

## Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/203328\_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.

### Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	2
2	Procedure.....	3
3	Erkenning.....	3
4	Feiten en omstandigheden.....	4
5	Juridisch kader feitelijk leidinggevend.....	4
6	Beoordeling.....	5
7	Sanctie.....	7
8	Besluit.....	10

# Besluit

## Openbaar

### 1 Inleiding

1. Op 31 januari 2014 heeft de Directie Mededinging van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) aan De Burg B.V. en daaraan gelieerde rechtspersonen (hierna tezamen: Burg), alsmede aan Carl Kühne KG (GmbH&Co) en daaraan gelieerde (rechts-)personen (hierna tezamen: Kühne) een rapport toegezonden wegens een vermoedelijke overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) door deze ondernemingen.<sup>1</sup> De vermoedelijke overtreding bestond uit een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen betrokken partijen die ertoe strekte de mededinging te beperken door de onderlinge status quo in afzetvolumes te handhaven van de verkoop van natuurazijn aan industriële afnemers in Nederland door middel van afstemming van offertes.
2. Dit rapport is ook toegezonden aan de natuurlijke personen van wie werd vermoed dat zij feitelijk leiding hebben gegeven aan die overtredingen, onder wie de heer [E].
3. 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 dit onderzoek heeft ACM meermaals 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 [E].
4. Vervolgens heeft de Directie Mededinging op 24 april 2014 naar aanleiding van het geen gehoor geven aan verschillende vorderingen een tweede rapport opgemaakt tegen de heer [E] 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.<sup>2</sup>
5. Het onderhavige besluit betreft de heer [E] en de rapporten die jegens hem zijn uitgebracht.
6. Bijlage 1 bevat het besluit van ACM, kenmerk ACM/DJZ/2015/203320, waarin ACM naar aanleiding van het rapport van 31 januari 2014 heeft vastgesteld dat Burg en Kühne in de periode van 18 oktober 2001 tot en met juli 2012 artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VwEU hebben overtreden. Deze bijlage, inclusief de daarin gedefinieerde termen, maakt integraal onderdeel uit van dit besluit.

---

<sup>1</sup> Kenmerk ACM/DM/2014/200039.

<sup>2</sup> Kenmerk ACM/DM/2014/401850.

## **Besluit Openbaar**

### **2 Procedure**

7. De in dit besluit genoemde rapporten zijn overgedragen aan de Directie Juridische Zaken van ACM. De heer [E] heeft inzage gekregen in de bij de rapporten behorende onderliggende stukken.
8. In juni 2014 is de heer [E] in gesprek getreden met ACM teneinde de mogelijkheden te verkennen om via een zogenaamd traject van vereenvoudigde afdoening tot een besluit naar aanleiding van voormelde rapporten te komen.
9. De heer [E] heeft vervolgens een verzoek ingediend tot vereenvoudigde afdoening.

### **3 Erkenning**

10. De heer [E] heeft een schriftelijke verklaring ingediend met het oog op vereenvoudigde afdoening. Deze verklaring bevat:
  - een duidelijke en ondubbelzinnige erkenning van de overtreding door Burg zoals omschreven in het besluit van ACM van 25 juni 2015 (bijlage I);
  - een duidelijke en ondubbelzinnige erkenning van de feiten en omstandigheden en de juridische kwalificatie van het feitelijk leidinggeven aan de overtreding door Burg, zoals omschreven in het onderhavige besluit;
  - een duidelijke en ondubbelzinnige erkenning dat hij hiervoor kwalificeert als overtreder in de zin van artikel 5:1 Awb; en,
  - de bevestiging dat hij voldoende gelegenheid heeft gekregen om zijn standpunt in deze zaak aan ACM kenbaar te maken en voldoende gelegenheid heeft gekregen om het dossier in te zien.
11. De heer [E] heeft de verklaring ingediend onder voorbehoud dat de uiteindelijke boete die door ACM wordt opgelegd niet hoger is dan in de verklaring vermeld.

## **Besluit Openbaar**

12. Gelijktijdig met de bovenstaande erkenning heeft de heer [E] verklaard dat hij zich er niet tegen zal verzetten indien ACM de gedragingen, zoals omschreven in het rapport van 24 april 2014, als boeteverhogende omstandigheid kwalificeert en als zodanig bij de beboeting in de onderhavige zaak kunnen worden aangemerkt.

