

**Besluit
openbaar**

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/203320_OV
Zaaknummer: 14.0705.27
Datum:

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 56, aanhef en onder a, en artikel 89 van de Mededingingswet.

Inhoud

1	Inleiding	2
2	Betrokken ondernemingen	2
3	Procedure	3
4	Erkenning	5
5	Activiteiten van partijen	5
6	Feiten en omstandigheden	6
7	Beoordeling artikel 6, eerste lid Mw en artikel 101, eerste lid VwEU	7
7.1	Overeenkomst/oafg	7
7.2	Eén enkele inbreuk	9
7.3	Mededingingsbeperking	9
7.4	Merkbaarheid	11
7.5	Artikel 6, derde lid.....	11
7.6	Artikel 101 VwEU	12
7.7	Duur.....	12
8	Overtreders	12
9	Sanctie	14
10	Besluit	17

Besluit Openbaar

1. Inleiding

1. De ondernemingen waartegen dit besluit zich richt (hierna: partijen) waren in de periode van 18 oktober 2001 tot en met juli 2012 betrokken bij een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging die ertoe strekte de mededinging te beperken in de zin van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) met betrekking tot de productie en/of verkoop van industrieel natuurazijn in Nederland.
2. De verboden gedragingen bestonden uit het onderling in stand houden van een aantal bestaande klantrelaties (niet-gedeelde klanten) en het in stand houden van de volumeverhoudingen bij klanten die bij beide ondernemingen industrieel natuurazijn afnamen (gedeelde klanten). In dit kader stemden partijen de te offereren prijzen af en/of wisselden prijs- en volumegegevens uit bij de niet-gedeelde klanten, waarbij zij bewust hoger offereerden bij bestaande klanten van de andere partij. Bij gedeelde klanten stemden zij de te offereren prijs af en/of wisselden prijs- en volumegegevens uit om de onderlinge volumeverhouding te handhaven. Indien er toch volumeverschuivingen plaatsvonden, traden partijen in overleg en zochten gezamenlijk naar een oplossing. Zowel de gedragingen op zichzelf genomen als het geheel daarvan vormen een mededingingsbeperkende overtreding.

2. Betrokken ondernemingen

Kühne

3. Carl Kühne KG (GmbH & Co.) is een Kommanditgesellschaft gevestigd in Hamburg, Duitsland, die zich onder meer bezig houdt met de productie en verkoop van natuurazijn aan industriële afnemers in Nederland en de omliggende landen. Carl Kühne KG (GmbH & Co.) is de direct bij de gedragingen betrokken rechtspersoon. In het rapport is de overtreding mede toegerekend aan Kühne GmbH, gevestigd in Berlijn, beherend vennoot ('Komplementair') van Carl Kühne KG (GmbH & Co.). Tevens is de overtreding toegerekend aan de commanditaire vennoten van Carl Kühne KG (GmbH & Co.) (hierna: 'de Kommanditisten'), allen natuurlijke personen. De toerekening wordt behandeld in paragraaf VII van dit besluit.

In het hierna volgende zullen Carl Kühne KG (GmbH & Co.) en Kühne GmbH tezamen worden aangeduid als 'Kühne'.

4. Tevens is een drietal (oud-)werknemers van Kühne als feitelijk leidinggevers in deze procedure betrokken. Het betreft de volgende personen:

Besluit Openbaar

- dhr. [VERTROUWELIJK];
- dhr. [VERTROUWELIJK];
- dhr. [VERTROUWELIJK].

De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM)¹ neemt afzonderlijk besluiten ten aanzien van deze feitelijk leidinggevers.

Burg

5. De Burg B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd in Heerhugowaard, die zich onder meer bezighoudt met de productie en verkoop van industrieel natuurazijn in Nederland en de omliggende landen. De Burg B.V. is de rechtstreeks bij de gedragingen betrokken rechtspersoon. In het rapport is de overtreding mede toegerekend aan Burg Groep B.V. en Groenland Invest B.V. De Burg B.V. maakt onderdeel uit van Burg Groep B.V., welke tot 12 september 2012 werd beheerd door Burg Beheer B.V., beide gevestigd in Heerhugowaard. Burg Beheer B.V. is opgegaan in Groenland Invest B.V., dat daarvoor al alle aandelen in Burg Beheer B.V. hield.

In het hierna volgende zullen De Burg B.V., Burg Groep B.V., Burg Beheer B.V. (voor de periode voor 12 september 2012) en Groenland Invest B.V. tezamen worden aangeduid als 'Burg'.

6. Twee werknemers van Burg zijn aangemerkt als feitelijk leidinggevers aan de overtreding. Het betreft:
 - dhr. [VERTROUWELIJK];
 - dhr. [VERTROUWELIJK].

