

## Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/207541\_OV

Zaaknummer: 15.0710.31

Datum: 22 december 2015

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

## Inhoud

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>5</b>
1.1	Verloop van de procedure	5
1.2	Het rapport	6
1.2.1	Conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden	7
1.2.2	De juridische beoordeling in het rapport	7
1.3	Beoordeling procedurele aspecten	7
1.3.1	Zienswijze H&S: schending rechten van verdediging	7
1.3.2	Reactie ACM	8
1.3.3	Zienswijze H&S: 'fishing expedition'	8
1.3.4	Reactie ACM	9
1.3.5	Conclusie	10
1.4	Betrokken ondernemingen	10
1.4.1	H&S	10
1.4.2	Kloosterboer	11
1.5	Opbouw van het besluit	12
<b>2</b>	<b>Feiten en omstandigheden ten aanzien van de markt</b>	<b>13</b>
2.1	Concurrentiedruk aanbieders	13
2.1.1	Inleiding	13
2.1.2	Aanbodzijde	13
2.1.3	Vraagzijde	16
2.1.4	Zienswijze H&S	17
2.1.5	Reactie ACM	17
2.1.6	Conclusie	17

**Besluit  
Openbaar**

2.2	Geografische reikwijdte .....	18
2.2.1	Productieketen .....	18
2.2.2	Concurrentiedruk aanbieders buiten Nederland .....	19
2.2.3	Zienswijze H&S.....	21
2.2.4	Reactie ACM.....	21
2.2.5	Conclusie .....	21
2.3	Overige kenmerken van de markt .....	22
2.3.1	Marktpositie betrokken ondernemingen en marktpartijen .....	22
2.3.2	Concurrentieproces .....	22
2.3.3	Overstapgedrag .....	24
<b>3</b>	<b>Feiten en omstandigheden .....</b>	<b>25</b>
3.1	Inleiding.....	25
3.2	Totstandkoming Gedragingen .....	26
3.3	Gedragingen .....	30
3.3.1	Afstemming en informatie-uitwisseling .....	30
3.3.2	[Vertrouwelijk] .....	30
3.3.3	[Vertrouwelijk] .....	32
3.3.4	[Vertrouwelijk] .....	33
3.3.5	[Vertrouwelijk] .....	34
3.3.6	[Vertrouwelijk] .....	35
3.3.7	[Vertrouwelijk] .....	36
3.3.8	[Vertrouwelijk] .....	36
3.3.9	Overige uitgewisselde informatie.....	38
3.3.10	Conclusie .....	40
<b>4</b>	<b>Juridische beoordeling .....</b>	<b>41</b>
4.1	Inleiding.....	41
4.2	Artikel 6 Mw .....	41
4.2.1	Onderneming in de zin van de Mededingingswet.....	41
4.3	Overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging .....	42
4.3.1	Juridisch kader.....	42
4.3.2	Toepassing op onderhavige zaak.....	44
4.3.3	Conclusie .....	46
4.3.4	Zienswijze H&S.....	46
4.3.5	Reactie ACM.....	47
4.4	Eén enkele inbreuk .....	48

## Besluit Openbaar

4.4.1	Juridisch kader.....	48
4.4.2	Toepassing op onderhavige zaak.....	50
4.4.3	Conclusie .....	52
4.5	Strekkingbeding .....	52
4.5.1	Juridisch kader.....	52
4.5.2	Toepassing op onderhavige zaak.....	54
4.5.3	Conclusie .....	57
4.5.4	Zienswijze H&S.....	57
4.5.5	Reactie ACM.....	57
4.6	Duur overtreding .....	58
4.6.1	Zienswijze H&S.....	59
4.6.2	Reactie ACM.....	59
4.7	Merkbaarheid .....	59
4.7.1	Conclusie .....	60
4.8	Verjaring.....	60
4.8.1	Zienswijze H&S.....	60
4.8.2	Reactie ACM.....	60
4.9	Artikel 101 VWEU .....	61
4.9.1	Juridisch kader.....	61
4.9.2	Toepassing op onderhavige zaak.....	63
4.10	Artikel 6, derde lid, Mw .....	64
<b>5</b>	<b>Overtreders .....</b>	<b>64</b>
5.1	Juridisch kader.....	64
5.2	Toepassing op onderhavige zaak.....	67
<b>6</b>	<b>Sanctie.....</b>	<b>68</b>
6.1	Juridisch kader.....	68
6.2	Boetegrondslag.....	68
6.2.1	Zienswijze H&S.....	69
6.2.2	Reactie ACM.....	69
6.3	De ernst van de overtreding .....	71
6.3.1	Zienswijze H&S.....	72
6.3.2	Reactie ACM.....	73
6.3.3	Conclusie .....	73
6.4	Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden .....	74
6.5	Wettelijk maximum.....	75

**Besluit**  
**Openbaar**

6.6 Vaststelling van de hoogte van de boete..... 76  
6.7 Conclusie ..... 76  
**Besluit..... 77**

## Besluit Openbaar

### 1 Inleiding

#### 1.1 Verloop van de procedure

1. Op 18 januari 2012 heeft ACM naar aanleiding van informatie die op 26 mei 2011 door een informant aan ACM is verstrekt, bedrijfsbezoeken afgelegd. Deze bedrijfsbezoeken vonden plaats in het kader van het vermoeden van het overtreden van de mededingingsregels door ondernemingen die actief waren op [vertrouwelijk]. De bedrijfsbezoeken zijn afgelegd bij de ondernemingen Kloosterboer Vlissingen VOF, Kloosbeheer B.V. en Partner Logistics Europe B.V. (hierna: PLE).<sup>1</sup>
2. Tijdens de bedrijfsbezoeken op 18 januari 2012 zijn zowel op de locatie van Kloosterboer Vlissingen VOF, Kloosbeheer B.V. als van PLE analoge documenten aangetroffen die aanleiding vormden om het onderzoek ook te richten op een andere mogelijk betrokken onderneming, Hebo Beheer B.V./H&S Holding B.V. Dit onderzoek bracht documenten aan het licht die zagen op een potentieel mededingingsbeperkende samenwerking tussen de ondernemingen H&S, Kloosterboer en PLE in een andere sector, namelijk de opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten.<sup>2</sup>
3. ACM heeft vervolgens door middel van een bedrijfsbezoekopdracht haar onderzoek uitgebreid naar een vermoedelijke overtreding van de mededingingsregels die zien op activiteiten op het gebied van vruchtensappen en concentraten.<sup>3</sup> Onderhavig besluit ziet op een overtreding van de Mededingingswet door ondernemingen die actief zijn op het gebied van vruchtensappen en -concentraten en betreft de deelname daaraan van de onderneming H&S.
4. In dat kader zijn vervolgens op 30 oktober 2012 bedrijfsbezoeken afgelegd bij Partner Logistics en Ice Storage Holding B.V.<sup>4</sup> en bij H&S Coldstores B.V.<sup>5</sup> en H&S Coldstores Holding B.V.<sup>6</sup>
5. ACM heeft voldaan aan haar verplichtingen op grond van artikel 11, derde en vierde lid, van

<sup>1</sup> Dossierstuk 1 (document 7601/3).

<sup>2</sup> Document 7601/674 (VvA - toelichting start onderzoek) voor een beschrijving van de informatie op grond waarvan onderzoek is ingesteld naar de vermoedelijke overtreding in onderhavige zaak.

<sup>3</sup> Dossierstuk 6 (document 7601/66).

<sup>4</sup> Dossierstuk 12 (document 7601/65). Op 30 oktober 2012 is een bedrijfsbezoek afgelegd bij PLE te Bergen op Zoom. Na de afwikkeling van het faillissement van PLE is het bedrijfs onderdeel te Bergen op Zoom overgegaan op Ice Cold Storage Holding B.V. (dossierstuk 4, documentnummer 7601/37).

<sup>5</sup> Dossierstuk 8 (document 7601/46).

<sup>6</sup> Dossierstuk 7 (document 7601/45).

## Besluit Openbaar

Verordening 1/2003.<sup>7</sup> Conform artikel 11, derde lid, van Verordening 1/2003 heeft ACM de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten van andere lidstaten op de hoogte gesteld van de eerste formele onderzoeksmaatregel. Conform artikel 11, vierde lid, van Verordening 1/2003 heeft ACM de Europese Commissie in kennis gesteld van het voornemen het onderhavige rapport op te stellen en is de Europese Commissie voorzien van de voor deze in kennisstelling benodigde informatie.

6. Het onderzoek heeft geresulteerd in een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw, opgemaakt op 27 augustus 2013 (hierna: 'het rapport'). Het rapport is op 27 augustus 2013 verzonden naar de ondernemingen H&S en Kloosterboer<sup>8</sup> en voor behandeling overgedragen aan de Directie Juridische Zaken van ACM.
7. In de periode na toezending van het rapport heeft ACM, op verzoek van partijen, gesprekken gevoerd met, afzonderlijk, Kloosterboer en H&S om te bezien of de zaak vereenvoudigd kon worden afgedaan. Nadat is vastgesteld dat de onderneming H&S de feiten die aan het rapport ten grondslag lagen betwistte, is de reguliere sanctieprocedure voortgezet. De onderneming Kloosterboer heeft in gesprekken met ACM verklaringen afgelegd die ertoe hebben geleid dat de procedure naar aanleiding van het rapport tegen de onderneming Kloosterboer vereenvoudigd kan worden afgedaan.
8. ACM heeft op 14 juli 2015 H&S de mogelijkheid geboden om schriftelijk of mondeling haar zienswijze omtrent het rapport naar voren te brengen. Op 8 september 2015 heeft H&S een schriftelijke zienswijze ingediend.<sup>9</sup> H&S heeft op 28 september 2015 ten kantore van ACM haar zienswijze mondeling toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat aan de betrokken onderneming is toegezonden.<sup>10</sup>
9. Dit besluit richt zich tot de onderneming H&S. Ten aanzien van de onderneming Kloosterboer neemt ACM een afzonderlijk besluit.

### 1.2 Het rapport

10. Hierna wordt kort samengevat welke conclusies het rapport bevat ten aanzien van de feiten en omstandigheden en de juridische beoordeling.

<sup>7</sup> Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Publicatieblad van de EU, 4 januari 2003, nr. L1/1.

<sup>8</sup> Zie paragraaf 1.4 voor een overzicht van de rechtspersonen die deel uitmaken van deze ondernemingen.

<sup>9</sup> Document 2015306745.

<sup>10</sup> Document 2015206235.

## **Besluit Openbaar**

### **1.2.1 Conclusies in het rapport ten aanzien van de feiten en omstandigheden**

11. In het rapport wordt ten aanzien van de feiten en omstandigheden geconcludeerd dat de ondernemingen Kloosterboer en H&S betrokken waren bij een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging ten aanzien van hun activiteiten op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten, die ertoe strekte de mededinging te beperken dan wel te vervalsen door bij aanvragen van klanten tarieven af te stemmen en door concurrentiegevoelige informatie uit te wisselen.

### **1.2.2 De juridische beoordeling in het rapport**

12. In het rapport wordt ten aanzien van de juridische kwalificatie van de feiten geconcludeerd dat de ondernemingen H&S en Kloosterboer in de periode van in ieder geval juli 2006 tot ten minste september 2011 hebben deelgenomen aan een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging met als doel om bij aanvragen van klanten de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en daardoor hogere prijzen te kunnen bedingen. De gedragingen strekten er volgens het rapport toe de mededinging te verhinderen, beperken of vervalsen.
13. In het rapport wordt de betrokkenheid van de ondernemingen H&S en Kloosterboer vastgesteld voor de periode van in ieder geval 31 juli 2006 tot ten minste september 2011. De vermoedelijke overtreding wordt in het rapport toegerekend aan de rechtspersonen genoemd in randnummers 27 tot en met 34 van het onderhavige besluit.
14. Voorts wordt in het rapport geconcludeerd dat sprake is van een merkbaar (potentieel) effect op de handelsstromen tussen lidstaten van de Europese Unie. Het rapport concludeert dat een redelijk vermoeden bestaat van een inbreuk op artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU.

## **1.3 Beoordeling procedurele aspecten**

### **1.3.1 Zienswijze H&S: schending rechten van verdediging**

15. H&S is van mening dat ACM de rechten van verdediging heeft geschonden, omdat zij in het rapport bepaalde relevante contactmomenten tussen betrokken ondernemingen in het kader van de gedragingen slechts heeft opgenomen in een tabel. H&S meent dat het door ACM

7/77

## Besluit Openbaar

verstrekke overzicht van de dossierstukken die ten grondslag liggen aan de in het rapport in de tabel opgenomen contactmomenten duidt op een gebrekkige en onzorgvuldige totstandkoming van het rapport. Hierdoor zou volgens H&S het rapport onvoldoende gemotiveerd zijn. H&S vindt dan ook dat het rapport niet kan dienen als grondslag voor een eventuele boete aan H&S.

### 1.3.2 Reactie ACM

16. In het rapport is in een tabel een overzicht opgenomen van de belangrijkste waargenomen contactmomenten tussen de ondernemingen H&S en Kloosterboer in het kader van de gedragingen. In de tabel is per klant aangegeven welk soort gedraging het betrof, bijvoorbeeld tariefafstemming of uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie, in welke periode de gedraging zich afspeelde, welke personen van betrokken ondernemingen betrokken waren, op welke manier het contact plaatsvond en (indien van toepassing) waar het contact plaatsvond. In de randnummers daarna licht ACM de gedragingen nader toe. Deze toelichting in het rapport is inclusief de beschrijving van de feiten en omstandigheden ten aanzien van vier concrete klanten.
17. H&S kan op basis van de tabel de verschillende dossierstukken per klantcontact in het dossier achterhalen. ACM heeft daarenboven op 29 april 2014 een overzicht verstrekt aan H&S met verwijzingen naar de dossierstukken die de gedragingen in het rapport onderbouwen. Dit gaf H&S ruim voldoende de tijd om de stukken te bestuderen voor de hoorzitting die op 28 september 2015 plaatsvond en heeft zij ook voldoende tijd gehad om te reageren op de overtreding die in het rapport aan H&S wordt verweten.
18. Uit het rapport blijkt duidelijk het overtreden voorschrift en de omschrijving van de overtreding. Uit de omschrijving van de overtreding in het rapport kan H&S voldoende opmaken welke feiten en omstandigheden ten grondslag zijn gelegd aan de overtreding neergelegd in het rapport.