### **4 Feiten en omstandigheden**

13. De heer [E] is sinds [VERTROUWELIJK] in dienst van Burg. Vanaf zijn indiensttreding bij Burg tot en met juli 2012 was de heer [E] [VERTROUWELIJK] voor de verkopen van onder meer natuurazijn aan industriële afnemers in Nederland. Deze functie vervulde hij met een zekere mate van autonomie.
14. De heer [E] was direct betrokken bij de verboden gedragingen waarbij Burg betrokken was met betrekking tot verkoop van natuurazijn aan industriële afnemers in Nederland.

### **5 Juridisch kader feitelijk leidinggevend**

15. Artikel 56 Mw luidt, voor zover van belang, als volgt:
  1. Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid (...), kan ACM de overtreder:
    - a. een bestuurlijke boete opleggen;  
(...).
16. Ingevolge artikel 5:1, derde lid, Awb kunnen overtredingen in bestuursrechtelijke context worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Voorts is artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr) van overeenkomstige toepassing, hetgeen inhoudt dat ook de feitelijk leidinggevende verantwoordelijk gehouden kan worden voor de overtredingen die door een rechtspersoon zijn begaan.
17. Een natuurlijke persoon kan beboetbaar leiding geven aan een overtreding van een onderneming of ondernemersvereniging door actieve gedragingen, waarbij de overtreding door hem wordt bevorderd door middel van handelen, alsook door passieve gedragingen,

## Besluit Openbaar

waarbij de natuurlijke persoon de overtredingen doet bevorderen door nalaten.<sup>3</sup>

18. Uit de jurisprudentie volgen minimumcriteria wanneer in ieder geval sprake is van leiding geven in de zin van 51 WvSr:

*“Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris — hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden — maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen”.*<sup>4</sup>

19. De verplichting om maatregelen te nemen ter voorkoming van de verboden gedraging kan op meerdere natuurlijke personen tegelijkertijd rusten.<sup>5</sup> Het begrip leidinggever heeft niet alleen betrekking op de top van een onderneming. Het enkele feit dat er (hiërarchisch) hogere of meer verantwoordelijke leidinggevers zijn, staat er niet aan in de weg om als leidinggever te kunnen worden aangemerkt.<sup>6</sup>
20. Het leidinggeven vereist volgens vaste jurisprudentie dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet. Daartoe is in het geval van een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw voldoende dat sprake is van opzet op de gedragingen van de onderneming.<sup>7</sup> Niet van belang is of degene die kennis heeft van de gedragingen beoogt een norm te overtreden. Een dergelijke verzwaarde vorm van opzet is niet vereist.<sup>8</sup>

## 6 Beoordeling

21. ACM wijst erop dat zij in haar besluit met kenmerk ACM/DJZ/2015/203320, heeft vastgesteld dat Burg artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VwEU heeft overtreden. Met betrekking tot het feitelijk leidinggeven door de heer [E] oordeelt ACM als volgt.

<sup>3</sup> Vergelijk Hoge Raad 20 november 1984, NJ 1985, 355. Zie ook recentelijk Rechtbank Rotterdam 16 mei 2012, LJN: BW6221.

<sup>4</sup> Hoge Raad 16 december 1986, NJ 1987, 321 (*Slavenburg II*), r.o. 5.1.1.

<sup>5</sup> Hoge Raad 16 juni 1981, NJ 1981, 586 (*Papa Blanca*), r.o. 8.

<sup>6</sup> Hoge Raad 21 januari 1992, NJ 1992, 414 (*Roda JC*), r.o. 5.1; Hof Den Haag, 27 november 2007, LJN BB8756.

<sup>7</sup> Hoge Raad 1 februari 2005, NJ 2006, 421 (*SE Fireworks*), r.o. 7.5 en 7.6; Hoge Raad 12 januari 2010, RvdW 2010, 168, r.o. 2.5.

<sup>8</sup> Hoge Raad 18 maart 1952, NJ 1952, 314, bevestigd in Hoge Raad 27 april 2007, NJ 2007, 544, r.o. 3.3.