ACM neemt afzonderlijk besluiten ten aanzien van deze feitelijk leidinggevers.

3. Procedure

7. Kühne heeft op 14 november 2012 een clementieverzoek² ingediend bij het Clementiebureau van ACM, zowel voor haarzelf als ook ten behoeve van een aantal (oud-)werknemers. ACM

¹ Vanaf 1 april 2013 is de Autoriteit Consument en Markt de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Stb. 2013, 102)). Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA). Voor de leesbaarheid van dit besluit worden de beschreven handelingen van de NMa (die derhalve hebben plaatsgevonden vóór 1 april 2013) aangeduid als handelingen van ACM.

² Zoals bedoeld in de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken tot vermindering van geldboetes betreffende kartels, 11 september 2009, Staatscourant nr. 14078 van 22 september 2009.

Besluit Openbaar

heeft zowel voor de onderneming als voor elk van de natuurlijke personen een voorwaardelijke clementietoezegging vastgesteld in de clementie categorie A.³

8. De Directie Mededinging van ACM heeft mede naar aanleiding van dit clementieverzoek een onderzoek ingesteld naar overtredingen van het kartelverbod door partijen. Gedurende het onderzoek heeft ACM verscheidende keren inlichtingen gevorderd van de betrokken partijen, andere producenten en afnemers van industrieel natuurazijn.
9. Het onderzoek heeft geresulteerd in een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw, opgemaakt op 31 januari 2014 (hierna: 'het rapport'). Het rapport is op 31 januari 2014 naar partijen verzonden en voor behandeling overgedragen aan de Directie Juridische Zaken van ACM.
10. In het kader van het onderzoek naar de vermoedelijke overtreding van Burg heeft ACM op 12 februari 2013 bij De Burg B.V. onderzoek verricht op haar bedrijfslocatie. Gedurende het onderzoek op de bedrijfslocatie heeft ACM zowel inlichtingen gevorderd op grond van artikel 5:16 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) als inzage gevorderd van zakelijke gegevens (dragers) en bescheiden op grond van artikel 5:17 Awb bij de heer [VERTROUWELIJK].
11. Vervolgens heeft de Directie Mededinging op 24 april 2014 naar aanleiding van het geen gehoor geven aan de vorderingen een tweede rapport opgemaakt tegen de heer [VERTROUWELIJK] en De Burg B.V. wegens een vermoedelijke overtreding van de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb juncto artikel 69, eerste lid, Mw.⁴
12. Aan partijen is inzage verleend in de bij de (het) rapport(en) behorende dossier(s).
13. Medio juni 2014 hebben partijen ACM verzocht om de mogelijkheden van vereenvoudigde afdoening van het rapport te verkennen. Vervolgens hebben zij op 11 juli 2014 en 23 september 2014 schriftelijk hun zienswijze op het rapport kenbaar gemaakt.
14. Partijen hebben tijdens deze gesprekken hun zienswijze op het rapport, inclusief de mogelijke boetetoemeting (nader) toegelicht. ACM heeft deze zienswijze van partijen zorgvuldig bestudeerd en, voor zover doeltreffend, in aanmerking genomen bij de behandeling van het

³ Dossierstuknummer 10: Clementietoezegging Kühne d.d. 11 februari 2013; Dossierstuknummer 166: Clementietoezegging [VERTROUWELIJK] d.d. 9 januari 2014; Dossierstuknummer 173: Clementietoezegging [B] d.d. 9 januari 2014; Dossierstuknummer 173: Clementietoezegging [VERTROUWELIJK] d.d. 9 januari 2014.

⁴ Kenmerk ACM/DM/2014/401850.

Besluit Openbaar

rapport. Tussen partijen en ACM is besproken dat het meewerken aan de vereenvoudigde afdoening van het rapport een boetevermindering van 10% met zich brengt. Deze medewerking bestaat onder andere uit de erkenning van de feiten en de juridische beoordeling zoals weergegeven in het rapport, alsmede acceptatie van de methode van beboeting en de hoogte van de op te leggen boete.