### 1.3.3 Zienswijze H&S: 'fishing expedition'

19. H&S verwijt ACM daarnaast dat zij bij het digitale onderzoek dat is verricht naar aanleiding van de bedrijfsbezoeken bij Kloosterboer en PLE documenten heeft aangetroffen die buiten de reikwijdte van dat onderzoek vielen. Volgens H&S betrof het onderzoek in dit digitaal materiaal een zogenaamde (verboden) 'fishing expedition'. H&S is van mening dat alle documenten en verklaringen die zijn verkregen door ACM in het onderzoek naar de



## Besluit Openbaar

overtreding van de onderneming H&S onrechtmatig zijn verkregen en niet kunnen dienen als bewijs voor de inbreuk.

### 1.3.4 Reactie ACM

20. ACM bestrijdt dat er sprake is geweest van een 'fishing expedition'. Zoals ACM hierna zal toelichten zijn de documenten die aanleiding zijn geweest voor de start van het onderzoek in onderhavige zaak verkregen binnen de reikwijdte van het onderzoeksdoel. Het onderzoeksdoel zag op een mogelijke overtreding van de mededingingsregels door ondernemingen die actief waren op [vertrouwelijk].<sup>11</sup>
21. Aanvankelijk richtte dit onderzoek zich op de ondernemingen PLE en Kloosterboer. Gedurende de bedrijfsbezoeken op 18 januari 2012 zijn twee analoge documenten aangetroffen die zagen op de samenwerking tussen PLE en Kloosterboer [vertrouwelijk]. Deze documenten mocht ACM op grond van haar bevoegdheid en op basis van het onderzoeksdoel, zoals overhandigd tijdens de bedrijfsbezoeken, vorderen.
22. Deze twee analoge documenten waren aanleiding om het digitale onderzoek ook te richten op H&S. Op basis van deze documenten heeft ACM de zoektermenlijst uitgebreid. Tijdens het digitale onderzoek in de onderzoeksdataset zijn door ACM verschillende documenten aangetroffen die zagen op potentieel mededingingsbeperkende gedragingen tussen de ondernemingen H&S en Kloosterboer in een andere sector, te weten de opslag en verwerking van de vruchtensappen en -concentraten.<sup>12</sup>
23. Dat ACM tijdens onderzoek op informatie over een mogelijke overtreding van de ondernemingen Kloosterboer en H&S stuitte op het gebied van opslag een verwerking van vruchtensappen en -concentraten had niets van doen met een 'fishing expedition', zoals H&S betoogt. Het viel geheel binnen het onderzoeksdoel dat is overhandigd op 30 oktober 2012 tijdens de bedrijfsbezoeken. De uitbreiding van de dataset door toevoeging van de aanvullende zoektermen was tevens geoorloofd binnen het onderzoeksdoel. ACM is daarmee niet buiten haar bevoegdheden getreden.
24. ACM heeft voordat zij haar onderzoek naar de overtreding in onderhavige zaak heeft voortgezet voor de aanvullende bedrijfsbezoeken haar bedrijfsbezoekopdracht uitgebreid naar

---

<sup>11</sup> Document 7601/674.

<sup>12</sup> Document 7601/674.

## Besluit Openbaar

activiteiten op het gebied van vruchtensappen en -concentraten.<sup>13</sup> Ook om die reden is geen sprake van een 'fishing expedition'.

### 1.3.5 Conclusie

25. Gelet op het voorgaande volgt ACM H&S niet in haar zienswijze ten aanzien van de procedurele aspecten.

## 1.4 Betrokken ondernemingen

26. Het onderhavige besluit is gericht aan H&S en ziet op de gedragingen tussen de ondernemingen H&S en Kloosterboer. De ondernemingen H&S en Kloosterboer worden in dit besluit gezamenlijk ook wel aangeduid als betrokken ondernemingen. De betrokken ondernemingen worden hierna nader geduid.

### 1.4.1 H&S

27. H&S Coldstores B.V. (hierna: H&S Coldstores) is een op 10 oktober 2000 opgerichte besloten vennootschap naar Nederlands recht en is statutair gevestigd in Beneden-Leeuwen. Tot 20 oktober 2011 handelde H&S Coldstores onder de naam 'Van Bon Coldstores Beneden Leeuwen B.V.'<sup>14</sup> Omstreeks juli 2005 hebben Hebo Beheer en PLE het failliete Van Bon Coldstores Beneden Leeuwen B.V. overgenomen.<sup>15</sup>
28. In de periode van juli 2005 en vóór december 2008 waren Hebo Beheer B.V. en Partner Logistics Europe B.V. ieder 50% aandeelhouder van H&S Coldstores. Vanaf 1 december 2008 is H&S Coldstores Holding B.V. 100% aandeelhouder van H&S Coldstores B.V.
29. Hebo Beheer B.V. (hierna: 'Hebo') is een besloten vennootschap opgericht naar Nederlands recht. Hebo is op 27 mei 2002 opgericht en heeft haar statutaire zetel in Barneveld. Stichting Administratiekantoor Hebo Beheer is 100% aandeelhouder van Hebo.
30. Partner Logistics Europe B.V. (hierna: 'PLE') is een besloten vennootschap opgericht naar Nederlands recht. PLE is opgericht op 17 juli 2000 en in staat van faillissement verklaard op

<sup>13</sup> Dossierstuk 6 (document 7601/66).

<sup>14</sup> Dossierstuk 73 (KvK gegevens H&S, document 7601/384) en dossierstuk 62 (document 7601/325).

<sup>15</sup> Zie hiervoor ook randnummers 89 en verder.

## Besluit Openbaar

21 juni 2012. Zij had haar statutaire zetel in Bergen op Zoom. PLE was actief op het gebied van opslag en het logistieke proces ten behoeve van ondernemingen.

31. Sinds de oprichting van H&S Coldstores Holding B.V. in 2005 waren Hebo Beheer B.V. en PLE 50% aandeelhouder van deze holding. Op 31 mei 2007 zijn de aandelen in H&S Coldstores Holding B.V. die werden gehouden door Hebo Beheer B.V. overgedragen aan H&S Group B.V. Vanaf 6 juli 2010 worden alle aandelen in H&S Coldstores Holding B.V. gehouden door H&S Group B.V.
32. Vanaf de oprichting van H&S Group B.V. op 31 mei 2007 zijn alle aandelen in het bezit van Hebo Beheer B.V. Vanaf 6 juli 2010 heeft Hebo Beheer B.V. derhalve, middels dochterondernemingen H&S Group B.V. en Coldstores Holding B.V. alle aandelen in H&S Coldstores.
33. H&S Coldstores B.V. en - vanaf 1 december 2008 - H&S Coldstores Holding B.V. zullen in het hiernavolgende worden aangeduid als 'H&S'.

### 1.4.2 Kloosterboer

34. Kloosterboer Elst B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlandse recht, gevestigd te Elst, Nederland en houdt zich onder meer bezig met de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten. Kloosterboer Elst B.V. is de direct bij de gedragingen betrokken rechtspersoon. In het rapport is de overtreding mede toegerekend aan Kloosterboer Rotterdam B.V., Kloosterboer Vlissingen V.O.F., Kloosbeheer B.V., Stichting Administratiekantoor Alpomilog en Vriesveem Vlissingen B.V. In dit besluit worden voornoemde rechtspersonen tezamen aangeduid als 'de onderneming Kloosterboer'.

#### *Natuurlijke personen*

35. Bij de gedragingen waar dit besluit op ziet was een aantal natuurlijk personen betrokken. Voor zover relevant voor dit besluit was dat aan de zijde van de onderneming Kloosterboer de heer [vertrouwelijk] (hierna: Directeur KB). Aan de zijde van de onderneming H&S waren dat de heer [vertrouwelijk] (hierna: Operationeel verantwoordelijke H&S),<sup>16</sup> de heer [vertrouwelijk] (hierna: Directeur H&S) en de heer [vertrouwelijk] (hierna: Vestigingsmanager H&S).

---

<sup>16</sup> De heer [vertrouwelijk] was feitelijk in dienst van PLE, maar was in de periode tot en met 2009 (ook) aangesteld als operationeel verantwoordelijke bij H&S.

**Besluit**  
**Openbaar**

**1.5 Opbouw van het besluit**

36. Hierna wordt in hoofdstuk 2 een beschrijving van de markt gegeven. Hoofdstuk 3 stelt de feiten en omstandigheden met betrekking tot de specifieke gedragingen in deze zaak vast. Hoofdstuk 4 behandelt de juridische beoordeling. In hoofdstuk 5 wordt de toerekening behandeld. Vervolgens geeft ACM in hoofdstuk 6 haar overwegingen omtrent het opleggen van een boete. De zienswijze van H&S beoordeelt ACM in de hoofdstukken van het besluit waarvoor ze relevant zijn.

## Besluit Openbaar

## 2 Feiten en omstandigheden ten aanzien van de markt

### 2.1 Concurrentiedruk aanbieders

#### 2.1.1 Inleiding

37. De gedragingen van partijen zien op hun activiteiten op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten.<sup>17</sup>
38. De opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten vindt plaats in koel- en/of vrieshuizen.<sup>18</sup> Deze producten worden aangeleverd bij een vrieshuis, waarna ze op een temperatuur van circa -20 graden Celsius worden ingevroren.<sup>19</sup> Hierna worden ze opgeslagen in verpakkingen, zoals metalen vaten en bins. De opslag en verwerking zijn samenhangende activiteiten die door één en hetzelfde vrieshuis worden uitgevoerd. De opslag omvat tevens de in- en uitslag van producten (het in- en uitladen) door het vrieshuis.
39. Op basis van het navolgende stelt ACM vast dat de concurrentiedruk op de betrokken ondernemingen voornamelijk uitgaat van ondernemingen die gespecialiseerd zijn in de opslag en verwerking van deze producten.

#### 2.1.2 Aanbodzijde

##### *Specialisatie*

40. Opslag van verschillende vriesproducten is in principe mogelijk in alle vrieshuizen. Bij vruchtensappen en -concentraten verricht een vrieshuis echter nog een aanvullende dienst die waarde toevoegt aan het product. Dit is de verwerking van de producten door middel van *blenden*. Blenden is het mengen van verschillende vruchtensappen of -concentraten in een zogenaamd 'blendstation'.<sup>20</sup> Omdat vruchtensap een natuurlijk product is kan de kwaliteit per geproduceerde hoeveelheid van het product verschillen. Het blenden zorgt voor een continue kwaliteit van de sappen.

<sup>17</sup> Het concentreren van vruchtensappen is een proces waarbij het vocht uit de producten wordt gekookt. Vruchtenconcentraat heeft een veel kleiner volume en gewicht dan vruchtensap, waardoor transport- en opslagkosten veel lager zijn voor concentraat dan voor niet-geconcentreerd vruchtensap. Op een later moment wordt er weer water bij het concentraat gemengd om het sap geschikt te maken voor consumptie.

<sup>18</sup> De ondernemingen die in onderhavig besluit als 'vrieshuis' worden aangeduid, beschikken overigens ook over de mogelijkheden voor opslag van gekoelde producten, oftewel opslag van producten bij een temperatuur tussen 0 en 5 graden Celsius. De verwerking van de vruchtensappen en -concentraten vindt namelijk niet plaats wanneer de producten diepgevroren zijn, maar bij een hogere temperatuur.

<sup>19</sup> Bijlage van dossierstuk 48 (document 7601/277).

<sup>20</sup> Bijlage van dossierstuk 42 (document 7601/264, de bijlage heeft kenmerk 7601/295).

## Besluit Openbaar

41. Naast blending worden andere verwerkingsprocessen toegepast op de vruchtensappen en -concentraten, zoals het verpakken<sup>21</sup> en het toepassen van bepaalde kwaliteitscontroles. Hiervoor zijn specifieke installaties en knowhow nodig.

42. Volgens de brancheorganisatie Nekovri<sup>22</sup> vormen vruchtensappen en -concentraten een apart segment binnen de exploitatie van koel- en vrieshuizen.<sup>23</sup>

### *Toetreding*

43. Enkele aanbieders van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten geven aan dat er belemmeringen zijn om op korte termijn over te stappen vanuit een koel- en vrieshuis dat andere productgroepen opslaat, naar een koel- en vrieshuis dat vruchtensappen en -concentraten opslaat en verwerkt.

44. Zoals hiervoor aangegeven moet een gespecialiseerd koel- en vrieshuis dus beschikken over een blendstation. Volgens een aanbieder is daar minimaal een investering van één miljoen euro mee gemoeid.<sup>24</sup>

45. Uit marktonderzoek in onderhavige zaak is verder naar voren gekomen dat voor het opslaan en verwerken van vruchtensappen en -concentraten specialistische kennis en knowhow is vereist. Het duurt een aantal jaar om specifieke knowhow te verkrijgen en deze kennis bij het personeel en binnen de organisatie op te bouwen. Daar zijn ook kosten aan verbonden.<sup>25</sup> Tevens moet in de markt bekend worden dat de nieuwe aanbieder over de kennis en ervaring beschikt om deze specialistische dienst aan te bieden.<sup>26</sup>

46. Nekovri geeft aan dat bij toetreding van een nieuwe aanbieder tot de activiteiten op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten uitgegaan moet worden van een investering van minimaal 15 miljoen. Bovendien moet deze nieuwe aanbieder enige zekerheid hebben dat het koel- en vrieshuis voldoende gevuld gaat worden.<sup>27</sup>

47. Uit het voorgaande blijkt dat het niet eenvoudig is om op korte termijn toe te treden vanuit

<sup>21</sup> Onder andere bijlage van dossierstuk 38 (document 7601/258, de bijlage heeft kenmerk 7601/283) en bijlage van dossierstuk 39 (document 7601/260, de bijlage heeft kenmerk 7601/297).

<sup>22</sup> Brancheorganisatie voor ondernemingen die actief zijn op het gebied van de exploitatie van koel- en vrieshuizen.

<sup>23</sup> Dossierstuk 16 (document 7601/99).

<sup>24</sup> Bijlage van dossierstuk 39 (document 7601/260, de bijlage heeft kenmerk 7601/297).

<sup>25</sup> Bijlage p.6 van dossierstuk 38 (document 7601/258, de bijlage heeft kenmerk 7601/283).

<sup>26</sup> Bijlage van dossierstuk 39 (document 7601/260, de bijlage heeft kenmerk 7601/297).

<sup>27</sup> Dossierstuk 16 (document 7601/99).