## Besluit Openbaar

22. Gedurende de periode van overtreding van Burg was de heer [E] [VERTROUWELIJK] voor [VERTROUWELIJK] natuurzijn. ACM heeft op basis van de erkende feiten de directe betrokkenheid van [E] bij de afspraken tussen Kühne en Burg vastgesteld.
23. Uit de minimumcriteria die in de jurisprudentie worden gehanteerd (zie randnummer 18) volgt dat de heer [E] op zijn minst bewust de aanmerkelijke kans moet hebben aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen om hem aan te kunnen merken als feitelijk leidinggevende. Gelet op het feit dat de heer [E] zelf de contacten onderhield met Kühne in het kader van de gemaakte de afspraken en derhalve direct betrokken is geweest bij de verboden gedragingen voldoet hij ruimschoots aan dit criterium.
24. Daarnaast vereist de jurisprudentie dat de heer [E] maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege heeft gelaten, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was.
25. De afstemming tussen Kühne en Burg heeft plaatsgevonden terwijl het in de macht van de heer [E] lag om een einde te maken aan deze gedragingen. De heer [E] had immers bij de uitoefening van zijn functie een bepaalde mate van autonomie ten opzichte van zijn leidinggevende, de heer [D]. Vanwege de mate van autonomie waar hij mee handelde, had de heer [E] de mogelijkheid om de verboden gedragingen te beëindigen. Hij heeft dit echter nagelaten.
26. Op 1 oktober 2007 is artikel 56 vierde lid Mw (oud) in werking getreden. Op grond van artikel 56, vierde lid, Mw (oud) is artikel 51, tweede en derde lid, Sr van overeenkomstige toepassing. Vanaf 1 juli 2009 berust dit op artikel 5:1, derde lid Algemene wet bestuursrecht. Dit betekent dat een eventueel door ACM aan de heer [E] op te leggen bestuurlijke sanctie wegens de overtreding van Burg alleen betrekking kan hebben op de periode van 1 oktober 2007 tot en met juli 2012, hoewel de overtreding van Burg eerder aanving, namelijk op 18 oktober 2001.

### *Conclusie*

27. Naar het oordeel van ACM staat op basis van het voorgaande vast dat de heer [E] direct betrokken is geweest bij de gedragingen van Burg die ACM als overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw heeft gekwalificeerd. De heer [E] was voorts zelf bevoegd en ook gehouden om een eind te maken aan die gedragingen van Burg. Vaststaat dat de heer [E] de gedragingen van Burg die in strijd zijn met de Mededingingswet niet heeft voorkomen, beëindigd of doen eindigen.

## Besluit Openbaar

28. Gelet op voorgaande stelt ACM vast dat de heer [E] in de periode van 1 oktober 2007 tot aan het einde van de overtreding van Burg, te weten eind juli 2012, feitelijk leiding heeft gegeven in de zin van artikel 56 Mw artikel 51 tweede lid, onder 2° Sr aan de overtreding van Burg.
29. In het licht van het voorgaande is de heer [E] overtreder in de zin van artikel 5:1 Awb. ACM stelt vast dat de heer [E] ook dienovereenkomstig heeft erkend.

## 7 Sanctie

### *Bevoegdheid ACM*

30. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw kan ACM, wanneer zij toepassing geeft aan artikel 51, tweede lid, onder 2, Sr, een boete opleggen van ten hoogste EUR 450.000. De nadere invulling van de factoren waarmee bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening wordt gehouden, is aan ACM overgelaten, waarbij zij rekening dient te houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

### *Juridisch kader*

31. Het rapport met betrekking tot de overtreding is opgemaakt op 31 januari 2014. Om deze reden zijn de Boetebeleidsregels 2013<sup>9</sup> op de onderhavige zaak van toepassing.
32. ACM stelt op grond van artikel 2.11, tweede lid, van de Boetebeleidsregels 2013 een boetegrondslag vast die gerelateerd is aan de ernst van de overtreding en het inkomen en vermogen van de overtreder, teneinde tot een bestuurlijke boete te komen die uit oogpunt van zowel algemene als specifieke preventie voldoende afschrikwekkend is. De boetegrondslag is in deze gevallen de basisboete.
33. Ingevolge artikel 2.11, vierde lid, onder b, van de Boetebeleidsregels 2013 wordt de boetegrondslag voor natuurlijke personen voor het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 6 Mw en artikel 101 VwEU vastgesteld binnen de bandbreedte van EUR 50.000 tot 400.000. De boetegrondslag wordt binnen deze bandbreedte gerelateerd aan de ernst van de overtreding en de inkomens- en vermogenspositie van die feitelijk leidinggever.