4. Erkenning

15. Partijen hebben een schriftelijke verklaring ingediend met het oog op vereenvoudigde afdoening, omvattende:
 - de namen van de ondernemingen ten behoeve van wie de verklaring wordt ingediend;
 - een erkenning van de feiten en omstandigheden en de juridische kwalificatie, daarvan zoals beschreven in onderhavig besluit;
 - een duidelijke en ondubbelzinnige aanvaarding dat partijen overtreder zijn in de zin van artikel 5:1 Awb en dat de overtreding hen kan worden toegerekend.
 - een instemming met de in dit besluit gehanteerde toepasselijke boetesystematiek en de daarop gebaseerde bestuurlijke boete;
 - een bevestiging dat zij voldoende gelegenheid hebben gekregen om hun standpunt in deze zaak aan ACM kenbaar te maken en voldoende gelegenheid hebben gekregen om het dossier in te zien.
16. Het onderhavige besluit is mede opgesteld aan de hand van de medewerking van partijen aan de vereenvoudigde afdoening van het rapport.
17. Hierna volgt een analyse van ACM van de verboden gedragingen van partijen. Op basis hiervan stelt ACM vast dat partijen een overtreding hebben begaan van artikel 6, eerste lid, Mw alsmede artikel 101, eerste lid, VwEU. De erkenning van partijen opgenomen in hun schriftelijke verklaring is in overeenstemming met de analyse van ACM.

5. Activiteiten van partijen

18. De gedragingen van partijen zien op hun activiteiten op het gebied van de productie en verkoop van natuurazijn aan industriële afnemers in Nederland. Burg is een producent van natuurazijn met een fabriek in Nederland, namelijk in Heerhugowaard. Kühne levert in Nederland vanuit haar azijnfabriek in Straelen (Duitsland). Zij zijn beide sterke spelers op het gebied van productie en verkoop van industrieel natuurazijn en zijn de twee belangrijkste leveranciers van industrieel

Besluit Openbaar

natuurazijn in Nederland.⁵

Industrieel natuurazijn

19. Natuurazijn wordt geproduceerd door fermentatie van alcohol en water en vormt onder andere een basisproduct voor veel verschillende soorten voedingsmiddelen. Het productieproces van natuurazijn behelst een natuurlijk proces, waardoor het niet volledig valt te controleren.
20. Onderscheid kan worden gemaakt tussen natuurazijn bestemd voor industriële afnemers (met name afkomstig uit de voedingsmiddelenindustrie) en natuurazijn bestemd voor retail (veelal supermarkten). Natuurazijn bestemd voor industriële afnemers wordt aangeduid als 'industrieel natuurazijn'.

Afnemers van industrieel natuurazijn

21. De afnemers van industrieel natuurazijn zijn producenten van voedingsmiddelen, waaronder sauzen, mayonaises, salades, zuur-, vis- en mosselconserven en seizoensproducten als rode kool, mosselen, augurken en zilveruien.
22. Prijs is voor afnemers van industriële natuurazijn een belangrijke factor bij de keuze voor een leverancier, na de kwaliteit en levertijd.

Geografische reikwijdte

23. De gedragingen zagen op het hele grondgebied in Nederland.

6. Feiten en omstandigheden

24. Burg en Kühne hebben in de periode van 18 oktober 2001 tot en met juli 2012 de prijzen van offertes afgestemd van in totaal zeven afnemers. Bij gedeelde afnemers was hiermee het doel van Burg en Kühne om de onderlinge volumeverhoudingen bij de betreffende afnemer in stand te houden. Bij niet-gedeelde afnemers was het doel van partijen om de bestaande klantrelatie in stand te houden. Zij offereerden hiervoor bewust hoger bij afnemers die door de andere partij

⁵ Kühne had gedurende de periode van gedragingen een marktaandeel fluctuerend tussen circa [40-50% en 60-70%] op het gebied van industrieel natuurazijn in Nederland. Burg had in de periode 2007 tot en met 2012 een marktaandeel fluctuerend tussen circa [30-40% en 40-50%] op het gebied van industrieel natuurazijn in Nederland.

Besluit Openbaar

werden beleverd.

25. Indien er onverwacht toch volumeverschuivingen plaatsvonden, traden partijen in overleg met elkaar over een manier om de partij die volume had verloren, te compenseren. Een oplossing kon bestaan uit de overeenkomst dat de één de ander compenseerde voor het verloren afzetvolume door middel van onderlinge leveranties van industriële natuurazijn en/of herallocatie van klanten.
26. De gedragingen zijn aangevangen nadat Burg een klant⁶ van Kühne probeerde binnen te halen door lage prijzen aan te bieden. Naar aanleiding daarvan is deze klant voor een deel van haar afnamevolume geswitcht naar Burg. Vervolgens heeft op initiatief van Kühne een bijeenkomst met Burg plaatsgevonden. De reden hiervoor was dat Kühne bezorgd was over zowel de negatieve prijseffecten als het mogelijk verlies van meer volume aan Burg.
27. Op 18 oktober 2001 hebben partijen de prijs voor een offerte afgestemd ten aanzien van deze afnemer. In de periode daarna (tot en met 16 februari 2012) hebben partijen meerdere malen de te offren prijs voor deze klant afgestemd met het doel onderlinge volumeverschuivingen te voorkomen.
28. Partijen hebben daarnaast de te offren prijzen afgestemd en/of prijs- en volumegegevens uitgewisseld van de offertes in het kader van contacten tussen partijen over zes andere klanten.⁷ Bij twee afnemers vond dit plaats in reactie op onverwachte volumeverschuivingen bij klanten.⁸
- 7. Beoordeling artikel 6, eerste lid Mw en artikel 101, eerste lid VwEU.**