## Besluit Openbaar

koel- en vrieshuisactiviteiten voor andere producten naar opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten. Ook voor toetreding door een nieuwe aanbieder tot deze laatste activiteiten zijn aanzienlijke investeringen nodig.

### *Alternatieven*

48. Dat in vruchtensappen en concentraten gespecialiseerde koel- en vrieshuizen voornamelijk onderling concurrentiedruk van elkaar ervaren blijkt ook uit verder onderzoek. De bevroegde vrieshuizen, Juice House en KVR, noemen Kloosterboer, H&S (Van Bon) en Hiwa als concurrent. Ook Directeur H&S geeft desgevraagd aan dat hij de ondernemingen Kloosterboer, Hiwa en Juice House als zijn concurrenten beschouwt op dit gebied.<sup>28</sup> Dit zijn vrieshuizen gespecialiseerd in de opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten en bovendien ook de belangrijkste vrieshuizen actief in dit segment.

15/77

---

<sup>28</sup> Bijlage van dossierstuk 9 (document 7601/48).

## Besluit Openbaar

### 2.1.3 Vraagzijde

49. Afnemers<sup>29</sup> geven doorgaans desgevraagd aan vrijwel geen gebruik te maken van vrieshuizen die niet gespecialiseerd zijn in vruchtensappen en concentraten. Zo noemen zij naast het vereiste van een blendinstallatie, de benodigde veiligheids- en kwaliteitseisen, voorkomen van productvervuiling en het feit dat klanten soms hun producten niet samen met andere producten willen opslaan als reden voor hun keuze voor een gespecialiseerd koel en/of vrieshuis.<sup>30</sup>
50. Een ander voordeel van een gespecialiseerd vrieshuis is de mogelijkheid om de gemengde sappen en concentraten in bulk uit te leveren.<sup>31</sup> Een gespecialiseerd vrieshuis kan namelijk, zoals gezegd, het verwerkingsproces verzorgen. Indien de sappen en concentraten aangeleverd worden aan een niet-gespecialiseerd vrieshuis, moeten de producten na opslag alsnog overgebracht worden naar een vrieshuis met blendinstallatie.
51. Ten slotte noemt vrijwel geen enkele van de bevraagde afnemers<sup>32</sup> vrieshuizen die niet gespecialiseerd zijn in vruchtensappen en -concentraten als alternatief voor vrieshuizen die wel gespecialiseerd zijn in vruchtensappen en concentraten. Uit onder andere de volgende verklaringen van afnemers volgt bovendien dat er maar weinig alternatieven zijn binnen het aanbod van gespecialiseerde koel en/of vrieshuizen:
- CPB: *“Only HIWA. Other possibilities are unknown”*<sup>33</sup>
  - FrieslandCampina: *“Uiteindelijk hebben we het contract verlengd voor een jaar, mede vanwege de beperkte alternatieve mogelijkheden. Binnen Nederland zijn die mogelijkheden er wel, Kloosterboer bijvoorbeeld.”*<sup>34</sup>
  - Grupo Altex: *“we only consider these cold storage warehouses in the Netherlands [Kloosterboer, HIWA, H&S] as alternatives.”*<sup>35</sup>
52. De vrieshuizen/ondernemingen die hierboven genoemd worden als alternatieven van elkaar

<sup>29</sup> Zie onder meer dossierstuk 21 (document 7601/101), bijlage van dossierstuk 40 (document 7601/261), bijlage van dossierstuk 41 (7601/262), bijlage van dossierstuk 43 (document 7601/265) en bijlage van dossierstuk 48 (document 7601/277).

<sup>30</sup> Dossierstuk 21 (document 7601/101).

<sup>31</sup> Bijlage van dossierstuk 48 (document 7601/277).

<sup>32</sup> Bijlage van dossierstuk 58 (document 7601/320), bijlage van dossierstuk 43 (document 7601/265), bijlage van dossierstuk 42 (document 7601/264, de bijlage heeft kenmerk 7601/295), dossierstuk 60 (document 7601/375), bijlage van dossierstuk 40 (document 7601/261) en dossierstuk 22 (document 7601/103).

<sup>33</sup> Bijlage van dossierstuk 58 (document 7601/320).

<sup>34</sup> Bijlage van dossierstuk 42 (document 7601/264, de bijlage heeft kenmerk 7601/295).

<sup>35</sup> Dossierstuk 60 (document 7601/375).



## Besluit Openbaar

zijn: Kloosterboer, Hiwa, H&S. Allen belangrijke gespecialiseerde spelers op het gebied van vruchtensappen en concentraten.

### 2.1.4 Zienswijze H&S

53. H&S stelt in haar zienswijze dat indien ACM uitgaat van een markt voor opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten, zij voor de bepaling van de geografische dimensie en de marktaandelen van de ondernemingen Kloosterboer en H&S de aanbieders die alleen opslaan ten onrechte niet heeft meegenomen.

### 2.1.5 Reactie ACM

54. ACM wijst er allereerst op dat aan een marktafbakening slechts zelfstandige betekenis toekomt indien zonder marktafbakening niet kan worden uitgemaakt of de afstemming ertoe strekt (of tot gevolg heeft) dat de mededinging wordt beperkt.<sup>36</sup> Het is voldoende als de markt is bepaald met een zodanige precisie dat ACM in staat is de potentiële gevolgen voor de mededinging vast te stellen (met andere woorden: kan vaststellen of de afspraak ertoe strekt de mededinging te beperken). Waar het om gaat, is het onderkennen van de concurrentiedwang die de betrokken ondernemingen ondervinden.<sup>37</sup> In paragraaf 4.5 gaat ACM nader in op de onderbouwing van het strekkingsbeding.
55. ACM concludeert voorts dat uit het marktonderzoek voldoende is gebleken dat de concurrentiedruk die betrokken ondernemingen ondervinden voornamelijk afkomstig is van koel en/of vrieshuizen die actief zijn op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten. Van aanbieders die slechts actief zijn op het gebied van opslag gaat aldus in ieder geval sterk verminderde concurrentiedruk uit.

### 2.1.6 Conclusie

56. ACM stelt op grond van voorgaande vast dat betrokken ondernemingen gedurende de periode van overtreding concurrenten van elkaar waren ten aanzien van hun activiteiten op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten. Daarnaast stelt ACM vast dat er geen relevante concurrentiedruk uitgaat van aanbieders van opslag en verwerking van andere productgroepen dan vruchtensappen en concentraten.

<sup>36</sup> Gerecht 6 juli 2000, zaak T-62/98 (*Volkswagen*), r.o. 230-231, en Gerecht 21 februari 1995, zaak T-29/92 (*SPO*), r.o. 74.

<sup>37</sup> CBB 4 oktober 2011, zaken AWB 07/647-650 (*Fietsfabrikanten*), ECLI:NL:CBB:2011:BT6521, r.o. 4.5.3.

## Besluit Openbaar

### 2.2 Geografische reikwijdte

#### 2.2.1 Productieketen

57. Voordat sappen en/of concentraten hun weg vinden naar de koel- en vrieshuizen van betrokken ondernemingen hebben zij meestal al een lange weg afgelegd. Het fruit waarvan de sappen en concentraten gemaakt worden is afkomstig uit heel de wereld, zoals uit Latijns-Amerika, Afrika, Azië en de landen rond de Middellandse Zee. Het fruit wordt na de oogst vaak in het land of continent van herkomst verwerkt tot sap of concentraat, waarna het wordt ingevroren en verpakt in vaten of bins.
58. Vervolgens worden de sappen en concentraten verscheept<sup>38</sup> naar een haven in Europa. Daar worden de producten opgeslagen in een vrieshuis in of buiten de havens. Naast de opslag verwerken verpakken de vrieshuizen de vruchtensappen en concentraten tot een eindproduct.<sup>39</sup> Dit eindproduct verlaat het vrieshuis via retailers en groothandels en vindt zijn weg uiteindelijk naar de consument in (voornamelijk) Europa.
59. Vrieshuizen zijn niet de enige schakels in de hiervoor beschreven productieketen. Zo zijn er handelaren<sup>40</sup> die op kunnen treden als tussenpersoon of als ketenregisseur. Zij kopen de sappen en concentraten in bij producenten en verkopen ze aan de ondernemingen die verantwoordelijk zijn voor de verwerking en/of verpakking. In tegenstelling tot de producenten zijn de verwerkende bedrijven en handelaren veelal gevestigd in Nederland en andere Europese landen zoals Groot-Brittannië, Duitsland, Zwitserland en Spanje. Een andere schakel in de keten zijn ondernemingen als rederijen en wegtransporteurs die verantwoordelijk zijn voor een deel of het geheel van het vervoer.
60. Ondernemingen die opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten aanbieden in hun koel- en/of vrieshuis worden op geen enkel moment in de keten eigenaar van de producten. Zij leveren alleen een dienst.<sup>41</sup> De eigendom van de producten kan vóór, tijdens,

<sup>38</sup>Dit gebeurt of met conventionele reefer-schepen, maar ook steeds vaker met reefercontainers. Dit zijn schepen respectievelijk containers die grote volumes diepgevroren producten of gekoelde producten vervoeren.

<sup>39</sup>De ondernemingen die actief zijn in dit gedeelte van de keten, de zogenaamde 'afvullers' of 'bottelaars' zijn bijvoorbeeld ondernemingen als Innocent, Riedel / FrieslandCampina en Refresco.

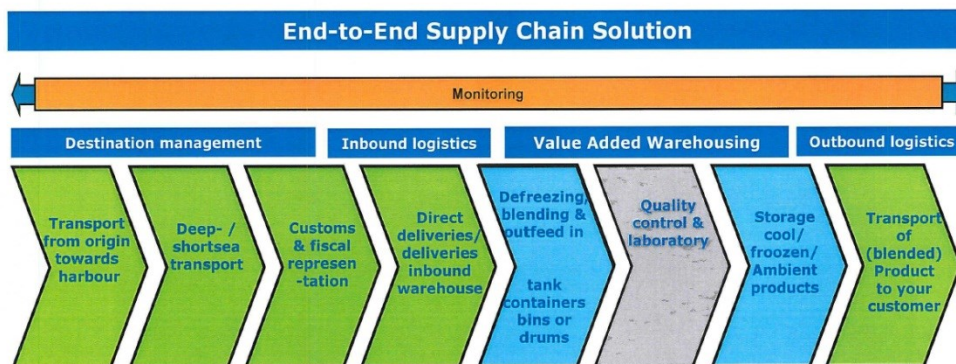
<sup>40</sup>Dit betreft ondernemingen als Extraco, Cargill, Döhler en Wild.

<sup>41</sup>Bijlage p. 6 van dossierstuk 39 (document 7601/260, de bijlage heeft kenmerk 7601/297): "De producten die we opslaan en al dan niet blenden zijn niet ons eigendom. Wij leveren en verkopen nooit zelf producten. Juice House levert dus alleen opslag en aanvullende dienstverlening."

## Besluit Openbaar

of na de opslag en verwerking overgaan van producenten op verwerkende ondernemingen en/of handelaren.

61. Het volgende figuur laat een door H&S vormgegeven schematische weergave<sup>42</sup> van een gedeelte van de productieketen zien. In de praktijk kan het per onderneming verschillen in welke schakels in de keten zij actief zijn en wat hun rol daarbij is.<sup>43</sup> De onderneming H&S is in die productieketen zowel actief met de opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten, als met vervoer. Van links (*upstream*) naar rechts (*downstream*) betreft dit de volgende activiteiten: transport van de oorsprong naar een haven, transport over zee (diepzee of kustvaart), afhandeling van douane- en belastingformaliteiten, transport naar een vrieshuis, verwerking in een vrieshuis, kwaliteitscontrole, opslag in een vrieshuis en transport naar een verdere verwerkingslocatie.



### 2.2.2 Concurrentiedruk aanbieders buiten Nederland

62. De concurrentiedruk die betrokken ondernemingen ervaren is voornamelijk afkomstig van Nederlandse ondernemingen. Een reden daarvoor is dat veel van de producten via de haven van Rotterdam in Europa aan land komen. Dit geldt voor diepgevroren vruchtensappen en concentraten.<sup>44</sup> Rotterdam is een aantrekkelijke haven voor de producenten/handelaren vanwege de goede infrastructuur van de haven voor onder andere containertransport, adequate douanefaciliteiten en goede verbindingen met het achterland (weg, water, spoor).

<sup>42</sup> Het betreft een onderdeel van een presentatie overhandigd door H&S (bijlage van dossierstuk 9, document 7601/48).

<sup>43</sup> Onder andere dossierstuk 15 (document 7601/82).

<sup>44</sup> Onder andere bijlage van dossierstuk 40 (document 7601/261): "Many exporters of juices and concentrates to Europe start in the Netherlands. This has to do with the port of Rotterdam and the good facilities and infrastructure."

## Besluit Openbaar

Schepen doen daarbij al vaak de haven van Rotterdam aan, waardoor schaalvoordelen behaald worden door de bundeling van vrachten en de mogelijkheden voor retourvrachten.<sup>45</sup>

63. Omdat de ligging van de haven waar de producten aan land komen en de volgende bestemming voor de producten van belang zijn voor het bepalen van de keuze voor de locatie van een vrieshuis zijn Nederlandse aanbieders voor opslag en verwerking aantrekkelijk. Zo geeft Barth Fruit aan dat vrieshuizen buiten Nederland geen optie zijn, omdat hun goederen aankomen in Rotterdam.<sup>46</sup> FrieslandCampina, die via dochteronderneming Riedel de verdere verwerking van vruchtensappen en concentraten aanbiedt, zegt hierover: *“Voor fruitconcentraten willen we dicht bij de productielocatie van Riedel in Ede en waar de concentraten Nederland binnenkomen (Rotterdam) zitten.”*<sup>47</sup>
64. Uit marktonderzoek blijkt dat er niet of nauwelijks alternatieve aanbieders zijn voor de opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten buiten Nederland. Marktpartijen geven aan dat vrieshuizen buiten Nederland geen alternatief vormen, voornamelijk omdat zij niet beschikken over blendinstallaties: *“Van oudsher zitten de blendinstallaties ook allemaal in Nederland.”*<sup>48</sup> Volgens één aanbieder zijn er geen aanbieders *“[...] die opslagruimte aanbieden en tevens kunnen blenden en kiepen in Frankrijk, Duitsland of Spanje”*.<sup>49</sup> Andere marktpartijen verklaren:
- *“momenteel ken ik geen alternatieven in het buitenland.”*<sup>50</sup>
  - *“Omringende landen zijn voor ons geen alternatief. Daar zijn nauwelijks blending mogelijkheden.”*<sup>51</sup>
65. Directeur KB noemt de onderneming H&S als concurrent, evenals een aantal andere vrieshuizen. Hierbij merkt hij op dat met uitzondering van Bonjuice al deze ondernemingen zijn gevestigd in Nederland. Hij voegt daar nog wel aan toe dat er in België ook nog één of twee zijn.<sup>52</sup>

20/77

<sup>45</sup> Bijlage van dossierstuk 51 (document 7601/289, de bijlage heeft kenmerk 7601/348).