---

<sup>9</sup> 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

34. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding neemt ACM niet alleen de ernst van de overtreding van de onderneming waarvoor de feitelijk leidinggever werkzaam is (geweest) in aanmerking maar ook de mate van betrokkenheid en de functie (verantwoordelijkheid) van de feitelijk leidinggever binnen deze onderneming.
35. Voorts neemt ACM ingevolge artikel 2.12 van de Boetebeleidsregels 2013 bij de vaststelling van de bestuurlijke boete boeteverhogende en –verlagende omstandigheden in aanmerking.

### *Toepassing*

- Boetegrondslag/basisboete
36. Met inachtneming van de ernst van de overtreding en in aanmerking nemende het inkomen en vermogen van de heer [E], stelt ACM in dit specifieke geval de boetegrondslag en de basisboete vast op EUR 15.000. ACM betreft hierbij de volgende omstandigheden.
37. ACM neemt in aanmerking dat de overtreding van onderneming Burg een ernstige overtreding betreft met rechtstreekse invloed op het concurrentieproces van industrieel natuurazijn. ACM heeft in dit verband vastgesteld dat ondernemingen Burg en Kühne, veruit de grootste spelers op het gebied van industrieel natuurazijn in Nederland, verschillende keren de te offrenen prijzen voor concrete afnemers hebben besproken. ACM verwijst voor een overzicht van de omstandigheden die zijn meegewogen bij de ernst van de overtreding van de onderneming naar randnummers 70 t/m 75 van het besluit gericht tot ondernemingen Kühne en Burg (Bijlage I bij dit besluit).
38. Voorts heeft ACM de functie (verantwoordelijkheid) van de heer [E] binnen onderneming Burg en zijn mate van betrokkenheid bij de overtreding van Burg in aanmerking genomen. Hoewel de heer [E] in zijn functie als [VERTROUWELIJK] een zekere mate van autonomie en verantwoordelijkheid had, droeg hij binnen onderneming Burg niet de [VERTROUWELIJK] voor de verkopen van industrieel natuurazijn. Die [VERTROUWELIJK] lag bij zijn leidinggevende de heer [D]. De heer [E] had ten opzichte van de heer [D] een ondergeschikte functie. Wat betreft zijn mate van betrokkenheid, wijst ACM erop dat de heer [E] rechtstreeks betrokken was bij de gedragingen die de overtreding van onderneming Burg vormen. Hij onderhield namens onderneming Burg de contacten met Kühne. ACM neemt hierbij ook in aanmerking dat de heer [E] minder initiërend in het opnemen van contact is geweest dan zijn gesprekspartner bij Kühne.
- Boeteverhogende en/of verlagende omstandigheden

**Besluit**  
**Openbaar**

39. ACM betreft het rapport van 24 april 2014 dat ACM jegens de heer [E] heeft opgemaakt, als een boeteverhogende omstandigheid in de zin van artikel 2.13, lid 1, onder b van de Boetebeleidsregels 2013.
40. ACM stelt vast dat de heer [E] zich tijdens het onderzoek voorafgaand aan het rapport van 31 januari 2014 bij verschillende vorderingen van inlichtingen en vorderingen tot inzage van zakelijke gegevens (draggers) en bescheiden heeft beroepen op het zwijgrecht, ook als dat naar het oordeel van ACM niet gerechtvaardigd was. De heer [E] heeft het onderzoek van ACM bemoeilijkt en belemmerd.
41. ACM zal de basisboete gelet hierop verhogen met 20%, hetgeen leidt tot een boetebedrag van EUR 18.000.

*Vereenvoudigde afdoening*

42. ACM ziet voorts aanleiding om een boetevermindering toe te kennen vanwege de medewerking die de heer [E] heeft verleend aan vereenvoudigde afdoening van de rapporten die op 31 januari 2014 en op 24 april 2014 aan hem zijn uitgebracht. ACM beschouwt dit als een bijzondere vorm van medewerking aan de procedure bij ACM waarvoor een boetevermindering van 10% gepast is. Mede gelet op artikel 1.3 van de Boetebeleidsregels 2013 resulteert het voorgaande in een boetebedrag van EUR 16.000.

**Besluit  
Openbaar**

**8 Besluit**

De Autoriteit Consument en Markt:

legt aan de heer [VERTROUWELIJK], geboren op [VERTROUWELIJK] te [VERTROUWELIJK] (ZH), een boete op van in totaal EUR 16.000.

Den Haag, 25 juni 2015

De Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

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

**10/11**

**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*

**Besluit**  
**Openbaar**

*uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door ACM worden behandeld.*

**11/11**