7.1 Overeenkomst/oafg

29. Artikel 6, eerste lid, Mw alsmede artikel 101, eerste lid, VwEU verbieden overeenkomsten tussen en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet sluit het kartelverbod van artikel 6 Mw zo veel

⁶ Dit betreft de afnemer [VERTROUWELIJK].

⁷ Dat betreffen de volgende afnemers: [VERTROUWELIJK] (oktober, november 2011 en juli 2012), [VERTROUWELIJK] (augustus 2011), [VERTROUWELIJK] (oktober 2011), [VERTROUWELIJK] (mei, juli 2012), [VERTROUWELIJK] (oktober november 2011).

⁸ Dat betreffen de volgende afnemers: [VERTROUWELIJK] (juli 2006) en [VERTROUWELIJK] (november 2011, juli 2012).

Besluit Openbaar

mogelijk aan bij artikel 101 VwEU.⁹

30. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.¹⁰ Van een onderling afgestemde feitelijke gedraging is sprake wanneer partijen gebruik maken van of deelnemen aan op heimelijke verstandhouding berustende systemen die de coördinatie van hun commerciële gedragingen vergemakkelijken.¹¹ In geval van een onderling afgestemde feitelijke gedraging wordt vermoed dat ondernemingen, wanneer zij na de coördinatie op de betrokken markt actief blijven, bij de vaststelling van hun marktgedrag met de coördinatie rekening hebben gehouden.¹²

Toepassing

31. De gedragingen zoals hiervoor in paragraaf V weergegeven zijn aan te merken als een overeenkomst, omdat partijen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen om daarmee bewust de normale en gebruikelijke risico's van onderlinge concurrentie te beperken met betrekking tot bepaalde klanten.
32. Voor zover met betrekking tot (een deel van) de gedragingen geen sprake zou zijn van een overeenkomst is in ieder geval sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Immers, gedurende de periode van de overtreding hebben partijen met zekere regelmaat de te offren prijzen afgestemd en concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld. Daarnaast hebben zij overleg gevoerd met het doel onderlinge volumeverschuivingen te compenseren en hebben zij hiertoe ook actie ondernomen. Zij hebben de risico's van onderlinge concurrentie bewust vervangen door een vorm van samenwerking die gericht was op het onderling in stand houden van bepaalde bestaande klantrelaties en het in stand houden van de volumeverhoudingen bij een aantal gedeelde klanten.
33. Partijen zijn na de afstemming op de markt actief gebleven, waardoor mag worden aangenomen dat zij bij de bepaling van hun marktgedrag tot en met eind juli 2012 rekening hebben gehouden met de afgestemde gedragingen.

⁹ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

¹⁰ Zie o.a. GvEA, 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie (PVC II), gev. zaken T-305/94 e.a., Jurispr. p. II-931, r.o. 715.

¹¹ Zaak T-7/89, *Hercules Chemicals/Commissie*, Jurispr. 1991, blz. II-1711, *rechtsoverweging 256*.

¹² Zie Hof van Justitie EG, 8 juli 1999, zaak C-49/92, P Hüls/Commissie, Jur. 1999, blz. I-4287, *rechtsoverweging 162*.

Besluit Openbaar

34. ACM stelt vast dat deze verboden gedragingen daarmee kwalificeren als een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VwEU¹³. ACM stelt vast dat partijen ook overeenkomstig hebben erkend.

7.2 Eén enkele inbreuk

35. Een inbreuk van het kartelverbod kan niet alleen bestaan uit een op zichzelf staande handeling, maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging.¹⁴ Dit is het geval indien de verschillende handelingen, wegens hun identieke doel de mededinging te verstoren, deel uitmaken van een "totaalplan".¹⁵ Om tot één enkele inbreuk te kunnen concluderen volstaat het dat ACM aantoont dat de gedragingen van partijen gericht zijn op één en hetzelfde doel.¹⁶