<sup>46</sup> Bijlage van dossierstuk 43 (document 7601/265).

<sup>47</sup> Bijlage van dossierstuk 42 (document 7601/264, de bijlage heeft kenmerk 7601/295).

<sup>48</sup> Bijlage van dossierstuk 26 (document 7601/138).

<sup>49</sup> Bijlage van dossierstuk 38 (document 7601/258, de bijlage heeft kenmerk 7601/283).

<sup>50</sup> Bijlage van dossierstuk 39 (document 7601/260, de bijlage heeft kenmerk 7601/297).

<sup>51</sup> Bijlage van dossierstuk 41 (document 7601/262).

<sup>52</sup> Bijlage van dossierstuk 27 (document 7601/139).

## Besluit Openbaar

### 2.2.3 Zienswijze H&S

66. H&S geeft in haar zienswijze aan dat ACM aanwijzingen in het dossier heeft genegeerd die er op wijzen dat er alternatieve aanbieders bestaan buiten Nederland. Zowel in haar zienswijze als in een schrijven in aanvulling op de hoorzitting<sup>53</sup> wijst H&S op verklaringen van marktpartijen waaruit de Europese dimensie van de markt zou blijken. Volgens H&S is een mogelijke markt voor opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten ruimer dan Nederland. In dit kader bestrijdt H&S de opmerking van ACM in het rapport dat veel goederenstromen op het gebied van vruchtsappen en concentraten bestemd voor de Europese markt via de haven van Rotterdam binnenkomen. H&S geeft daarbij aan dat de havens in Vlissingen, Antwerpen, Zeebrugge en Hamburg alternatieven voor klanten zouden zijn. Veel van de producten van H&S komen aan in die havens en worden vervolgens naar H&S vervoerd voor opslag en verwerking.

### 2.2.4 Reactie ACM

67. ACM stelt met H&S vast dat in de verklaringen van marktpartijen wordt gewezen op mogelijke alternatieve aanbieders van koel- en vrieshuizen buiten Nederland. Het betreft alleen in bijna alle gevallen aanbieders die niet zijn gespecialiseerd in vruchtensappen en -concentraten. Zoals eerder is aangegeven moeten vrieshuizen die vruchtensappen en -concentraten opslaan en verwerken beschikken over onder andere een blendinstallatie. Tevens geven veel afnemers aan dat zij alleen de Nederlandse aanbieders als alternatief beschouwen.
68. Het gegeven dat vruchtensappen en -concentraten vanuit havens in andere Europese landen naar Nederland worden vervoerd om daar te worden opgeslagen en verwerkt is juist een aanwijzing dat de concurrentie tussen aanbieders voor opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten zich afspeelt in Nederland. Er zijn kennelijk geen dichterbij gelegen aanbieders buiten de grenzen die een alternatief vormen voor de aanbieders in Nederland.

### 2.2.5 Conclusie

69. Op basis van het voorgaande, stelt ACM vast er geen relevante concurrentiedruk uitgaat van aanbieders van opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten buiten de Nederlandse grenzen.

---

<sup>53</sup>Documenten met kenmerk 2015306745 (zienswijze) en 2015307603 (aanvulling op de hoorzitting).

## Besluit Openbaar

22/77

### 2.3 Overige kenmerken van de markt

#### 2.3.1 Marktpositie betrokken ondernemingen en marktpartijen

70. Uit het dossier blijkt dat de betrokken ondernemingen met hun activiteiten op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten in 2011 gezamenlijk een marktaandeel behaalden van circa 65% (H&S circa [vertrouwelijk] en Kloosterboer [vertrouwelijk]). Volgens de inschatting van Kloosterboer behaalt een andere grote aanbieder, HIWA een marktaandeel van [vertrouwelijk] en twee kleinere spelers Koel Vrieshuis Reimerswaal en Juice House marktaandelen van respectievelijk [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk].<sup>54</sup>
71. Het beeld dat de onderneming Kloosterboer de grootste speler is op de markt, HIWA de tweede en de onderneming H&S de derde grote speler komt tevens naar voren in de verklaring van de directeur van H&S.<sup>55</sup> Ook marktpartijen noemen de ondernemingen Kloosterboer en H&S als belangrijke spelers.<sup>56</sup>

#### 2.3.2 Concurrentieproces

72. Afnemers komen op verschillende wijzen tot hun keuze voor een aanbieder van opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten. Veelal doen afnemers een offerteaanvraag of zij vragen bij een aantal aanbieders een prijs op die ze met elkaar vergelijken.<sup>57</sup> Soms schrijven afnemers een formele *tender* uit, maar in veruit de meeste gevallen is dit een informeel proces.
73. Naar aanleiding van een prijsopgave wordt er al dan niet nog onderhandeld door partijen over

<sup>54</sup> Bijlage 30 van dossierstuk 55 (document 7601/306).

<sup>55</sup> Bijlage van dossierstuk 9 (document 7601/48): "Ik weet de volumes niet maar wel dat Kloosterboer de grootste is, dan heb je HIWA en dan zijn wij".

<sup>56</sup> Bijlage p. 3 van dossierstuk 41 (document 7601/262), bijlage p. 3 van dossierstuk 43 (document 7601/265), bijlage p. 4 van dossierstuk 45 (document 7601/266, de bijlage heeft kenmerk 7601/321) en bijlage p. 3 van dossierstuk 48 (document 7601/277).

<sup>57</sup> Bijvoorbeeld Innocent (dossierstuk 69, document 7601/369, Chiquita (dossierstuk 52, document 7601/314) en verklaringen van Cufrut (bijlage bij dossierstuk 40, document 7601/261), Extraco (bijlage bij dossierstuk 41, document 7601/262) en KVR (bijlage bij dossierstuk 48, document 7601/277).

## Besluit Openbaar

23/77

het bod.<sup>58</sup> Uiteindelijk komen partijen tarieven en aanvullende voorwaarden overeen. Hierbij is wederzijds vertrouwen erg van belang. De overeengekomen voorwaarden en tarieven gelden over het algemeen voor één of twee jaar en worden niet altijd in een contract opgenomen.<sup>59</sup>

74. Het gebeurt ook vaak dat de overeenkomsten met een huidige dienstverlener (stilzwijgend) worden verlengd.<sup>60</sup> Voorafgaand hieraan vindt soms een *benchmark* plaats door de afnemer om na te gaan of de door zijn huidige dienstverlener in rekening gebrachte tarieven marktconform zijn.<sup>61</sup>
75. Daarnaast voeren aanbieders eenzijdig prijsverhogingen door aan het begin van een nieuw jaar of seizoen.<sup>62</sup> Dit kan aanleiding zijn voor nieuwe onderhandelingen tussen afnemers en aanbieders over tarieven.
76. Afnemers noemen prijs, kwaliteit, service en locatie<sup>63</sup> als belangrijkste elementen voor afnemers waarop zij hun keuze baseren voor een bepaalde aanbieder. Prijs wordt zelfs vaak door afnemers genoemd als belangrijkste element.<sup>64</sup> In een *benchmark* is prijs vaak ook het enige dat wordt opgevraagd.

---

<sup>58</sup> Overigens komt het in een enkel geval voor dat een producent/handelaar van zijn klanten (ondernemingen die de vruchtensappen en concentraten verder verwerken) opgelegd krijgt bij welke aanbieder hij de producten moeten onderbrengen. Zie bijvoorbeeld notitie van telefoongesprek met Citrus Products of Belize (dossierstuk 47, document 7601/270).

<sup>59</sup> Zie notities van telefoongesprekken met Innocent (dossierstuk 69, document 7601/369), Grupo Altex (dossierstuk 60, document 7601/375) en Citrus Products of Belize (dossierstuk 47, document 7601/270), en verklaringen van FrieslandCampina (bijlage van dossierstuk 42, document 7601/264), Barth Fruit (dossierstuk 43, document 7601/265), Cufrut (bijlage van dossierstuk 40, document 7601/261), Extraco (bijlage van dossierstuk 41, document 7601/262), Juice House (bijlage van dossierstuk 39, document 7601/260) en KVR (bijlage van dossierstuk 48, document 7601/277).

<sup>60</sup> Zie notities van telefoongesprekken met Innocent (dossierstuk 69, document 7601/369), Grupo Altex (dossierstuk 60, document 7601/375) en Citrus Products of Belize (dossierstuk 47, document 7601/270) en verklaringen van FrieslandCampina (bijlage van dossierstuk 42, document 7601/264), Barth Fruit (bijlage van dossierstuk 43, document 7601/265), Cufrut (bijlage van dossierstuk 40, document 7601/261), Juice House (bijlage van dossierstuk 39, document 7601/260) en KVR (bijlage van dossierstuk 48, document 7601/277).

<sup>61</sup> Verklaringen van FrieslandCampina (bijlage van dossierstuk 42, document 7601/264) Cufrut (bijlage van dossierstuk 40, document 7601/261) en Extraco (bijlage van dossierstuk 41, document 7601/262) en notitie van telefoongesprek met Citrus Products of Belize (dossierstuk 47, document 7601/270).

<sup>62</sup> Bbijvoorbeeld notitie van telefoongesprek met Citrus Products of Belize (dossierstuk 47, document 7601/270) en verklaring van Barth Fruit ((bijlage van dossierstuk 43, document 7601/265).

<sup>63</sup> Verklaringen van Cufrut (bijlage p. 5 van dossierstuk 40, document 7601/261), p. 4 anoniem en KVR (bijlage p. 4 van dossierstuk 48, document 7601/277).

<sup>64</sup> Notities van telefoongesprekken met Innocent (dossierstuk 69, document 7601/369), Grupo Altex (dossierstuk 60, document 7601/375) en Citrus Products of Belize (dossierstuk 47, document 7601/270), reacties op informatieverzoeken van ACM aan Chiquita (dossierstuk 52, document 7601/314) en Döhler (dossierstuk 21, document 7601/101) en verklaringen van Barth Fruit (bijlage van dossierstuk 43, document 7601/265), Cufrut (bijlage van dossierstuk 40, document 7601/261), Extraco (bijlage van dossierstuk 41, document 7601/262), Juice House (bijlage van dossierstuk 39, document 7601/260) en KVR (bijlage van dossierstuk 48, document 7601/277).

## Besluit Openbaar

77. De overeenkomsten omvatten vaak geen harde afspraken over volumes.<sup>65</sup> Wel komt het voor dat prijzen gebaseerd worden op een verwachte lading die zal worden binnengebracht. Daarbij is er sprake van een bepaald vertrouwen tussen klant en dienstverlener. Als de klant niet het verwachte volume levert, is het vertrouwen voor het volgende jaar weg en krijgt deze hogere tarieven. Hieruit volgt dat vrieshuizen pas in een vrij laat stadium weten hoeveel ruimte een bepaalde lading inneemt in het vrieshuis.
78. Omdat vrieshuizen hun bezetting hierdoor lastiger kunnen plannen, kan het voorkomen dat een vrieshuis vol zit. Het is dan eventueel mogelijk om capaciteit bij een andere aanbieder in het huren.<sup>66</sup> Dit wordt 'overloop' genoemd.
79. De vraag naar opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten is overigens redelijk stabiel, zo verklaart een aanbieder.<sup>67</sup> Hij geeft aan dat er wel eens nieuwe klanten op de markt komen, maar dat dat vaak kleine klanten zijn.

### 2.3.3 Overstapgedrag

80. Uit marktonderzoek blijkt dat afnemers niet snel overstappen naar een andere aanbieder.<sup>68</sup> Voor afnemers is het belangrijk dat zij kunnen rekenen op een goede afhandeling van de opslag en verwerking van hun producten. De opslag en verwerking is namelijk maar één onderdeel van de productieketen. Als er in deze schakel iets mis gaat heeft dit (logistieke) gevolgen voor alle andere schakels in de keten met bijbehorende (additionele) kosten.<sup>69</sup> Kleine prijsverschillen tussen aanbieders leiden daarom ook niet vaak meteen tot overstapgedrag. Omdat de kosten voor opslag en verwerking slechts een beperkt percentage bedragen van de totale kosten in de productieketen, weegt het risico dat overstappen met zich brengt niet op tegen een kleine prijsverhoging.

<sup>65</sup> Onder andere de reactie op informatieverzoek van ACM aan Refresco (dossierstuk 22, document 7601/103) en de verklaring van Juice House (bijlage van dossierstuk 39, document 7601/260).

<sup>66</sup> Onder andere de notitie van telefoongesprek met Grupo Altex ((dossierstuk 60, document 7601/375), reactie op informatieverzoek van ACM aan Chiquita (dossierstuk 52, document 7601/314) en verklaringen van FrieslandCampina (bijlage van dossierstuk 42, document 7601/264) en Juice House (bijlage van dossierstuk 39, document 7601/260).

<sup>67</sup> Verklaring van Juice House (bijlage van dossierstuk 39, document 7601/260).

<sup>68</sup> Onder andere de verklaring van KVR (bijlage van dossierstuk 48, document bij 7601/277): "*Het is heel moeilijk om nieuwe klanten aan te trekken. Er wordt weinig overgestapt. Bestaande klanten zijn over het algemeen zeer trouw*", de verklaring van Juice House: "*Klanten stappen heel moeilijk over*" en de verklaring van Directeur H&S (bijlage p. 8 van dossierstuk 9, document 7601/48): "*Klanten switchen weinig*."

<sup>69</sup> Indien er op een gegeven moment problemen zijn geweest op het gebied van betrouwbaarheid is dit vaak een reden voor afnemers om over te stappen naar een andere aanbieder.



### **3 Feiten en omstandigheden**

81. In het navolgende stelt ACM op basis van het rapport, het dossier en de zienswijze van H&S de relevante feiten en omstandigheden vast. Deze vormen de basis voor de juridische beoordeling in dit besluit.

