

**Besluit
Openbaar**

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/203323_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	4
6	Beoordeling	5
7	Sanctie	7
8	Besluit	9

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: 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.¹ 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 [C].
3. Het onderhavige besluit betreft de heer [C].
4. De heer [C] heeft met betrekking tot het hiervoor beschreven kartel op 23 november 2012 een clementieverzoek ingediend bij het Clementiebureau van ACM². ACM heeft voor de heer [C] een voorwaardelijke clementietoezegging vastgesteld in de clementie categorie A.³
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.

2/10

¹ Kenmerk ACM/DM/2014/200039.

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.

³ Dossierstuknummer 166: Clementietoezegging [C] d.d. 9 januari 2014.

2 Procedure

6. Het rapport is op 31 januari 2014 overgedragen aan de Directie Juridische Zaken van ACM. De heer [C] heeft inzage gekregen in de bij het rapport behorende onderliggende stukken.
7. In juni 2014 is de heer [C] met ACM in gesprek getreden 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 [C] heeft vervolgens een verzoek ingediend tot vereenvoudigde afdoening van het rapport van 31 januari 2014.

3 Erkenning

9. De heer [C] heeft een schriftelijke verklaring ingediend met het oog op vereenvoudigde afdoening. Deze 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
 - 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 [C] heeft de verklaring ingediend onder voorbehoud dat de uiteindelijke boete die door ACM opgelegd wordt niet hoger is dan in de verklaring vermeld.

Besluit
Openbaar

4 Feiten en omstandigheden

11. De heer [C] is op [VERTROUWELIJK] in dienst getreden van Kühne. Gedurende de voor ACM relevante periode van 18 oktober 2001 tot en met juli 2012 was de heer [C] [VERTROUWELIJK] bij Kühne waarbij hij verantwoordelijk was voor de verkopen van onder meer natuurazijn aan industriële afnemers in Nederland. Deze functie vervulde hij met een zekere mate van autonomie.
12. De heer [C] was direct betrokken bij de verboden gedragingen waarbij Kühne betrokken was met betrekking tot verkoop van natuurazijn aan industriële afnemers in Nederland.

5 Juridisch kader

13. 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;
(...).
14. 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.
15. 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.
16. 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

Besluit Openbaar

kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen".⁴

17. De verplichting om maatregelen te nemen ter voorkoming van de verboden gedraging kan op meerdere natuurlijke personen tegelijkertijd rusten.⁵ 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.⁶
18. 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.⁷ 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.⁸

6 Beoordeling

19. 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 [C] oordeelt ACM als volgt.
20. Gedurende de periode van overtreding van Kühne was de heer [C] [VERTROUWELIJK] van industriële natuura zijn. ACM heeft op basis van de erkende feiten de directe betrokkenheid van de heer [C] bij de uitvoering van de afspraken tussen Kühne en Burg vastgesteld.
21. Uit de minimumcriteria die in de jurisprudentie worden gehanteerd (zie randnummer 16) volgt dat de heer [C] 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 [C] zelf de contacten onderhield met Burg in het kader van de gemaakte de afspraken en derhalve direct betrokken is geweest bij de verboden gedragingen

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

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

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

⁷ 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.

⁸ Hoge Raad 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314, bevestigd in Hoge Raad 27 april 2007, *NJ* 2007, 544, r.o. 3.3.

Besluit Openbaar

voldoet hij ruimschoots aan dit criterium.

22. Daarnaast vereist de jurisprudentie dat de heer [C] maatregelen ter voorkoming van de gedraging achterwege heeft gelaten, hoewel hij daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden was.
23. De afstemming tussen Kühne en Burg heeft plaatsgevonden terwijl het in de macht van de heer [C] lag om een einde te maken aan deze gedragingen. [C] had immers bij de uitoefening van zijn functie een zekere mate van autonomie ten opzichte van zijn leidinggevende, de heer [B]. De heer [C] heeft instructies ontvangen van de heer [B] met betrekking tot de afstemming, maar hij heeft ook deels gehandeld op eigen initiatief zonder zijn leidinggevende van elk contact te informeren. Vanwege de mate van autonomie waar hij mee handelde, had de heer [C] de mogelijkheid om de verboden gedragingen te beëindigen. Hij heeft dit echter nagelaten.
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 Algemene wet bestuursrecht. Dit betekent dat een eventueel door ACM aan de heer [C] 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 [C] direct betrokken is geweest bij de gedragingen van Kühne die ACM als overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw heeft gekwalificeerd. De heer [C] was voorts zelf bevoegd en daarmee gehouden om een eind te maken aan die gedragingen van Kühne. Vaststaat dat de heer [C] de gedragingen van Kühne die in strijd zijn met de Mededingingswet niet heeft voorkomen, beëindigd of doen eindigen.
26. Gelet op het voorgaande stelt ACM vast dat de heer [C] 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 [C] overtreder in de zin van artikel 5:1 Awb. ACM stelt vast dat de heer [C] ook dienovereenkomstig heeft erkend.

Besluit
Openbaar

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 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 2013⁹ 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 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.
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.

⁹ 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

Toepassing

- Boetgrondslag/basisboete

34. Met inachtneming van de ernst van de overtreding en in aanmerking nemende het inkomen en vermogen van de heer [C], stelt ACM in dit specifieke geval de boetgrondslag en de basisboete vast op EUR 25.000. ACM betreft hierbij de volgende omstandigheden.
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 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).
36. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding door de heer [C] heeft ACM in aanmerking genomen dat, hoewel hij in zijn functie een zekere mate van autonomie had, de heer [B] altijd feitelijk zijn leidinggevende is geweest en daarmee ook eindverantwoordelijke was. Daarnaast weegt ACM mee dat de heer [C] op eigen initiatief de mededingingsbeperkende afspraken die golden ten aanzien van een gezamenlijke afnemer van Burg en Kühne, uitgebreid heeft tot andere gezamenlijke afnemers.

- Vereenvoudigde Afdoening

37. ACM ziet voorts aanleiding om een boetevermindering toe te kennen vanwege de medewerking die de heer [C] 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 22.500.

- Clementie

38. De heer [C] heeft tevens vrijwillig informatie verstrekt aan ACM en heeft daarvoor een clementietoezegging ontvangen van het Clementiebureau in de clementie categorie A¹⁰. ACM

¹⁰ 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

kent met inachtneming van die toezegging een vermindering van de boete, zoals tot dusver berekend, van 100% toe.

8 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

legt aan de heer [VERTROUWELIJK], geboren op [VERTROUWELIJK] te [VERTROUWELIJK], 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

9/10

**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.

10/10