Toepassing

36. De omstandigheden, beschreven in paragraaf 6, dat gedurende de periode van overtreding steeds dezelfde personen en partijen betrokken waren bij de verschillende gedragingen en dat de gedragingen steeds betrekking hadden op hetzelfde product, onderbouwen de vaststelling dat de verschillende gedragingen van partijen gekwalificeerd kunnen worden als één enkele inbreuk.
37. Bovendien hadden de gedragingen van partijen steeds hetzelfde gezamenlijk doel, namelijk het handhaven van de status quo in de volumeverhoudingen tussen Kühne en Burg met betrekking tot het zevental afnemers. Dit doel werd vormgegeven doordat partijen onderling de prijzen van offertes afstemden en/of prijs- en volumegegevens uitwisselden en eventuele onderlinge volumeverschuivingen compenseerden.
38. Op grond van het voorgaande concludeert ACM dat de gedragingen van partijen tezamen zijn aan te merken als één enkele en voortdurende inbreuk. ACM stelt vast dat partijen ook overeenkomstig hebben erkend.

7.3 Mededingingsbeperking

¹³ Zaak T-7/89, *Hercules Chemicals/Commissie*, Jurispr. 1991, blz. II-1711, *rechtsoverweging*, 264

¹⁴ Zaak C-49/92 P, *Commissie/Anic Participazioni SpA*, Jurispr. 1999, blz. I-4125, *rechtsoverweging* 81.

¹⁵ *Idem*, *rechtsoverweging* 82.f

¹⁶ HvJ EU 19 december 2013, gevoegde zaken C-239/11P, C-489/11P en C-498/11P (*Siemens*), ECLI:EU:2013:C:866, r.o. 247-248.

Besluit Openbaar

39. Van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw is sprake indien de afstemming tussen de partijen ertoe strekt of als effect heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
40. Van een mededingingsbeperkende strekking is reeds sprake wanneer de afspraak concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.¹⁷ De vraag of en in welke mate een dergelijk gevolg daadwerkelijk intreedt, kan slechts relevant zijn voor de vaststelling van de hoogte van de boete.¹⁸
41. Een mededingingsbeperkende strekking kan niet uitsluitend worden aangetoond door onderzoek te doen naar de potentiële gevolgen van de gedragingen. Voor een strekkingsbeding is vereist dat de gedragingen “kunnen worden geacht “naar hun aard” schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.”¹⁹ Om te bepalen of het gedrag naar haar aard de goede werking van de normale mededinging aantast moet rekening worden gehouden met alle relevante elementen van de economische en juridische context van deze coördinatie, met name de aard van de betrokken diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de markten.²⁰

Toepassing

42. Partijen hebben met de onderlinge afstemming van de prijzen voor offertes beoogd om een aantal van hun eigen klanten en hun afzetvolumes te behouden. De gedragingen van partijen en de daarmee beoogde effecten komen overeen met een marktverdelingsafpraak. ACM stelt voorop dat klantenverdelingsafspraken, volgens vaste Europese rechtspraak²¹ en de beschikkingenpraktijk van ACM, strekkingsbeperkingen zijn.
43. Uit paragraaf 5 blijkt dat voor afnemers van industriële natuurzijn prijs een belangrijke factor is bij de keuze voor een leverancier, na kwaliteit en levertijd. Prijs is dus een belangrijke concurrentieparameter in het proces dat vooraf gaat aan het tot stand komen van een contract tussen leverancier en afnemer. Door een hogere prijs te offeren bij bestaande klanten van de andere partij of bij een gedeelde klant, werd de prikkel voor afnemers om naar de andere partij over te stappen verminderd. Partijen hebben ten aanzien van een aantal klanten de onderlinge concurrentie uitgeschakeld dan wel in sterke mate beperkt.

¹⁷ HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08 (T-Mobile Netherlands / NMa), r.o. 31.

¹⁸ *T-Mobile Netherlands*, hiervoor voetnoot 17, punt 31.

¹⁹ Hof van Justitie 11 september 2014, zaak C-67/13 P (Groupement des cartes bancaires), r.o. 82.

²⁰ Hof van Justitie 11 september 2014, zaak C-67/13 P (Groupement des cartes bancaires), r.o. 78.

²¹ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 11 juli 2013, zaak C-429/11 (Gosselin Group NV v. Commissie), r.o. 44-47, en Gerecht EU 27 september 2012, zaak T-353/06 (Vermeer Infrastructuur v. Commissie), r.o. 137

Besluit Openbaar

44. Op grond van het voorgaande stelt ACM vast dat de verboden gedragingen concreet geschikt is om de mededinging te beperken. ACM stelt vast dat partijen ook overeenkomstig hebben erkend.