#### **3.1 Inleiding**

82. De ondernemingen H&S en Kloosterboer hebben, zo volgt uit hun verklaringen en het dossier, in de periode 2005 - november 2009 meermaals de haalbaarheid van verregaande samenwerking onderzocht. Uit het navolgende blijkt dat zij vanaf juli 2006 tot november 2009 regelmatig tarieven hebben afgestemd en gegevens over klanten, tarieven en overige informatie hebben uitgewisseld.
83. De tariefafstemming vond als volgt plaats. Wanneer één van de betrokken ondernemingen een tariefaanvraag kreeg van een klant vond er contact plaats tussen de ondernemingen H&S en Kloosterboer. Daarbij werd besproken of de aanvraag door beide ondernemingen was ontvangen en werden afspraken gemaakt over welk tarief in reactie op die aanvraag naar buiten zou worden gebracht, met dien verstande, dat dit tarief dusdanig hoog zou zijn dat een bestaande klant niet zou overstappen.
84. De tariefafstemming bestond er concreet uit dat H&S danwel Kloosterboer bewust een hoger tarief offereerde dan de andere partij. Deze andere partij kon dan bij een bestaande klant zijn tarief verhogen, zonder te hoeven vrezen dat de klant zou overstappen. Ook bood het contact de mogelijkheid voor de betrokken ondernemingen om bij een nieuwe klant een relatief hoger tarief te offereeren dan in een normale concurrentiesituatie. De ene partij wist in dat geval dat de andere partij een nog hoger tarief had geoffreerd of dat deze in het geheel niet was benaderd om tarieven te geven.
85. Indien één van de betrokken ondernemingen vermoedde dat één van de bestaande klanten bij de ander een tariefaanvraag had ingediend, werd eveneens contact gezocht. Daarbij werd geverifieerd of de ander inderdaad een tariefaanvraag had ontvangen van die klant met als doel de overstap van die klant te verhinderen of ontmoedigen.

## Besluit Openbaar

86. Naast de tariefafstemming hebben betrokken ondernemingen ter ondersteuning aan de tariefafstemming, maar ook los daarvan, informatie uitgewisseld.
87. Hierna wordt allereerst ingegaan op de totstandkoming van de afspraak (paragraaf 3.2). Vervolgens beschrijft ACM de afstemming van tarieven ten aanzien van een aantal specifieke klanten en – al dan niet ondersteunend – uitwisseling van informatie (paragraaf 3.3). Daarna komt de zienswijze van H&S met betrekking tot de feiten en omstandigheden aan de orde (paragraaf 3.4).

### 3.2 Totstandkoming Gedragingen

88. Zoals in randnummer 82 weergegeven waren de betrokken ondernemingen in 2005 op zoek naar mogelijkheden voor verregaande samenwerking. Die samenwerking zag op hun activiteiten op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten, uitgevoerd op locaties in Beneden-Leeuwen en in Elst. De locatie van de onderneming H&S was gevestigd in Beneden-Leeuwen en de locatie van Kloosterboer in Elst.
89. De onderneming H&S was oorspronkelijk alleen logistiek dienstverlener. Echter, omstreeks juli 2005 werd het faillissement uitgesproken van (onder meer) Van Bon Cold Stores B.V. Dit was tot dan ook een aanbieder van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten. Voor deze activiteiten maakte zij gebruik van de locatie in Beneden-Leeuwen. De locatie in Beneden-Leeuwen is later dat jaar in het kader van het faillissement te koop aangeboden. Zowel Hebo Beheer B.V. (behorend tot de H&S-groep), PLE als de onderneming Kloosterboer waren geïnteresseerd in de koop van deze locatie en hadden daar onderling contact over.<sup>70</sup>
90. Het zijn uiteindelijk Hebo en PLE die de activiteiten van Van Bon Cold Stores B.V. en de locatie in Beneden-Leeuwen overnemen.<sup>71</sup> Na de overname onderzoeken de onderneming H&S/PLE enerzijds en de onderneming Kloosterboer anderzijds de mogelijkheden voor een toekomstige samenwerking tussen de locatie Beneden-Leeuwen en de locatie van Kloosterboer in Elst.
91. Op 27 december 2005 leggen de ondernemingen H&S, PLE en Kloosterboer hun samenwerkingsplannen vast in een overeenkomst. Volgens de overeenkomst beogen partijen

<sup>70</sup> Bijlage 2 van dossierstuk 55 (document 7601/306).

<sup>71</sup> Verklaring van Directeur H&S (dossierstuk 9, document 7601/48).

## Besluit Openbaar

met de samenwerking onder meer om:

*“samen meer [te] kunnen verdienen dan ieder afzonderlijk”.*<sup>72</sup>

Uit de overeenkomst blijkt verder dat zij verwachten dat er meer rust op de markt ontstaat, aangezien als gevolg van hun samenwerking het aantal spelers op de markt afneemt. De ondernemingen trekken een jaar uit om elkaar beter te leren kennen en de samenwerking verder te intensiveren en zij zullen elkaar hiertoe in dat jaar maandelijks ontmoeten.

92. In vervolg op de samenwerkingsovereenkomst bespreken de ondernemingen H&S en Kloosterboer op 31 juli 2006 in Wamel drie opties voor samenwerking:
- *Bouwen in Medel/greenfield scenario en afbouwen in Elst en Beneden-Leeuwen (wellicht met overloopfunctie voor of Beneden-Leeuwen danwel Elst)*
  - *Uitbreiden in Elst en afbouwen in Beneden-Leeuwen cq sloop oudbouw.*
  - *Huidige situatie handhaven en beide bedrijven optimaliseren dmv uitwisseling gegevens/klanten.*<sup>73</sup>
93. Met de eerste twee opties wilden de betrokken ondernemingen hun klanten en activiteiten op de locaties Elst en Beneden-Leeuwen combineren, met als doel de gezamenlijke capaciteit beter te benutten en te kunnen besparen op personeel.
94. Dit voornemen leggen de ondernemingen Kloosterboer, H&S en PLE in juni 2007 vast in een intentieovereenkomst. In de overeenkomst zijn de voorgenomen plannen tot samenvoeging van de locatie in Elst en de locatie Beneden-Leeuwen nader geconcretiseerd. Daarnaast spreken zij de intentie uit voor de realisatie van een gezamenlijk koel- en vrieshuis en een containerterminal op het bedrijvenpark Medel in Tiel.<sup>74</sup> In artikel 3 van de intentieovereenkomst is opgenomen dat de ondernemingen H&S en Kloosterboer hun klanten (uit respectievelijk Beneden-Leeuwen en Elst) in zullen brengen in de nieuw op te richten vennootschap en dat, kort gezegd, de huidige locaties van de betrokken ondernemingen hun dienstverlening op het gebied van vruchtsappen en concentraten zullen staken.
95. In de periode waarin de realisatie van een gezamenlijk vrieshuis in Medel werd besproken is tegelijkertijd onderzocht in hoeverre een over- of deelname door de onderneming

<sup>72</sup> Bijlage 38 van dossierstuk 56 (document 7601/415) en bijlage 15 van dossierstuk 53 (document 7601/304).

<sup>73</sup> Bijlage 37 van dossierstuk 56 (document 286).

<sup>74</sup> Ondertekende intentieovereenkomst (bijlage 17 van dossierstuk 53, document 7601/304).

## Besluit Openbaar

Kloosterboer in de locatie Beneden-Leeuwen mogelijk was.<sup>75</sup> Deze gesprekken hebben uiteindelijk tot niets geleid.

96. Op 16 november 2009 neemt Kloosterboer per brief afstand van de voornoemde intentieovereenkomst en heeft zij de samenwerking op dit project beëindigd.<sup>76</sup> Met het verlies van uitzicht op een gezamenlijk vrieshuis in Medel heeft PLE haar aandelen (t.a.v. de H&S Coldstores) verkocht aan Hebo. Zodoende werd Hebo per juli 2010 enig aandeelhouder van H&S Coldstores.<sup>77</sup>
97. Los van de beoogde samenwerking beschreven in de eerste twee opties van het verslag van de bijeenkomst op 31 juli 2006 in Wamel hebben de betrokken ondernemingen hun tarieven voor offerte-aanvragen afgestemd en zowel ter ondersteuning daaraan als los daarvan, informatie uitgewisseld, zie hierna paragraaf 3.3.
98. Dit blijkt allereerst uit de derde optie beschreven in datzelfde verslag:

*“- Huidige situatie handhaven en beide bedrijven optimaliseren dmv uitwisseling gegevens/klanten”*

Die optie gaat er nadrukkelijk van uit dat er informatie-uitwisseling plaatsvindt terwijl de huidige situatie blijft gehandhaafd. Die huidige situatie bestaat eruit dat H&S en Kloosterboer twee zelfstandige concurrerende ondernemingen zijn. Hierna zal blijken dat de betrokken ondernemingen parallel aan het onderzoek naar de bovenste twee opties, zich al gebonden voelden aan de derde optie.

99. Dat de informatie-uitwisseling en afstemming die parallel plaatsvindt aan de gesprekken over verregaande samenwerking tot doel heeft de concurrentie tussen de betrokken ondernemingen te beperken, blijkt onder andere uit een verslag van een telefoongesprek tussen Kloosterboer en H&S. In dat gesprek doet Kloosterboer een voorstel voor de verdeling van de zeggenschap in Medel tussen Kloosterboer, H&S en PLE. Daar kan H&S/PLE zich niet in vinden. Directeur KB laat intern weten dat Operationeel verantwoordelijke H&S begrijpt dat de gevolgen van een scenario waarbij Kloosterboer en H&S/PLE niet gezamenlijk meedoen in

<sup>75</sup> Verklaring van Directeur H&S (bijlage p. 3 en 7 van dossierstuk 64, document 7601/317).

<sup>76</sup> Bijlage 26 van dossierstuk 55 (document 7601/306).

<sup>77</sup> Het achterliggende belang van de deelneming van PLE in H&S Beneden-Leeuwen lag in [vertrouwelijk]. Met het verdwijnen van dit perspectief verdween noodzaak voor PLE tot het behouden van haar deelneming in H&S Beneden-Leeuwen.

## Besluit Openbaar

29/77

Medel zijn dat de concurrentiestrijd tussen de ondernemingen Kloosterboer en H&S weer oplaat:

*“Afgelopen donderdag 1,5 uur met [vertrouwelijk] tel gesproken ; eerst over douanerie zaken en later over verdeling zeggenschap Medel. Zoals bekend hebben wij aangedrongen op [vertrouwelijk] h&s [vertrouwelijk] PL en [vertrouwelijk] Kloosterboer. Dit is onbespreekbaar. (...) snapte uiteindelijk dat indien wij niet meedoen er weer een concurrentie strijd ontstaat.”<sup>78</sup>*

Hieruit volgt dus ook dat betrokken ondernemingen in aanloop naar hun samenwerking het beperken van de onderlinge concurrentie toepasten op hun actuele onderlinge verhoudingen.

100. Dat de concurrentiebeperking actueel was volgt ook uit meerdere bewijsstukken<sup>79</sup> waarin wordt gerefereerd aan de uitvoering van de afspraak door de ‘tandem’ Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur KB:

*“wat niet opgeschreven is maar wat [vertrouwelijk] belangrijk vindt: we kunnen de concurrentie beperken op deze manier (is zeer te spreken over tandem [vertrouwelijk])”<sup>80</sup>*

De beperking van de concurrentie, die voornamelijk wordt vormgegeven door de tandem Directeur KB / Operationeel verantwoordelijke H&S, wordt gerealiseerd door de afstemming van tarieven voor offerte-aanvragen inclusief de uitwisseling van informatie.

101. Uit een interne e-mail van Kloosterboer blijkt ook dat de informatie-uitwisseling tussen de ondernemingen H&S en Kloosterboer daadwerkelijk de concurrentie tussen hen al beperkte. Volgens Directeur KB rekenen zij in Elst op dat moment [vertrouwelijk] % hogere tarieven dan zij zouden doen wanneer zij in concurrentie traden met H&S:

*“indien zij zouden bouwen zonder ons hebben wij er absoluut last van; geen info-uitwisseling meer en zouden wij elst er uit laten brengen wij feitelijk niets in maar hebben we wel een aandeel. Aan de andere kant snappen zij goed dat bij concurrentie (ik noemde prijzen [vertrouwelijk])% wat wij zouden kunnen aanbieden in elst) het heel veel geld kan kosten [...]”<sup>81</sup>*

<sup>78</sup> E-mail van Directeur KB aan de overige directeuren van Kloosterboer 15 januari 2007 (bijlage 5 van dossierstuk 55, document 7601/306).

<sup>79</sup> Zie dossierstuk 55, bijlage 7, dossierstuk 55, bijlage 10, dossierstuk 55, bijlage 11 en dossierstuk 55, bijlage 13.

<sup>80</sup> Zie dossierstuk 55, bijlage 14 (e-mail van één van de directeuren aan ‘Group Five’ d.d. 8 december 2008). Group Five is een emailgroep bestaande uit de directeuren van Kloosterboer.

<sup>81</sup> Bijlage 5 van dossierstuk 55 (document 7601/306).

## Besluit Openbaar

30/77

102. Ook in 2008 gaat de informatie-uitwisseling tussen de betrokken ondernemingen verder dan noodzakelijk is voor de beoogde samenwerking. Operationeel verantwoordelijke H&S laat intern weten dat de onderneming H&S nu en in de toekomst beter kan presteren qua tarieven, vanwege het feit dat de onderneming Kloosterboer complete inzage geeft in hun marktgedrag.

*“Ik moet eerlijk zeggen dat het contact erg goed is, want zij geven zich volledig bloot wat ze aan het doen zijn in de markt met klanten. Hierdoor kunnen we ook naar de toekomst toe beter performen met onze tariefstelling.”<sup>82</sup>*

### 3.3 Gedragingen

#### 3.3.1 Afstemming en informatie-uitwisseling

103. In deze paragraaf zullen de dossierstukken worden beschreven die verband houden met de gedragingen van de betrokken ondernemingen. Uit deze stukken blijkt de afstemming over tariefaanvragen voor een vijftal klanten. Deze klanten zijn allen afnemers van de diensten die de betrokken ondernemingen boden op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten. Daarnaast wordt ingegaan op overig tussen de betrokken ondernemingen uitgewisselde informatie.

