) | 1999 (euro) | Januari 2000 (euro) | Betrokken omzet (euro) |
|----------------|----------------|----------------|------------------------|---------------------------|
| PO Vissersbond | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Delta Zuid | [..] | [..] | [..] | [..] |

⁴² Aan de tweede overtreding, de uitsluitingsactie, hebben de Duitse en Deense producentenorganisaties in het geheel niet deelgenomen.

| | | | | |
|-------------------------------|------|------|------|------|
| PO Texel | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Wieringen | [..] | [..] | [..] | [..] |
| LV-PO's Schleswig Holstein | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Weser-Ems | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Elbe-Weser | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Danske Fiskeres | [..] | [..] | [..] | [..] |
| Heiploeg | [..] | [..] | [..] | [..] |
| Goldfish | [..] | [..] | [..] | [..] |
| Klaas Puul | [..] | [..] | [..] | [..] |

175. Voor PO Vissersbond, PO Delta Zuid, PO Texel en PO Danske Fiskeres kon voor de berekeningen gebruik worden gemaakt van de meest recente eigen opgave van door de leden aangelande garnalen, hetzij in kilogrammen, hetzij in waarde, of beide.
176. Daar de recente opgave van PO Wieringen te beperkt is (zie randnummer 145), is bij de berekening van de betrokken omzet van de leden van PO Wieringen gebruik gemaakt van de eerder in de procedure gegeven completere opgave in kilogrammen over 1998 en 1999, waarbij van de gemiddelde prijzen in Nederland is uitgegaan en de omzet over januari 2000 nauwkeuriger is bepaald aan de hand van de informatie van de andere Nederlandse producentenorganisaties.
177. Waar door de Nederlandse producentenorganisaties de omzet slechts in kilogrammen en niet in waarde is verstrekt, is op basis van informatie van het LEI en het Productschap Vis uitgegaan van een gemiddelde prijs over het jaar 1998 van *f* 5,95, over het jaar 1999 van *f* 7,63 en over januari 2000 van *f* 7,17.
178. Door de betrokken Duitse producentenorganisaties zijn in het kader van de bezwaarprocedure geen nieuwe gegevens over omzet van de leden verschaft (zie hierboven, randnummer 146). De d-g NMa gaat daarom uit van de omzet in 1998 zoals vermeld in het Evaluatierapport "Trilateral

cooperation and Networking of North Sea Shrimp-PO's" (hierna: het Evaluatierapport).⁴³ De omzet van 1999 en januari 2000 is daarvan afgeleid, met als aanname dat de omzetten van 1998, 1999 en januari 2000 van de bij de Duitse producentenorganisaties aangesloten vissers zich op dezelfde wijze tot elkaar verhouden als die van de bij de Nederlandse producentenorganisaties aangesloten vissers.⁴⁴

179. Voor de handelaren Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul is als betrokken omzet uitsluitend de eerste inkoop van aangelande (ongepelde) garnalen in de betrokken omzet meegerekend. Anders dan in het bestreden besluit, is niet meegerekend de aankoop van Noordzeegarnalen bij andere onafhankelijke handelaren, die – naar genoemde partijen hebben verklaard – door deze andere handelaren ook niet in opdracht van Heiploeg, Goldfish en Puul zijn ingekocht op de visafslag.

180. Nu kon worden uitgegaan van nauwkeuriger en betrouwbaarder gegevens over de betrokken omzet, is – anders dan in het bestreden besluit – deze betrokken omzet niet eerst afgerond alvorens op basis hiervan de boete te berekenen. Evenmin vindt afronding plaats bij andere tussenstappen. Eerst aan het eind van de berekening is een afronding toegepast (paragraaf 6.9).

181. Zoals hierboven is gemotiveerd (paragraaf 6.2), is ten aanzien van de Nederlandse producentenorganisaties de deelname aan de tweede overtreding thans niet meer als een verzwarende omstandigheid aangemerkt.

182. Voor het overige handhaaft de d-g NMa zijn oordeel in het bestreden besluit, dat er bij geen enkele partij sprake is van boeteverhogende, dan wel boeteverlagende omstandigheden.