7.4 Merkbaarheid

45. Zoals ook uit het arrest *Expedia* van het Hof van Justitie (HvJ) volgt, beperkt een strekkingsbeperking²² die onder de werkingssfeer van art. 101, eerste lid VwEU valt, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, de mededinging merkbaar.²³ Omdat volgens de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet het merkbaarheidselement van art. 6, eerste 1 Mw overeenkomstig Europese rechtspraak wordt geïnterpreteerd²⁴, is ACM van oordeel dat bij strekkingsbeperkingen die – zoals in het onderhavige geval – het hele Nederlandse grondgebied bestrijken de merkbaarheid van de gedragingen zonder meer gegeven is.
46. Bovendien is reeds vastgesteld dat partijen gezamenlijk veruit de grootste leveranciers van industrieel natuurazijn zijn in Nederland, waardoor hun positie niet dusdanig gering is dat zij geen invloed op de mededinging zouden kunnen uitoefenen.
47. Gelet op het bovenstaande strekten de verboden gedragingen ertoe en waren zij naar hun aard concreet geschikt om de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw merkbaar te beperken, verhinderen dan wel te vervalsen. ACM stelt vast dat partijen ook overeenkomstig hebben erkend.

7.5 Artikel 6, derde lid

48. In artikel 6, derde lid, Mw is een wettelijke uitzondering op het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw opgenomen.
49. Partijen hebben zich noch beroepen op het derde lid van artikel 6 Mw, noch onderbouwd dat zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw.

²² Dat wil zeggen een afspraak of onderling afgestemde feitelijke gedraging die, gelet op de inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging binnen de gemeenschappelijkemarkt concreet kan verhinderen, beperken of vervalsen. Zie HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08 (T-Mobile), r.o. 42.

²³ Zie HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/12 (Expedia), r.o. 37

²⁴ Memorie van Toelichting Mededingingswet, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 14

Besluit Openbaar

7.6 Artikel 101 VwEU

50. De gedragingen van partijen zagen op het hele grondgebied in Nederland. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de gedragingen de interstatelijke handel ongunstig konden beïnvloeden in de zin van artikel 101, eerste lid VwEU. ACM stelt vast dat partijen ook overeenkomstig hebben erkend.

7.7 Duur

51. ACM stelt vast dat de overtreding is aangevangen op 18 oktober 2001 en eindigt eind juli 2012. ACM stelt vast dat partijen ook overeenkomstig hebben erkend.

8. Overtreders

52. Op grond van artikel 56, eerste lid, Mw kan ACM, ingeval van overtreding van artikel 6 Mw de overtreder beboeten. Onder overtreder wordt op grond van artikel 5:1, eerste lid, Awb onder meer verstaan degene die de overtreding pleegt.

53. In geval van moeder-dochterverhoudingen, kan volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie het gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden toegerekend, met name wanneer de dochtermaatschappij, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die hen verenigen.²⁵

54. ACM stelt vast dat voor Burg de volgende rechtspersonen als overtreder in de zin van artikel 5:1 Awb zijn aan te merken:

- De Burg B.V.,
- Burg Groep B.V.
- Groenland Invest B.V.

ACM stelt vast dat Burg ook overeenkomstig heeft erkend.

55. De Burg B.V. was gedurende de periode van 18 oktober 2001 tot en met juli 2012 rechtstreeks betrokken bij de gedragingen.

²⁵ HvJ EG 10 september 2009, nr. C-97/08, Jur. 2009, p.I-08237 (Akzo N.V.), r.o. 58.