#### 3.3.2 [Vertrouwelijk]

104. Eén van de klanten waar de onderneming Kloosterboer en H&S de tarieven van afstemmen, is [vertrouwelijk]. Naast tariefafstemming wisselen de betrokken ondernemingen informatie uit over het contract tussen H&S en [vertrouwelijk] en verstrekt H&S aan Kloosterboer een verslag van een bezoek van [vertrouwelijk] aan H&S waarin bedrijfstechnische informatie is opgenomen. [Vertrouwelijk] was sinds 2005 klant van de onderneming Kloosterboer. In de periode 2006-2008 heeft [vertrouwelijk] met meerdere Nederlandse ondernemingen contact gehad om er zeker van te zijn dat de door de onderneming Kloosterboer geboden tarieven en de kwaliteit competitief waren.<sup>83</sup>
105. In dit kader brengt [vertrouwelijk] in september 2006 een bezoek aan de locatie van H&S in

<sup>82</sup> E-mail van Operationeel verantwoordelijke H&S aan o.a. [vertrouwelijk] en Directeur H&S, d.d. 24 juli 2008 (bijlage 9 van dossierstuk 56 (document 7601/307)).

<sup>83</sup> Gespreksverslag [vertrouwelijk] p. 2 en 5 ([vertrouwelijk]).

## Besluit Openbaar

Beneden-Leeuwen. Naar aanleiding daarvan vraagt [vertrouwelijk] een offerte op bij H&S. H&S stelt Kloosterboer hier op 25 september 2006 per e-mail van op de hoogte en stelt voor om een tarief te offeren dat [vertrouwelijk]% hoger ligt dan het tarief van Kloosterboer:

*“Deze mensen zijn onlangs in BL [ACM: Beneden-Leeuwen] geweest en willen persé met ons samenwerken. Ik stuur je nog wel het bezoekersverslag als ik dit heb. Wij moeten prijzen opgeven. Ik stel voor dat we [vertrouwelijk]% boven jullie prijzen gaan zitten. Kun je me tarieven bezorgen?”<sup>84</sup>*

106. Operationeel verantwoordelijke H&S stuurt vervolgens een e-mail met als bijlage een ingevulde offerte van H&S aan [vertrouwelijk].<sup>85</sup> Hierin zijn tarieven opgenomen voor verschillende activiteiten op het gebied van de opslag en verwerking van vruchtsappen en concentraten. In reactie stuurt Directeur KB een versie van de offerte van H&S aan [vertrouwelijk] waarin hij de tarieven van Kloosterboer heeft ingevuld: *“bijgaand onze prijzen.”*<sup>86</sup>
107. In diezelfde e-mail geeft Directeur KB aan dat Kloosterboer een exclusiviteitscontract is overeengekomen met [vertrouwelijk], inclusief een boetebeding. Tevens vraagt Directeur KB om het verslag van het bezoek dat [vertrouwelijk] aflegde bij H&S, waarin bijvoorbeeld valt te lezen dat: *“(…)Van Bon niet aceptisch kan afvullen”*.<sup>87</sup>
108. Op 28 september stuurt H&S dit verslag aan Kloosterboer. Daarna is er op 2 oktober 2006 nogmaals contact over [vertrouwelijk] tussen H&S en Kloosterboer, waarbij Directeur KB ingaat op het lopende contract met [vertrouwelijk] en over de investeringen die de onderneming Kloosterboer in dit kader heeft gedaan:

*“gezien de huidige volume’s welke flink achterblijven bij de prognoses van [vertrouwelijk] zelf verwacht ik niet dat de [vertrouwelijk] gehaald gaat worden en mogen ze blij zijn als dit de helft gaat worden.. Heb het kontrakt nog een keer nagelezen en hierin is exclusiviteit incl forse boete opgenomen bij het niet nakomen van de afspraken ivm klantgerichte investering en ik verwacht dus ook geen splitsing wat [vertrouwelijk] feitelijk ook al aangeeft in zijn verslag. [Vertrouwelijk].”<sup>88</sup>*

<sup>84</sup> Bijlage 5 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>85</sup> Bijlage 80 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>86</sup> Bijlage 81 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>87</sup> Bijlage 12 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>88</sup> Bijlage 12 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

## Besluit Openbaar

32/77

109. Uit het voorgaande volgt dat afstemming heeft plaatsgevonden tussen de ondernemingen H&S en Kloosterboer met betrekking tot de aanvraag van [vertrouwelijk] en dat zij in dat kader informatie hebben uitgewisseld.

### 3.3.3 [Vertrouwelijk]

110. In september 2006 stemmen de ondernemingen H&S en Kloosterboer de te offrenen tarieven af ten aanzien van een klant van Kloosterboer, [vertrouwelijk]. Kloosterboer is met [vertrouwelijk] in onderhandeling over tarieven. Deze klant toont tegelijkertijd interesse in H&S. De betrokken ondernemingen spreken af dat H&S een hoger tarief dan Kloosterboer zal offrenen, zodat Kloosterboer haar tarief voor [vertrouwelijk] met [vertrouwelijk]% kan verhogen.

111. De afstemming tussen de ondernemingen H&S en Kloosterboer blijkt uit de volgende e-mailwisseling. Op 27 september 2006 vraagt Operationeel verantwoordelijke H&S per e-mail aan Directeur KB de tarieven die Kloosterboer wil bieden aan [vertrouwelijk]:

*“Zij willen met ons werken. Ik heb vernomen dat zij met jullie werken. Wat moet ik doen? Kun je mij jou tarief geven en hoeveel ik erbij moet tellen.”<sup>89</sup>*

112. Directeur KB stuurt in reactie een dag later een e-mail met de tarieven die zij tot dan toe berekenen aan [vertrouwelijk]. Directeur KB merkt daarbij op:

*“Deze tarieven willen wij dus met [vertrouwelijk]% verhogen zoals je hieronder kunt lezen”*

113. Daarnaast vraagt Directeur KB H&S [vertrouwelijk]% hogere tarieven te offeren, zodat zij hun tarieven met [vertrouwelijk]% kunnen verhogen:

*“Graag rond de [vertrouwelijk]% hogere tarieven aanbieden zodat wij de [vertrouwelijk]% kunnen verhogen?”<sup>90</sup>*

114. Operationeel verantwoordelijke H&S bevestigt diezelfde dag dat H&S boven de [vertrouwelijk]% zal offrenen:

*“opslag tarieven per...periode? Ik zal nog iets hoger gaan zitten. De [vertrouwelijk]% verhoging*

<sup>89</sup> Bijlage 6 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>90</sup> Bijlage 7 van dossierstuk 54 (document 7601/305).



## Besluit Openbaar

*van jullie is inderdaad zeer redelijk.*<sup>91</sup>

115. Uit het voorgaande volgt dat de ondernemingen H&S en Kloosterboer de bij [vertrouwelijk] in rekening te brengen tarieven hebben afgestemd.

### 3.3.4 [Vertrouwelijk]

116. In september-oktober 2006 stemmen de ondernemingen H&S en Kloosterboer ten aanzien van de klant van H&S, [vertrouwelijk], (hierna: [vertrouwelijk]) tarieven af. Voorts wisselen zij informatie uit, bestaande uit de voorgenomen te offreren tarieven van H&S en de mededeling dat Kloosterboer geen tender van [vertrouwelijk] heeft ontvangen.

117. De tariefafstemming blijkt uit de volgende e-mail correspondentie. Op 28 september vraagt Directeur KB aan Operationeel verantwoordelijke H&S:

*“Kun jij mij opgeven welke prijzen wij richting [vertrouwelijk] moeten opgeven ivm tender?”*<sup>92</sup>  
Operationeel verantwoordelijke H&S reageert: *“Wij gaan de prijzen van [vertrouwelijk] verhogen, maar ik moet nog bepalen. De aangepaste tarieven komen asap. Ik begrijp dat jij ook van [vertrouwelijk] een verzoek hebt ontvangen voor Elst?”*<sup>93</sup>

118. Directeur KB levert geen tarieven aan bij Operationeel verantwoordelijke H&S. Daarentegen laat hij Operationeel verantwoordelijke H&S op 2 oktober 2006 weten:

*“Wij hebben de tender niet ontvangen”*<sup>94</sup>

Wel geeft Directeur KB aan dat H&S tarieven voor [vertrouwelijk] moet verhogen:

*“In/uit/op zijn prima en gezien de vele partijtjes waarschijnlijk ook nodig en storten vind ik (te) laag. Afvullen daarentegen is weer goed als je het naar het ‘oude’ nivo kan brengen!”*<sup>95</sup>

Hieruit kan tevens worden afgeleid dat Kloosterboer op de hoogte is van de voorgenomen te offreren tarieven van H&S. Anders kan Kloosterboer immers niet instemmen met de tarieven voor “In/uit/op” en adviseren het tarief voor afvullen naar het “oude nivo” terug te brengen. Het is dus aannemelijk dat deze tarieven eerder tussen hen zijn uitgewisseld.

<sup>91</sup> Bijlage 10 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>92</sup> Bijlage 9 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>93</sup> Bijlage 9 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>94</sup> Bijlage 14 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>95</sup> Bijlage 14 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

## Besluit Openbaar

34/77

119. Uit het voorgaande volgt dat tussen de ondernemingen H&S en Kloosterboer afstemming heeft plaatsgevonden met betrekking tot de aanvraag van [vertrouwelijk] en dat zij in dat kader informatie hebben uitgewisseld.

### 3.3.5 [Vertrouwelijk]

120. In juli 2007 onderhandelt de onderneming H&S met haar klant [vertrouwelijk] over nieuwe tarieven. Tijdens dit proces wisselen H&S en Kloosterboer informatie uit, bestaande uit de mededeling van Kloosterboer dat zij geen tarief hebben afgegeven aan [vertrouwelijk].
121. [Vertrouwelijk] geeft in reactie tijdens de onderhandelingen aan dat zij de opgegeven tarieven door H&S met tarieven van andere aanbieders heeft vergeleken. Zij is niet bereid het door H&S opgegeven tarief voor 'freezing cost' te betalen. [Vertrouwelijk] laat H&S weten dat zij bijna de helft meer betaalt bij H&S dan bij Kloosterboer:

*"With regards to the freezing cost we would pay EUR 7,60 for single strength at Kloosterboer. We are definitely not prepared to pay EUR 15,00 even not from next year onward."*<sup>96</sup>

122. Operationeel verantwoordelijke H&S vraagt bij Kloosterboer na of het klopt dat zij tarieven hebben afgegeven aan [vertrouwelijk]:

*"Ik neem dat jullie geen tarief afgeven hebben zonder ruggespraak te houden? We hebben een meerjarig contract en heeft sowieso geen zin. Als ik de klant moet geloven dan hebben jullie de helft van onze prijs opgegeven?"*<sup>97</sup>

123. Operationeel verantwoordelijke H&S later aan Vestigingsmanager H&S en Directeur H&S weten dat er geen tarief is afgegeven door Kloosterboer:

*"[Vertrouwelijk] heeft e.e.a. nagekeken en er is geen contact met Kloosterboer en [vertrouwelijk] geweest en derhalve geen tarief afgegeven."*<sup>98</sup>

124. Uit het voorgaande volgt dat de ondernemingen H&S en Kloosterboer informatie hebben uitgewisseld over de aanvraag van [vertrouwelijk].

<sup>96</sup> E-mail d.d. 10 juli 2007 van [vertrouwelijk] aan Vestigingsmanager H&S en Directeur H&S (bijlage 31 van dossierstuk 54, document 7601/305).

<sup>97</sup> E-mail d.d. 11 juli 2006 van Operationeel verantwoordelijke H&S aan Directeur KB (bijlage 32 van dossierstuk 54, document 7601/305).

<sup>98</sup> Bijlage 33 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

## Besluit Openbaar

### 3.3.6 [Vertrouwelijk]

125. Ten aanzien van [vertrouwelijk], een klant van H&S, stemmen de betrokken ondernemingen in oktober 2007 de tarieven af en wisselen zij informatie uit, bestaande uit een voorgenomen tariefsverhoging door Kloosterboer.
126. In oktober 2007 vraagt [vertrouwelijk], dan nog klant van H&S, aan Kloosterboer om tarieven af te geven voor [vertrouwelijk] ananassap. Operationeel verantwoordelijke H&S maakt zijn voornemen aan Directeur KB bekend om de prijzen voor [vertrouwelijk] te verhogen en vraagt de mening van Directeur KB hierover:

*“[Vertrouwelijk] heeft mij prijs opgevraagd voor [vertrouwelijk] ananassap in bins over 8 mnd. (verladings temp. 2 graden) Ik moet tarieven opgeven in feite voor 2008: What to do? Zoals je weet gaan we bij [vertrouwelijk] sterk de tarieven verhogen, [vertrouwelijk]. Hoe zie jij dit? Hoor gaarne.”<sup>99</sup>*

127. In een e-mail van later die dag adviseert Directeur KB Operationeel verantwoordelijke H&S om stevige prijzen aan te houden:

*“[Vertrouwelijk] zou stevige prijzen aanhouden. Dikke kans dat hij goederen voor [vertrouwelijk] via de producent moet aanleveren en dus geen keuze heeft! Indien wij aanvraag niet krijgen is dit het geval. Kom bij je terug of dit het geval is.”<sup>100</sup>*

Directeur KB geeft daarbij dus ook aan dat [vertrouwelijk] waarschijnlijk de goederen van zijn klanten [vertrouwelijk] moet aanleveren via “de producent” - in dit geval H&S. In dat geval kan [vertrouwelijk] alleen kiezen voor H&S. Directeur KB geeft aan dat als zijn veronderstelling klopt, Kloosterboer geen aanvraag van [vertrouwelijk] zal ontvangen. Hij zal Operationeel verantwoordelijke H&S laten weten of dat inderdaad het geval is.

128. Diezelfde dag laat Directeur KB aan Operationeel verantwoordelijke H&S weten ook een aanvraag van [vertrouwelijk] te hebben ontvangen. Het gaat om een aanvraag voor [vertrouwelijk]. Hij informeert Operationeel verantwoordelijke H&S dat hij in reactie op de aanvraag een prijsstijging van [vertrouwelijk]% heeft aangehouden voor enkele delen van de

<sup>99</sup> Bijlage 37 tot en met 39 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>100</sup> Bijlage 54 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

## Besluit Openbaar

aanvraag.<sup>101</sup>

129. Uit het voorgaande volgt dat afstemming heeft plaatsgevonden tussen de ondernemingen H&S en Kloosterboer met betrekking tot de aanvraag van [vertrouwelijk] en dat in dat kader informatie is uitgewisseld.

