

## Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/203325\_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 .....	3
5	Juridisch kader .....	4
6	Beoordeling .....	5
7	Sanctie .....	6

# 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 [A].
3. Carl Kühne KG (GmbH & Co.) en Kühne GmbH hebben met betrekking tot het hiervoor beschreven kartel op 14 november 2012 een clementieverzoek ingediend bij het Clementiebureau van ACM<sup>2</sup>, mede ten behoeve van de heer [A]. ACM heeft zowel voor de onderneming als voor de heer [A] een voorwaardelijke clementietoezegging vastgesteld in de clementiecategorie A.<sup>3</sup>
4. Het onderhavige besluit betreft de heer [A].
5. Bijlage 1 bevat het besluit van ACM, kenmerk ACM/DJZ/2015/203320, waarin ACM 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.

2/9

---

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Dossierstuknummer 173: Clementietoezegging [A] d.d. 9 januari 2014.

**Besluit  
Openbaar**

**2 Procedure**

6. Het rapport is op 31 januari 2014 overgedragen aan de Directie Juridische Zaken van ACM. De heer [A] heeft inzage gekregen in de bij het rapport behorende onderliggende stukken.
7. In juni 2014 is de heer [A] in gesprek getreden met ACM teneinde de mogelijkheden te verkennen om via een zogenaamd traject van vereenvoudigde afdoening tot een besluit naar aanleiding van voormeld rapport te komen.
8. De heer [A] heeft vervolgens een verzoek ingediend tot vereenvoudigde afdoening van het rapport van 31 januari 2014.

**3 Erkenning**

9. De heer [A] heeft een schriftelijke verklaring ingediend met het oog op vereenvoudigde afdoening. De verklaring bevat:
  - een duidelijke en ondubbelzinnige erkenning van de overtreding door Kühne 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 Kühne, 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.
10. De heer [A] heeft de verklaring ingediend onder voorbehoud dat de uiteindelijke boete die door ACM opgelegd wordt niet hoger is dan in de verklaring vermeld.

**4 Feiten en omstandigheden**

11. De heer [A] is van 1 januari 2005 tot en met 30 juni 2013 is dienst geweest van Carl Kühne (GMBH & Co.) KG als [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]. Van oktober 2007 tot en

## Besluit Openbaar

met juni 2011 viel onder meer de verkoop van natuurazijn aan industriële afnemers onder de management verantwoordelijkheid van de heer [A] en rapporteerde de heer [B] aan hem.

12. Gedurende de periode van 1 januari 2005 tot en met juli 2012, is de heer [A] in algemene zin op de hoogte geweest van de betrokkenheid van Kühne bij verboden gedragingen met betrekking tot de verkoop van natuurazijn aan industriële afnemers in Nederland.
13. Hoewel de heer [A] een aantal malen heeft aangegeven dat deze gedragingen naar zijn mening beter niet zouden kunnen plaatsvinden, heeft hij deze maatregelen niet ondubbelzinnig verboden. Evenmin heeft bij andere concrete stappen ondernomen om de betrokkenheid van Kühne bij de betreffende gedragingen te (doen) beëindigen.

4/9

## 5 Juridisch kader

14. 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;  
(...).
15. Ingevolge artikel 5:1, derde lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: 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.
16. 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, waarbij de natuurlijke persoon de overtredingen doet bevorderen door nalaten.<sup>4</sup>
17. Uit de jurisprudentie volgen minimumcriteria wanneer in ieder geval sprake is van leiding geven in de zin van 51 WvSr:

---

<sup>4</sup> Vergelijk Hoge Raad 20 november 1984, NJ 1985, 355. Zie ook recentelijk Rechtbank Rotterdam 16 mei 2012, LJN: BW 6221.

## Besluit Openbaar

*“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>5</sup>

18. De verplichting om maatregelen te nemen ter voorkoming van de verboden gedraging kan op meerdere natuurlijke personen tegelijkertijd rusten.<sup>6</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>7</sup>
19. 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>8</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>9</sup>

5/9

## 6 Beoordeling

20. ACM wijst erop dat zij in haar besluit met kenmerk ACM/DJZ/2015/203320, heeft vastgesteld dat Kühne artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VwEU heeft overtreden. Met betrekking tot het feitelijk leidinggeven door de heer [A] oordeelt ACM als volgt.
21. Gedurende de periode van de overtreding was de heer [A] bestuurder van Kühne. Bovendien was hij de direct leidinggevende van de heer [B] die eindverantwoordelijke was voor de verkoop van natuurazijn van Kühne. In deze hoedanigheid had de heer [A] bij uitstek de hiërarchische en feitelijke positie en de daarbij horende bevoegdheid om gedragingen die leidden tot de overtreding door Kühne te voorkomen, dan wel vervolgens na aanvang van de overtreding deze te beëindigen of ongedaan te maken. Dit heeft de heer [A] echter nagelaten.