Besluit Openbaar

13/18

56. Burg Groep B.V. hield in de periode van 18 oktober 2001 tot en met juli 2012 100% van de aandelen in het kapitaal van De Burg B.V. Dientengevolge kan aangenomen worden dat Burg Groep B.V. in die periode beslissende invloed heeft uitgeoefend op het marktgedrag van De Burg B.V. Bovendien was Burg Groep B.V. gedurende de periode van 1 januari 2010 tot en met juli 2012 rechtstreeks betrokken bij de gedragingen.
57. Groenland Invest B.V. is de rechtsopvolger van Burg Beheer B.V., welke entiteit per 12 september 2012 is opgehouden te bestaan. Burg Beheer B.V. hield in de periode van 18 oktober 2001 tot en met juli 2012 vrijwel alle aandelen in het kapitaal van Burg Groep B.V. (wisselend van 92,5% tot 100%):
- van 18 oktober 2001 tot 12 januari 2005: 92,5%;
 - van 12 januari 2005 tot 1 november 2009: 100%; en
 - van 1 november 2009 tot en met juli 2012: 99,45%.
58. Dientengevolge kan in ieder geval voor de periode vanaf 12 januari 2005 aangenomen worden dat Burg Beheer B.V. beslissende invloed op het marktgedrag van Burg Groep B.V. heeft uitgeoefend. Of dit ook zou gelden voor de periode van 18 oktober 2001 tot 12 januari 2005 is niet relevant, aangezien Burg Beheer B.V. gedurende de periode van 18 oktober 2001 tot en met 31 december 2009 ook rechtstreeks betrokken was bij de gedragingen.
59. Groenland Invest B.V. hield op haar beurt 100% van de aandelen in het kapitaal van Burg Beheer B.V. en kan dientengevolge geacht worden beslissende invloed te hebben uitgeoefend op Burg Beheer B.V. Bovendien was Groenland Invest B.V. gedurende de periode van 18 oktober 2001 tot 1 januari 2010 rechtstreeks betrokken bij de gedragingen.
60. ACM stelt vast dat voor Kühne de volgende rechtspersonen als overtreders in de zin van artikel 5:1 Awb zijn aan te merken:
- Carl Kühne KG (GmbH & Co.).
 - Kühne GmbH, wegens haar beslissende invloed op Carl Kühne KG (GmbH & Co.);
- ACM stelt vast dat Kühne ook overeenkomstig heeft erkend.
61. Carl Kühne KG (GmbH & Co.) was gedurende de periode van 18 oktober 2001 tot en met eind juli 2012 rechtstreeks betrokken bij de gedragingen. Omdat Kühne GmbH beherend vennoot is van Carl Kühne KG (GmbH & Co.) gedurende de genoemde periode, wordt de overtreding van Carl Kühne KG (GmbH & Co.) toegerekend aan Kühne GmbH.
62. In het rapport is de overtreding tevens toegerekend aan de "Kommanditisten" (commanditaire vennoten). Naar Duits recht is de Kommanditist (commanditair vennoot) van het voeren van de

Besluit Openbaar

onderneming uitgesloten en kan hij deze ook niet vertegenwoordigen. De zeggenschap over de onderneming ligt bij de Komplementär (beherend vennoot). Voor het overige heeft ACM ook geen aanwijzingen dat de “Kommanditisten” beslissende invloed hadden op Carl Kühne KG (GmbH & Co.). ACM rekent de overtreding daarom niet toe aan de commanditaire vennoten. Zij worden niet aangemerkt als overtreder in de zin van artikel 5:1, tweede lid, Awb.

9. Sanctie

Juridisch kader

63. Ingevolge artikel 56 Mw alsmede ingevolge artikelen 88 en 89 Mw heeft ACM bij de vaststelling van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw respectievelijk een overtreding van artikel 101, eerste lid, VwEU, de bevoegdheid een boete op te leggen. De boete bedraagt op grond van artikel 57, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
64. Het rapport met betrekking tot de overtreding is opgemaakt op 31 januari 2014. Om deze reden zijn de Boetebeleidsregels 2013²⁶ op de onderhavige zaak van toepassing.
65. Op grond van de Boetebeleidsregels wordt de boete vastgesteld in verschillende stappen. Allereerst bepaalt ACM de zogeheten “betrokken omzet”. Aan de hand van de betrokken omzet wordt de “boetegrondslag” vastgesteld. Deze boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met een “ernstfactor”. Bij het bepalen van het uiteindelijke boetebedrag wordt rekening gehouden met eventuele boeteverhogende en -verlagende omstandigheden.

Boetegrondslag

66. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetegrondslag. Zoals blijkt uit artikel 4, eerste lid, en artikel 5 van de Boetebeleidsregels en randnummer 12 en 22 van de Boetecode baseert ACM de boetegrondslag in een geval als het onderhavige op de betrokken omzet van de overtreder.
67. De betrokken omzet van de onderneming wordt in artikel 1, onder b, van de Boetebeleidsregels (en randnummer 1 onder d Boetecode) gedefinieerd als de waarde van alle transacties die door de onderneming tijdens de duur van de overtreding zijn verricht op het gebied van de verkoop

²⁶ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 19 april 2013, nr. WJZ / 12366159, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving, waarvan de Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving, Staatscourant 2013 nr. 11214, 24 april 2013.

Besluit Openbaar

van goederen of levering van diensten waarop de overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen.