### 3.3.7 [Vertrouwelijk]

130. Het contact tussen de betrokken ondernemingen in 2007 over de klant [vertrouwelijk] illustreert de gehanteerde systematiek. De ene partij laat weten voor welk tarief zij een opdracht wil binnenhalen. De andere partij geeft vervolgens een hoger tarief af. Zoals ook blijkt uit de e-mail van Directeur KB aan Operationeel verantwoordelijke H&S ten aanzien van de klant [vertrouwelijk] op 22 november 2007:

*“[Vertrouwelijk] zou jullie prijzen opgeven en a d h daarvan zouden wij hogere prijzen afgeven toch?”*

Operationeel verantwoordelijke H&S antwoordt:

*“Check ik even bij [vertrouwelijk]”.*<sup>102</sup>

131. Uit het voorgaande volgt dat de ondernemingen Kloosterboer en H&S over de aanvraag van [vertrouwelijk] contact hebben onderhouden en daarover informatie hebben uitgewisseld.

### 3.3.8 [Vertrouwelijk]

132. De ondernemingen H&S en Kloosterboer stemmen begin januari 2009 de tarieven af ten aanzien van een aanvraag van [vertrouwelijk]. Bovendien wisselen zij in het kader van de afstemming informatie uit, bestaande uit informatie over de bezettingsgraad van H&S. Tot dan toe is [vertrouwelijk] een klant van Kloosterboer.

133. Op 28 november 2008 stuurt Directeur KB de tarieven die Kloosterboer heeft aangeboden aan [vertrouwelijk] per e-mail door aan Operationeel verantwoordelijke H&S. Hij schrijft daarbij:

*“[Vertrouwelijk], onderstaande de tarieven welke wij willen/zullen verhogen met*

---

<sup>101</sup> Bijlage 39 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>102</sup> Bijlage 41 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

## Besluit Openbaar

*[vertrouwelijk]% en zo aangeboden hebben. Zoals besproken is dit sinds jaren reeds een klant (je kent het product want het stond in je pand afgelopen)*<sup>103</sup>

Uit andere bewijsstukken blijkt inderdaad dat H&S in de zomer van 2008 producten van [vertrouwelijk], heeft opgeslagen.<sup>104</sup>

134. In januari 2009 vraagt [vertrouwelijk] ook aan H&S om een offerte uit te brengen.<sup>105</sup> De afspraak tussen H&S en Kloosterboer om de tarieven voor [vertrouwelijk] af te stemmen blijkt tevens uit een e-mail d.d. 29 februari 2009 van Directeur H&S aan Operationeel verantwoordelijke H&S naar aanleiding van die aanvraag. Directeur H&S vraagt:

*“Hai [vertrouwelijk], dit is toch de klant waar jij met [vertrouwelijk] over hebt gesproken en een afspraak over hebt gemaakt, of vergis ik mij??”*<sup>106</sup>

Operationeel verantwoordelijke H&S beantwoordt deze vaag bevestigend.<sup>107</sup>

135. Wat de afspraak over [vertrouwelijk] tussen H&S en Kloosterboer precies behelst blijkt uit een e-mail van 3 maart 2009 van Directeur KB aan de mededirecteuren van Kloosterboer. In deze e-mail doet Directeur KB verslag van een telefoongesprek met Operationeel verantwoordelijke H&S. Hieruit volgt dat de afspraak inhoudt dat H&S een hoger tarief dan Kloosterboer aan [vertrouwelijk] heeft geboden. In ruil daarvoor brengt Kloosterboer een deel van de lading van [vertrouwelijk] onder bij H&S.

*“Zojuist [vertrouwelijk] poos aan de bel gehad met betrekking tot en klant van ons tw [vertrouwelijk]. Momenteel zit deze bij ons: zij hebben van bon benaderd [...] en indien van Bon iets onder onze prijzen aanbiedt zullen zij de lading bij Van Bon onderbrengen. Ik had al een aantal maanden eerder aangegeven dat wij een deel van de lading bij hem zouden onderbrengen aangezien zij structureel op [vertrouwelijk] bezetting zitten elke offerte aanbieden waarbij in ieder geval onze klanten behouden. [...] De nood wordt nu zo hoog dat hij dit pakket; ook voor zijn eigen mensen die niet van onze afspraken weten wel moet gaan aannemen. [...] [vertrouwelijk] heeft mij duidelijk de keuze gelaten maar ik had hem al toegezegd dat deze lading naar hem toe zou komen (waar natuurlijk qua volume etc mee te spelen is maar was toen nodig omdat van Bon dit pakket graag wilde hebben maar hij heeft*

<sup>103</sup> E-mail met als onderwerp: “Fw: Tarieven [vertrouwelijk]”. [Vertrouwelijk] zijn ondernemingen die ten minste ten tijde van de gedragingen behoorden tot de groep van [vertrouwelijk] (bijlage 17 van dossierstuk 56, document 7601/307).

<sup>104</sup> Bijlage 33 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

<sup>105</sup> Bijlage 22 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

<sup>106</sup> Bijlage 22 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

<sup>107</sup> Bijlage 22 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

## Besluit Openbaar

*toen hoger aangeboden).*"<sup>108</sup>

Uit dit citaat kan worden afgeleid dat er naast informatie over het klantverzoek tevens informatie wordt uitgewisseld over bezettingsgraden.

136. Al eerder dat jaar hebben H&S en Kloosterboer de tarieven<sup>109</sup> afgesproken die H&S in rekening kan brengen in het geval Kloosterboer de producten van [vertrouwelijk] bij H&S onderbrengt.<sup>110</sup>
137. Uit het voorgaande blijkt dat de ondernemingen Kloosterboer en H&S tarieven hebben afgestemd ten aanzien van een aanvraag van [vertrouwelijk] en informatie hebben uitgewisseld, zowel ondersteunend aan die aanvraag als los daarvan.

### 3.3.9 Overige uitgewisselde informatie

138. Buiten de hiervoor genoemde informatie die tussen de betrokken ondernemingen is uitgewisseld, bevat het dossier aanvullende bewijsstukken voor uitwisseling van informatie.
139. Tijdens de bijeenkomst van 31 juli 2006 in Wamel hebben de ondernemingen H&S en Kloosterboer informatie uitgewisseld over klanten en bezetting:

*"Kloosterboer:*

*Wel gegroeid in concentraat/sap maar minder opslag vanwege hoge prijzen en tevens productie "op afroep" om logistieke kosten te sparen. Elst is grote klant kwijt (verkocht aan bulkboer) en daardoor slechte bezetting ([vertrouwelijk])*

*Van Bon:*

*Oude klanten vastgehouden maar de verwachte toename door aankoop KVB is tegengevallen ([vertrouwelijk]). Voldoende (blend)werk maar tekort opslag ([vertrouwelijk]). Tevens eenmalige extra kosten door afvloeiing personeel (ex KVB).[Vertrouwelijk]. Een aantal slagen gemaakt in productie/interne logistiek maar door lay-out blijft een bepaalde mate van*

<sup>108</sup> Bijlage 16 van dossierstuk 55 (document 7601/306).

<sup>109</sup> Deze tarieven komen overigens nagenoeg overeen met de tarieven die Directeur KB op 28 november 2008 aan Operationeel verantwoordelijke H&S heeft gestuurd, zijnde de tarieven die Kloosterboer zelf aan [vertrouwelijk] hebben aangeboden.

<sup>110</sup> E-mail d.d. 31 januari 2009 van Operationeel verantwoordelijke H&S aan Vestigingsmanager H&S (bijlage 21 van dossierstuk 56, document 7601/307).

## Besluit Openbaar

*inefficiëntie.*<sup>111</sup>

140. In maart 2007 stuurt H&S vooruitlopend op de realisatie van het project Medel haar klantenlijst door aan Kloosterboer.<sup>112</sup> De bedoeling van de betrokken ondernemingen was om hun klanten op het gebied van vruchtsappen en concentraten in te brengen in de nieuw op te richten vennootschap ten behoeve van het project Medel. H&S verstrekt haar klantenlijst ruim twee jaar voordat er definitief een beslissing komt over het wel of niet realiseren van een gezamenlijke locatie in Medel. In november 2009 ziet Kloosterboer definitief af van dit project.<sup>113</sup>

141. Op 27 november 2007 spreekt Directeur KB telefonisch met de heer [vertrouwelijk], CEO van de onderneming [vertrouwelijk]. Directeur KB brengt Operationeel verantwoordelijke H&S van dit telefoongesprek op de hoogte per e-mail. Hij geeft in die e-mail aan in de loop van die week een aanvraag van [vertrouwelijk] te verwachten. Directeur KB adviseert Operationeel verantwoordelijke H&S om de heer [vertrouwelijk] een e-mail te sturen, zodat hij ook een aanvraag van [vertrouwelijk] ontvangt. Directeur KB en Operationeel verantwoordelijke H&S kunnen dan samen bekijken hoe zij op die aanvraag zullen reageren:

*“Er is nog geen mail met opgave gestuurd [...] waarop zou moeten worden aangeboden maar die verwacht ik ergens loop volgende week. [...] [vertrouwelijk] is diegene die beslist en die moet je even een mail sturen ; krijg je waarschijnlijk dezelfde mail volgende week als ik en kunnen we even bekijken wat wijsheid is.”*<sup>114</sup>

142. Een paar dagen later ontvangt Directeur KB een e-mail van [vertrouwelijk] naar aanleiding van een telefoongesprek met hen, waarin [vertrouwelijk] tarieven aanvraagt. [Vertrouwelijk] merkt in deze e-mail nog op:

*“Please be assured the quotation you provide is not intended to be shared with other parties.”*<sup>115</sup>

Directeur KB stuurt deze e-mail door aan Operationeel verantwoordelijke H&S en geeft aan dat zij contact zullen houden over deze aanvraag:

<sup>111</sup> Bijlage 37 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

<sup>112</sup> Lijst met klanten Beneden-Leeuwen (bijlage 23 van dossierstuk 54, document 7601/305).

<sup>113</sup> Zie ook randnummer 96.

<sup>114</sup> Bijlage 18 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

<sup>115</sup> Bijlage 52 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

## Besluit Openbaar

40/77

*“[Vertrouwelijk] weet niet of je deze mail ook al ontvangen hebt en contact hebt gezocht?? Je leest het goed onderaan ; our once excellent business relationship .... tot dat de burens de prijzen met [vertrouwelijk]% afgaven :-) Wij zullen aan prijzen gaan werken ; houden wel even contact”<sup>116</sup>*

143. Eerder is aangegeven dat in het kader van het contact over [vertrouwelijk] informatie over de bezettingsgraad van H&S is uitgewisseld. Andersom blijkt uit het verslag van de bijeenkomst in Wamel dat ook H&S op de hoogte wordt gehouden van de bezetting van Kloosterboer. Kloosterboer deelt tijdens de bijeenkomst in Wamel het volgende mee: *“Elst is grote klant kwijt (verkocht aan bulkboer) en daardoor slechte bezetting ([vertrouwelijk])”*.<sup>117</sup>

### 3.3.10 Conclusie

144. ACM stelt op basis van voorgaande vast dat betrokken ondernemingen zijn overeengekomen om parallel aan hun (herhaaldelijke) verkenningen naar mogelijkheden voor verregaande samenwerking onderling de concurrentie te beperken. De betrokken ondernemingen hebben hier ook daadwerkelijk uitvoering aan gegeven door tarieven af te stemmen voor offerte-aanvragen van klanten en ter ondersteuning of los daarvan informatie uit te wisselen. Betrokken ondernemingen pasten deze gedragingen vanaf 31 juli 2006 toe op hun actuele verhoudingen.
145. Uit het dossier blijkt dat de ondernemingen H&S en Kloosterboer in in ieder geval vijf concrete gevallen bij aanvragen van klanten en/of in onderhandelingen met klanten tarieven van offertes hebben afgestemd.<sup>118</sup> ACM stelt voorts vast dat tijdens de beschreven contactmomenten ten aanzien van in ieder geval een zevental klanten informatie is uitgewisseld ter ondersteuning aan de tariefafstemming of los daarvan. Deze informatie bestond onder andere uit informatie over een contract tussen H&S en een klant, bedrijfstechnische informatie, mededeling over het wel of niet ontvangen van een tender en het afgeven van een tarief op een aanvraag, de voorgenomen te offereën tarieven en informatie over de bezetting. Daarnaast hebben de betrokken ondernemingen informatie uitgewisseld over de klantenkring van H&S.

---

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> Bijlage 37 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

<sup>118</sup> [Vertrouwelijk].



## Besluit Openbaar

146. Betrokken ondernemingen beoogden met hun gedragingen hun onderlinge concurrentie te beperken om zo hogere tarieven te kunnen bedingen op offerteaanvragen. De tariefafstemming en de tussen betrokken ondernemingen uitgewisselde informatie stelden hen in staat om hun onderhandelingspositie richting hun klanten te versterken. Hierdoor konden betrokken ondernemingen hogere dan wel minder lage tarieven bedingen dan in een normale concurrentiesituatie.

## 4 Juridische beoordeling

### 4.1 Inleiding

147. In dit hoofdstuk wordt de juridische beoordeling door ACM uiteengezet. Daarbij worden de gedragingen allereerst getoetst aan artikel 6 Mw en, vervolgens, aan artikel 101 VWEU, inclusief de daarin vervatte en daarop gebaseerde uitzonderingen. Daarbij bespreekt ACM tevens de zienswijze van H&S.

### 4.2 Artikel 6 Mw

148. Artikel 6, lid 1, Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Blijkens de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet sluit het kartelverbod van artikel 6 Mw zo veel mogelijk aan bij artikel 101, eerste lid, VWEU.<sup>119</sup> Dit houdt in dat de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie) voor de uitleg van artikel 6 Mw mede richtinggevend zijn. Het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw geldt niet voor de in artikel 6, derde lid, Mw genoemde uitzonderingen.

#### 4.2.1 Onderneming in de zin van de Mededingingswet

149. Ingevolge artikel 1, sub f, Mw dient het begrip onderneming in artikel 6, lid 1, Mw te worden uitgelegd in de zin van 101, lid 1, VWEU.<sup>120</sup> Het begrip onderneming is door het Hof van Justitie gedefinieerd als elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar

<sup>119</sup> Zie: MvT bij de Mededingingswet, Tweede kamer 24 707, nr. 3, p. 9; NAV, Tweede Kamer 24 707, nr. 6, p. 11.