<sup>5</sup> Hoge Raad 16 december 1986, NJ 1987, 321 (*Slavenburg II*), r.o. 5.1.1.

<sup>6</sup> Hoge Raad 16 juni 1981, NJ 1981, 586 (*Papa Blanca*), r.o. 8.

<sup>7</sup> Hoge Raad 21 januari 1992, NJ 1992, 414 (*Roda JC*), r.o. 5.1; Hof Den Haag, 27 november 2007, LJN BB8756.

<sup>8</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>9</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. Daarnaast heeft ACM op basis van de erkende feiten vastgesteld dat de heer [A] wetenschap had van de afspraken die de overtreding van Burg met Kühne vormden en tevens direct betrokken was bij de verboden gedragingen.
23. ACM stelt derhalve tevens vast dat de heer [A] de gedragingen van Kühne bewust heeft aanvaard.
24. 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 Awb.  
Dit betekent dat een eventueel door ACM aan de heer [A] op te leggen bestuurlijke sanctie wegens de overtreding van Kühne alleen betrekking kan hebben op de periode van 1 oktober 2007 tot en met juli 2012, hoewel de overtreding van Kühne eerder aanving, namelijk op 18 oktober 2001.

### *Conclusie*

25. Naar het oordeel van ACM staat op basis van het voorgaande vast dat de heer [A] wetenschap had van de verboden gedragingen van Kühne en zelf bevoegd en daarmee gehouden was om een eind te maken aan die gedragingen. Vaststaat dat de heer [A] de gedragingen van Kühne die in strijd zijn met de Mededingingswet niet heeft voorkomen, beëindigd of doen eindigen.
26. Gelet op voorgaande stelt ACM vast dat de heer [A] in de periode van 1 oktober 2007 tot aan het einde van de overtreding van Kühne, 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 Kühne.
27. In het licht van het voorgaande is de heer [A] overtreder in de zin van artikel 5:1 Awb. ACM stelt vast dat de heer [A] ook dienovereenkomstig heeft erkend.

## 7 Sanctie

### *Bevoegdheid ACM*

28. 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

## Besluit Openbaar

gehouden, is aan ACM overgelaten, waarbij zij rekening dient te houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

### *Juridisch kader*

29. Het rapport met betrekking tot de overtreding is opgemaakt op 31 januari 2014. Om deze reden zijn de Boetebeleidsregels 2013<sup>10</sup> op de onderhavige zaak van toepassing.
30. 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.
31. 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 van zowel de rechtspersoon als de feitelijk leidinggever en de inkomens- en vermogenspositie van die feitelijk leidinggever.
32. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding neemt ACM niet alleen de ernst van de overtreding van de onderneming in aanmerking maar ook de mate van betrokkenheid en de functie (verantwoordelijkheid) van de feitelijk leidinggever.
33. 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
34. Met inachtneming van de ernst van de overtreding en in aanmerking nemende het inkomen en vermogen van de heer [A], stelt ACM in dit specifieke geval de boetegrondslag en de basisboete vast op EUR 150.000. ACM betreft hierbij de volgende omstandigheden.

---

<sup>10</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

6/8

35. ACM neemt in aanmerking dat de overtreding van onderneming Kühne 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 offereën 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).
36. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding door de heer [A] heeft ACM tevens in aanmerking genomen dat heer [A] bestuurder was binnen Kühne en direct leidinggevende van de heer [B] die eindverantwoordelijke was voor de verkoop van natuurazijn van Kühne. In die hoedanigheid had de heer [A] bij uitstek de hiërarchische en feitelijke positie en de daarbij horende bevoegdheid om gedragingen die leidden tot de overtreding door Kühne te voorkomen dan wel deze ongedaan te maken.
- Vereenvoudigde Afdoening
37. ACM ziet voorts aanleiding om een boetevermindering toe te kennen vanwege de medewerking die de heer [A] heeft verleend 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. Mede gelet op artikel 1.3 van de Boetebeleidsregels 2013 resulteert het voorgaande in een boetebedrag van EUR 135.000.
- Clementie
38. De heer [A] heeft tevens vrijwillig informatie verstrekt aan ACM en heeft daarvoor een clementietoezegging ontvangen van het Clementiebureau in de clementiecategorie A<sup>11</sup>. ACM kent met inachtneming van die toezegging een vermindering van de boete, zoals tot dusver berekend, van 100% toe.

---

<sup>11</sup> 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**

**8 Besluit**

De Autoriteit Consument en Markt:

legt aan de heer [A], geboren op [VERTROUWELIJK] te [VERTROUWELIJK] (D), een boete op van EUR 0.

Den Haag, 25 juni 2015

De Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

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

6/6

**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.*