68. De hoogte van de betrokken omzet bepaalt ACM op basis van omzetgegevens die door de partijen op deugdelijke wijze verstrekt zijn. Gelet hierop gaat ACM uit van de volgende betrokken omzet per onderneming:

Onderneming	Betrokken omzet
Kühne	17.327.104
Burg	6.706.302

69. Artikel 5 van de Boetebeleidsregels en randnummer 22 van de Boetecode bepalen dat wordt uitgegaan van een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet. De boetegrondslag bedraagt derhalve voor de betrokken ondernemingen:

Onderneming	Betrokken omzet
Kühne	1.732.710
Burg	670.630

Basisboete partijen

70. De basisboete wordt bepaald door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een ernstfactor. De ernstfactor weerspiegelt de ernst van de overtreding.
71. Voor de bepaling van de ernstfactor wordt het volgende in aanmerking genomen. Verstreckende horizontale afspraken worden in ieder geval als zeer zware overtredingen aangemerkt. Volgens de toelichting bij artikel 6 van de Boetebeleidsregels zijn voorbeelden van verstreckende horizontale afspraken onder meer afspraken waarbij klanten worden verdeeld.
72. ACM is van oordeel dat de onderhavige gedragingen in beginsel moet worden gekwalificeerd als zeer zware overtreding, nu de gedragingen van partijen in essentie neerkomen op klantverdelingsafspraken. Partijen bespraken verschillende keren voorgenomen prijzen en/of volumeverhoudingen voor concrete afnemers teneinde te voorkomen of te bevorderen dat deze klanten al dan niet gedeeltelijk overstapten naar de ander. De gedragingen van partijen hebben hiermee de prijsstelling voor de offertes rechtstreeks beïnvloed.
73. De afstemming tussen partijen over de offertes betreffen een mededingingsbeperking die zeer direct ingrijpt op het concurrentieproces. Mede gelet op het feit dat een 'traditionele'

Besluit Openbaar

marktverdelingsafspraken dezelfde mededingingsbeperkende effecten beoogt, is ACM van oordeel dat de onderhavige gedragingen in beginsel moeten worden gekwalificeerd als zeer zware overtreding.

74. Wat betreft de economische context houdt ACM rekening met de volgende omstandigheden. ACM neemt in aanmerking dat partijen sterke en zelfs veruit de grootste spelers zijn op het gebied van verkoop van industrieel natuurazijn in Nederland. Hun gedragingen hadden gedurende het merendeel van de duur van de periode van de overtreding betrekking op meer dan de helft van het totale volume van de afzetmarkt voor industrieel natuurazijn in Nederland.
75. Al het voorgaande in overweging nemende acht ACM een ernstfactor van 3 in deze zaak passend.
76. Na vermenigvuldiging van de boetegrondslag met de ernstfactor bedraagt de basisboete voor onderneming Burg EUR 2.011.890 en voor de onderneming Kühne EUR 5.198.131.
77. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de boete voor overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw ten hoogste EUR 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. Gelet op de door de betrokken ondernemingen overgelegde omzetgegevens, stelt ACM vast dat dit maximum niet wordt overschreden.

Boeteverhogende-en boeteverlagende omstandigheden

78. ACM merkt allereerst op dat de in het rapport van 24 april 2014 beschreven gedragingen niet aan Burg worden toegerekend. Vervolgens ziet ACM in onderhavige zaak geen aanleiding om boeteverhogende- of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking te nemen, anders dan een boetevermindering wegens de medewerking van onderneming Burg en Kühne aan vereenvoudigde afdoening van het rapport. ACM beschouwt dit als een bijzondere vorm van medewerking aan de procedure bij ACM waarvoor een boetevermindering van 10% gepast is.
79. Hiermee komt de aan Burg op te leggen boete op een bedrag van EUR 1.810.000 en de boete voor Kühne op EUR 4.678.000.

Clementie

80. Tevens geldt voor de onderneming Kühne dat zij heeft voldaan aan de aan haar gestelde voorwaarden bij de clementietoezegging in categorie A die zij heeft ontvangen op 11 februari 2013. ACM kent met inachtneming van die toezegging een vermindering van de boete, zoals tot dusver berekend, van 100% toe. Dit resulteert voor Kühne in een uiteindelijke boete van EUR 0.

Besluit Openbaar

81. ACM stelt vast dat de opgelegde boetes niet hoger zijn dan vermeld in de verklaringen van partijen.

Besluit

I. De Autoriteit Consument en Markt:

- legt aan Carl Kühne KG (gmbH & Co) gevestigd te Hamburg, Duitsland en Kühne GmbH gevestigd te Berlijn, Duitsland een boete op van EUR 0;
- legt aan De Burg BV, Burg Groep BV en Groenland Invest BV, allen gevestigd te Heerhugowaard, een boete op van EUR 1.810.000 en stelt deze drie rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

II. Dit besluit richt zich tot ieder van de onder I genoemde (rechts-)personen afzonderlijk.

Den Haag, 25 juni 2015

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. J.G. Vegter
bestuurslid

17/18

Besluit Openbaar

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij de Autoriteit Consument en Markt. Het postadres is: Autoriteit Consument en Markt, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

ACM wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift ACM te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien ACM uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien ACM uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door ACM worden behandeld.

18/18