183. Hetgeen hierboven en in paragraaf 6.5 en 6.6 is gesteld, leidt tot de volgende uitkomst:

| OVERTREDING I | Betrokken omzet (euro) | Boetegrondslag 5% | Effect in Nederland 40% | Boete bij Factor 1,5 (euro) |
|----------------------|---------------------------|-------------------|----------------------------|--------------------------------|
| PO Vissersbond | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Delta Zuid | [..] | [..] | [..] | [..] |

⁴³ Het betreft hier een tussentijdse rapportage aan de Commissie in verband met de aanvraag voor subsidie in het kader van het Pesca-project; zie paragraaf 4.4. van het bestreden besluit. De hierin opgenomen omzetgegevens betreffen 1997 en 1998.

⁴⁴ De omzet in 1999 bedraagt dan 150% van die van 1998; de omzet van januari 2000 bedraagt 3% van die van 1999.

| | | | | |
|-------------------------------|------|------|------|------|
| PO Texel | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Wieringen | [..] | [..] | [..] | [..] |
| LV-PO's Schleswig Holstein | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Weser-Ems | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Elbe-Weser | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Danske Fiskeres | [..] | [..] | [..] | [..] |
| Heiploeg | [..] | [..] | [..] | [..] |
| Goldfish | [..] | [..] | [..] | [..] |
| Klaas Puul | [..] | [..] | [..] | [..] |

6.8 Herberekening van de boetes voor afspraken tussen de Nederlandse producentenorganisaties en drie groothandelaren tot belemmering van de toetreding van een nieuwe handelaar

184. De d-g NMa gaat voor de afspraken met betrekking tot belemmering van de toetreding van een nieuwe handelaar uit van de betrokken omzet van betrokken partijen als weergegeven in de tabel bij randnummer 190.

185. Voor PO Vissersbond, PO Delta Zuid, PO Texel en voor Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul kon voor de berekeningen gebruik worden gemaakt van de eigen opgave van in Nederland door de leden aangelande, respectievelijk bij aanlanding ingekochte garnalen. Voor PO Wieringen is gebruik gemaakt van een combinatie van eerder verschaft informatie over het hele jaar en de nauwkeuriger gegevens van de andere Nederlandse producentenorganisaties over de betrokken periode (vergelijk het bovenstaande bij randnummers 145 en 176).

186. Waar door producentenorganisaties de omzet slechts in kilogrammen en niet in waarde kon worden verstrekt, is op basis van informatie van het LEI en het Productschap Vis uitgegaan van een gemiddelde prijs over oktober 1999 van f 6,49 en over november 1999 van f 6,77; over de

periode van 1 oktober tot en met 16 november 1999 is gerekend met een gemiddelde prijs van f 6,58.

187. Voor de handelaren Heiploeg, Goldfish en Klaas Puul is uitsluitend de eerste inkoop van aangelande (ongepelde) garnalen in Nederland in de betrokken omzet meegerekend. Anders dan in het bestreden besluit, is niet meegerekend de aankoop van Noorzeegarnalen bij andere onafhankelijke handelaren, die – naar genoemde partijen hebben verklaard – door deze andere handelaren ook niet in opdracht van Heiploeg, Goldfish en Puul zijn ingekocht op de visafslag.
188. Zoals aangegeven bij randnummer 180 wordt nog slechts aan het eind van de berekening een afronding toegepast (paragraaf 6.9).
189. Zoals hierboven is gemotiveerd (paragraaf 6.2), worden de Nederlandse producentenorganisaties voor hun deelname aan de tweede overtreding thans op gelijke voet met de betrokken handelaren bestraft. De d-g NMa handhaaft zijn oordeel in het bestreden besluit, dat er bij geen enkele partij sprake is van boeteverhogende, dan wel boeteverlagende omstandigheden. De d-g NMa handhaaft conform het Advies de boetefactor van 2.
190. Hetgeen hierboven en in paragraaf 6.5 is gesteld, leidt tot de volgende uitkomst:

| OVERTREDING II | Betrokken omzet 1 oktober 1999 – 16 november 1999 (euro) | Boetegrondslag 10% | Boete bij Factor 2,0 (euro) |
|-----------------------|---|--------------------|--------------------------------|
| PO Vissersbond | [..] | [..] | [..] |
| PO Delta Zuid | [..] | [..] | [..] |
| PO Texel | [..] | [..] | [..] |
| PO Wieringen | [..] | [..] | [..] |
| Heiploeg | [..] | [..] | [..] |
| Goldfish | [..] | [..] | [..] |
| Klaas Puul | [..] | [..] | [..] |

6.9 Nieuwe vaststelling van de boetes met inachtneming van evenredigheid

191. In het bestreden besluit is voor elk van de betrokken producentenorganisaties een matiging toegepast van de in overeenstemming met het systeem van de Boeterichtsnoeren berekende boetes (randnummers 347–350 van het bestreden besluit). De Boeterichtsnoeren voorzien in een dergelijke afwijking, waarbij het beginsel van evenredigheid in aanmerking wordt genomen (conform artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht).
192. De d-g NMa acht bedoelde overwegingen in het bestreden besluit onverkort van belang. Derhalve past hij op de hierboven berekende boetes voor de producentenorganisaties een matiging toe van 45%.
193. Het percentage van vijfenveertig (45) is om de volgende redenen gerechtvaardigd. Allereerst wordt hiermee recht gedaan aan het vereiste dat de afweging in bezwaar er niet toe mag leiden dat aan een of meer producentenorganisaties een hogere boete wordt opgelegd dan in het bestreden besluit het geval was. Voorts wordt recht gedaan aan de verschillen in beboeting tussen de Nederlandse en buitenlandse producentenorganisaties die voortvloeien uit al dan niet deelname aan de tweede overtreding (de actie tot uitsluiting van een nieuwe handelaar), als boven vastgesteld. Bovendien komt op deze wijze de herberekening van de boetes op basis van in de bezwaarprocedure verstrekte nadere gegevens tot uitdrukking. Indien, ten slotte, de d-g NMa op basis van het beginsel van de *reformatio in peius* enkel de boetes van de producentenorganisaties (waar deze na herberekening hoger uitkomen) zou terugbrengen tot het niveau van het bestreden besluit, zou dat het resultaat van de heroverweging op grond van de bezwaren en het Advies, voor zover deze betrekking hebben op de individuele boetetoemeting goeddeels teniet doen.
194. Daarbij komt dat het hogere percentage dat in bezwaar bij de matiging van de boetes voor alle betrokken producentenorganisaties wordt toegepast, aanvaardbaar is in het licht van de door de producentenorganisaties ingebrachte (en door PO Vissersbond en PO Delta Zuid ook gedocumenteerde) bezwaren met betrekking tot hun beperkte financiële middelen en dreigende leegloop in verband met opzeggingen van het lidmaatschap.
195. Het bovenstaande leidt tot de volgende uitkomst:

| OVERTREDING I + II | Boete voor afspraken TO (euro) | Boete voor uitsluiting handelaar (euro) | Totale boete (euro) | Boete na matiging met 45% voor PO's (euro) |
|-------------------------------|-----------------------------------|---|---------------------|--|
| PO Vissersbond | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Delta Zuid | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Texel | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Wieringen | [..] | [..] | [..] | [..] |
| LV-PO's Schleswig Holstein | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Weser-Ems | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Elbe-Weser | [..] | [..] | [..] | [..] |
| PO Danske Fiskeres | [..] | [..] | [..] | [..] |
| Heiploeg | [..] | [..] | [..] | [..] |
| Goldfish | [..] | [..] | [..] | [..] |
| Klaas Puul | [..] | [..] | [..] | [..] |

196. De boetebedragen in de laatste kolom worden naar beneden afgerond naar een veelvoud van EUR 1.000 (zie randnummer 180, hierboven).

197. Er zij herinnerd aan de conclusies van de d-g NMa in paragraaf 5.2 en 5.3 van het onderhavige besluit, dat aan Van Belzen, Kok International, Lou Snoek, Mooijer-Volendam en Matthijs Jansen geen boetes worden opgelegd.

198. De d-g NMa stelt in bezwaar de volgende boetes vast:

Openbaar

| | | |
|------------------------------|-----|-----------|
| – PO Vissersbond | EUR | 797.000 |
| – PO Delta Zuid | EUR | 374.000 |
| – PO Texel | EUR | 35.000 |
| – PO Wieringen | EUR | 425.000 |
| – LV-PO's Schleswig Holstein | EUR | 499.000 |
| – PO Weser-Ems | EUR | 445.000 |
| – PO Elbe-Weser | EUR | 125.000 |
| – PO Danske Fiskeres | EUR | 257.000 |
| – Heiploeg | EUR | 1.662.000 |
| – Goldfish | EUR | 428.000 |
| – Klaas Puul | EUR | 1.129.000 |

BESLUIT

De directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

- I. verklaart de bezwaren tegen zijn besluit van 14 januari 2003 deels gegrond en deels ongegrond;
- II. herroept zijn besluit van 14 januari 2003 voor zover daarin boetes zijn opgelegd aan Van Belzen, Kok International, Lou Snoek, Mooijer-Volendam en Matthijs Jansen;
- III. legt met toepassing van artikel 62 van de Mededingingswet in bezwaar de volgende boetes op:

| | | |
|------------------------------|-----|-----------|
| – PO Vissersbond | EUR | 797.000 |
| – PO Delta Zuid | EUR | 374.000 |
| – PO Texel | EUR | 35.000 |
| – PO Wieringen | EUR | 425.000 |
| – LV-PO's Schleswig Holstein | EUR | 499.000 |
| – PO Weser-Ems | EUR | 445.000 |
| – PO Elbe-Weser | EUR | 125.000 |
| – PO Danske Fiskeres | EUR | 257.000 |
| – Heiploeg | EUR | 1.662.000 |
| – Goldfish | EUR | 428.000 |
| – Klaas Puul | EUR | 1.129.000 |

- IV. Dit besluit is gericht tot:
 - Coöperatieve Producentenorganisatie Nederlandse Vissersbond U.A., statutair gevestigd te Emmeloord, Nederland;
 - Coöperatieve Producentenorganisatie Delta Zuid U.A., statutair gevestigd te Breskens, Nederland;
 - Coöperatieve Producentenorganisatie Texel U.A., statutair gevestigd te Oudeschild, Nederland;
 - Coöperatieve Producentenorganisatie Wieringen, statutair gevestigd te Den Oever, Nederland;
 - Landesvereinigung der Erzeugerorganisationen für Nordseekrabben- und Küstenfischer an der schleswig-holsteinischen Westküste e.V. Büsum, statutair gevestigd te Büsum, Duitsland;

- Erzeugergemeinschaft der Küstenfischer im Weser-Ems-Gebiet e.V., statutair gevestigd te Oldenburg, Duitsland;
- Erzeugergemeinschaft der Krabbenfischer Elbe-Weser-e.V. Dorum, statutair gevestigd te Dorum, Duitsland;
- Danske Fiskeres Producent Organisation, statutair gevestigd te Fredericia, Denemarken;
- Heiploeg B.V., statutair gevestigd te Zoutkamp, Nederland;
- Goldfish B.V., statutair gevestigd te Volendam, Nederland;
- Klaas Puul & Zoon B.V., statutair gevestigd te Volendam, Nederland;
- Van Belzen B.V., statutair gevestigd te Arnhem, Nederland;
- L. Kok International Sea Food B.V., statutair gevestigd te Volendam, Nederland;
- Lou Snoek Volendam B.V., statutair gevestigd te Volendam, Nederland;
- Mooijer-Volendam B.V., statutair gevestigd te Volendam, Nederland;
- Matthijs Jansen B.V., statutair gevestigd te Stellendam, Nederland.

Datum: 28 december 2004

W.g.

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 Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50 951, 3007 BM Rotterdam.