<sup>120</sup> Artikel 1 sub f Mw noemt nog artikel 81, lid 1, van het Verdrag van de Europese Gemeenschappen maar dit is per 1 december 2009 vervangen door het huidige artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

## Besluit Openbaar

rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.<sup>121</sup>

150. ACM stelt vast dat de bij de gedragingen betrokken ondernemingen met de opslag en verwerking van vruchtensappen- en concentraten in koel- en/of vrieshuizen economische activiteiten verrichten. Dit is door de betrokken ondernemingen niet betwist. De betrokken ondernemingen zijn dan ook aan te merken als ondernemingen in de zin van artikel 6, lid 1, juncto artikel 1, sub f, Mw.

### 4.3 Overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging

#### 4.3.1 Juridisch kader

151. Het kartelverbod in artikel 6, eerste lid, Mw ziet zowel op overeenkomsten als op onderling afgestemde feitelijke gedragingen. De overeenkomst en de onderling afgestemde gedraging zijn samenspanningsvormen van dezelfde aard, die slechts verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren. Beide samenspanningsvormen tussen of van ondernemingen schenden de grondgedachte van de mededingingsvoorschriften, die inhoudt dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de markt zal voeren.<sup>122</sup> Deze zelfstandigheidseis ontnemt de ondernemer niet het recht zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten aan te passen. Daarentegen staat deze eis van zelfstandigheid wel in de weg aan contact tussen ondernemers, indien dat contact tot doel heeft het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent te beïnvloeden of kennis te geven aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag.<sup>123</sup>
152. Door al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers kan hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent worden beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte worden gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen, gelet op de aard van de producten of

<sup>121</sup> Vergelijk HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner e.a. t. Macrotron GmbH, Jur. 1991, p. I-01979, r.o. 22 en 23.

<sup>122</sup> Gerecht 15 maart 2000, zaak T-25/95, Cement, r.o. 1852. Het Gerecht heeft dit specifiek voor het Verdrag bepaald. Dit is echter ook van toepassing op, in ieder geval, het kartelverbod in de Mededingingswet gezien de aansluiting van artikel 6 Mw bij artikel 101, eerste lid, VWEU. Zie ook HvJ EG 20 november 2008, C-209/07, BIDS, r.o. 34.

<sup>123</sup> HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48 e.a., Suiker Unie, r.o. 173-174; HvJ EG 14 juli 1981, zaak 172/80, Züchner/Bayerische Vereinsbank, r.o. 13-14; HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-89/85, Ahlström, r.o. 63; HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-7/95 P, Deere, Jur. 1998, p. I-3111, r.o. 86-87; HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Participazioni, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 116-117.

## Besluit Openbaar

verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de relevante markt.<sup>124</sup>

153. Volgens vaste rechtspraak is sprake van een overeenkomst (in de zin van artikel 1, onder e, Mw) wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.<sup>125</sup> Er zijn geen vormvereisten of contractuele sancties nodig en uitvoerings- of handhavingsmaatregelen zijn evenmin vereist. Het bestaan van een overeenkomst kan uitdrukkelijk of impliciet blijken uit het gedrag van de ondernemingen.<sup>126</sup>
154. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging (in de zin van artikel 1, onder h, Mw) omvat een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.<sup>127</sup> Een gedraging kan als onderling afgestemde feitelijke gedraging kwalificeren, zelfs wanneer de partijen vooraf geen volledige overeenstemming hebben bereikt over een gemeenschappelijk plan waarin hun marktgedrag is vastgelegd, maar wel gebruik maken van of deelnemen aan op heimelijke verstandhouding berustende systemen die de coördinatie van hun commerciële gedragingen vergemakkelijken.<sup>128</sup> Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan een onderling afgestemde feitelijke gedraging voorts reeds worden aangenomen indien sprake is van een proces van onderhandelingen en voorbereidingen die er uiteindelijk toe leiden dat er een algemeen plan tot stand komt om de markt te reguleren.
155. Uit de bewoordingen van artikel 101, eerste lid, VWEU en artikel 6, eerste lid, Mw blijkt voorts dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging naast afstemming tussen de ondernemingen ook een daarop volgend marktgedrag vereist, alsmede een oorzakelijk verband tussen afstemming en marktgedrag. De ondernemingen die aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging deelnemen en op de markt actief blijven, worden echter, behoudens het door de betrokken ondernemingen te leveren tegenbewijs, vermoed bij de

<sup>124</sup> HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111 en 113-114/73, *Suiker Unie*, r.o. 173-174; HvJ EG 14 juli 1981, zaak 172/80, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*, r.o. 13-14; HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö e.a. vs Commissie*, r.o. 63; HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-7/95 P, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, r.o. 86-87; HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Anic Partecipazioni SpA vs Commissie*, Jur. 1999, p. I-4125, r.o. 116-117.

<sup>125</sup> *Gerecht* 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 e.a., *Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. e.a./Commissie (PVC II)*, Jur. p. II-931, r.o. 715.

<sup>126</sup> *Gerecht* 17 december 1991, zaak T-7/89, *Polypropyleen*, r.o. 262-264.

<sup>127</sup> HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, r.o. 26 en HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69, *Imperial Chemical Industries t. Commissie*, Jur. 1972, p. 619, r.o. 64.

<sup>128</sup> *Zaak T-7/89, Hercules Chemicals/Commissie*, Jur. 1991, blz. II-1711, r.o. 256.

## Besluit Openbaar

bepaling van hun gedrag op de markt rekening te blijven houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld.<sup>129</sup> Wanneer kan worden aangetoond dat deze ondernemingen hun gedragingen op elkaar hebben afgestemd en op de markt actief zijn gebleven, mag worden geëist dat zij het bewijs leveren dat die afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad.<sup>130</sup>

156. Een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen kan de uitdrukking zijn van één enkele overtreding die ten dele onder het begrip overeenkomst en ten dele onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging valt. Het is in een dergelijk geval niet noodzakelijk de inbreuk uitsluitend als één van beide vormen te kwalificeren. Een inbreuk die beide vormen in zich verenigt, wordt een complexe inbreuk genoemd. ACM kan in zo'n geval het geheel van feitelijke bestanddelen aanduiden als 'overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging'<sup>131</sup>; het is niet noodzakelijk dat ACM de inbreuk voor elke onderneming op elk tijdstip precies als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedraging kwalificeert.<sup>132</sup>
157. De begrippen 'overeenkomst' en 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' zijn plooibaar en kunnen elkaar overlappen. Bepaald gedrag, in strijd met de mededingingsregels, kan op gezette tijden veranderen of er kunnen mechanismen worden overgenomen of versterkt om rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen. Het is zelfs mogelijk dat er helemaal geen onderscheid tussen beide vormen van gedrag mogelijk is, aangezien een inbreuk in onderlinge samenhang gezien gelijktijdig alle vormen van verboden gedrag kan vertegenwoordigen, terwijl een aantal uitingen, indien deze apart worden genomen, zuiver als één vorm in plaats van een andere vorm beschreven kunnen worden. Het zou analytisch gezien kunstmatig zijn om datgene wat duidelijk een doorlopende gemeenschappelijke gedraging is en één en hetzelfde algemene doel heeft, in verscheidene vormen van inbreuk onder te verdelen. Een kartel kan daarom tegelijkertijd een overeenkomst en een onderling afgestemde feitelijke gedraging vertegenwoordigen.

### 4.3.2 Toepassing op onderhavige zaak

<sup>129</sup> Zaak C-199/9z P, Hüls/Commissie, Jur. 1999, blz. I-4287, r.o. 162.

<sup>130</sup> HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., Orange Nederland N.V., Vodafone Libertel N.V. t. Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, r.o. 61.

<sup>131</sup> HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Jur. 1999, blz. I-4125, r.o. 43.

<sup>132</sup> Gevoegde zaken T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commissie (PVC II), Jur. 1999, blz. II-931, r.o. 696.

## Besluit Openbaar

45/77

158. ACM hanteert in de onderhavige zaak de term ‘de gedragingen’ voor het geheel van de in hoofdstuk 3 van dit besluit beschreven gedragingen van de betrokken ondernemingen. ACM brengt hiermee tot uiting dat sommige handelingen zijn aan te merken als overeenkomst, andere als onderling afgestemde feitelijke gedraging en weer andere handelingen kenmerken vertonen van beide vormen van onrechtmatig gedrag. De overkoepelende overtreding – de één enkele inbreuk – wordt afgeleid uit de handelingen van de ondernemingen (zie verder paragraaf 4.1.3).
159. ACM heeft in hoofdstuk 3 van dit besluit op grond van de aldaar genoemde feiten en omstandigheden vastgesteld dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen om bij aanvragen van klanten de onderlinge concurrentiedruk te beperken, waardoor zij hogere prijzen konden bedingen. Beide ondernemingen voelden zich vanaf de bijeenkomst in Wamel op 31 juli 2006 gebonden aan hun afspraak en pasten deze toe op hun onderlinge actuele verhoudingen.
160. In dit kader stemden betrokken ondernemingen tarieven af voor offerte-aanvragen. ACM heeft vastgesteld dat de ondernemingen H&S en Kloosterboer in ieder geval vijf concrete gevallen bij aanvragen van klanten en/of in onderhandelingen met klanten, tarieven van offertes hebben afgestemd.<sup>133</sup>
161. ACM stelt voorts vast dat betrokken ondernemingen ten aanzien van in ieder geval een zevental klanten concurrentiegevoelige informatie hebben uitgewisseld ter ondersteuning aan de tariefafstemming of los daarvan. Zie voor een uitgebreide motivering over de concurrentiegevoeligheid van de uitgewisselde informatie paragraaf 3.3.9.
162. Uit voorgaande volgt dat betrokken ondernemingen de risico's van onderlinge concurrentie bewust hebben vervangen door een vorm van samenwerking die gericht was op het beperken van de onderlinge concurrentiedruk bij offerte-aanvragen van klanten, en ter ondersteuning of los daarvan het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie.
163. De betrokken ondernemingen verminderden de normale onzekerheid in de markt over het (voorgenomen) marktgedrag van de andere onderneming met de uitwisseling van de in hoofdstuk 3 beschreven concurrentiegevoelige informatie. Zo konden zij in onderhandelingen met klanten rekening houden met de informatie die zij uitwisselden over het wel/niet ontvangen van een offerte-aanvraag of wel/geen aanbieding doen voor een bepaalde klant. Ditzelfde geldt voor informatie over de voorgenomen te offreren tarieven, informatie over een

---

<sup>133</sup> [Vertrouwelijk].

## Besluit Openbaar

klant verkregen uit een bezoekersverslag en informatie over een contract met een klant. Naast deze informatie verkregen betrokken ondernemingen verder inzicht in de markt door uitwisseling van een klantenbestand en informatie over bezettingsgraden. De overige uitgewisselde informatie gaf betrokken ondernemingen verder inzicht in de markt waardoor de onzekerheid over het commerciële en strategische beleid van de andere betrokken onderneming nog verder afnam. Dit is in strijd met de zelfstandigheidseis die bepaalt dat iedere ondernemer zelfstandig zijn marktgedrag moet bepalen.

46/77

### 4.3.3 Conclusie

164. De gedragingen, zoals ACM deze in het onderhavige besluit bewezen acht, kunnen derhalve worden gekwalificeerd als een onderling afgestemde feitelijke gedraging en/of een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VWEU.

### 4.3.4 Zienswijze H&S

165. Ten aanzien van de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie geeft H&S in haar zienswijze aan dat deze informatie voornamelijk algemene informatie betrof en niet op toekomstig marktgedrag zag. De informatie zou volgens H&S zijn uitgewisseld in het kader van een mogelijke samenwerking of een overname.
166. H&S stelt tevens dat er concurrentiegevoelige informatie is uitgewisseld ten behoeve van zogenaamde 'overloop'. Van overloop is sprake als betrokken ondernemingen samenwerking zoeken, omdat één van beide te kampen heeft met ondercapaciteit in de koel- en vrieshuizen. H&S noemt hierbij als enige relevante voorbeeld de contactmomenten over tussen H&S en Kloosterboer over [vertrouwelijk]. Volgens H&S moeten de contacten over deze klant in het kader van overloop worden gezien. H&S voert tevens aan dat het contact over de inschrijving voor [vertrouwelijk] samenhang met de aanstelling van H&S door Kloosterboer als transporteur. In dat concrete geval was volgens H&S het doel van het contact tussen de betrokken ondernemingen om na te gaan in hoeverre het H&S, indachtig de aanstelling als transporteur, vrijstond om een zelfstandig aanbod te doen.
167. H&S betoogt verder dat in het geval van de klanten [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] de andere betrokken onderneming geen offerte-aanvraag heeft ontvangen of dat er überhaupt geen offerte-aanvraag was. Volgens H&S was er daarom geen sprake van overeenstemming over de offerte-aanvragen, maar slechts van 'een poging tot overtreding'.

## Besluit Openbaar

### 4.3.5 Reactie ACM

168. ACM merkt ten eerste op dat H&S in haar zienswijze aangeeft dat de contacten over offertes volledig los stonden van de informatie die in het kader van de voorgenomen verregaande samenwerking is uitgewisseld. H&S onderschrijft aldus het oordeel van ACM dat de tariefafstemming een (verboden) gedraging betreft die niets met de beoogde samenwerking tussen betrokken ondernemingen van doen had.
169. ACM stelt tevens op grond van de beschreven feiten en omstandigheden in hoofdstuk 3 vast, dat de informatie-uitwisseling, zoals informatie over een contract tussen H&S en een klant, de mededeling over het wel of niet ontvangen van een *tender* en het afgeven van een tarief op een aanvraag, bedrijfstechnische informatie en te offrenen tarieven ondersteunend was aan de tariefafstemming en niet plaatsvond in verband met een eventuele verregaande samenwerking.
170. Verder is in paragraaf 2.2 gebleken dat de informatie tussen partijen niet slechts werd uitgewisseld ten behoeve van hun beoogde samenwerking, maar dat betrokken ondernemingen in aanloop naar hun samenwerking het beperken van concurrentie toepasten op hun actuele onderlinge verhoudingen. Dat bepaalde informatie tussen betrokken ondernemingen werd uitgewisseld om te komen tot een reële business case<sup>134</sup> doet dan ook niet af aan het feit dat zij ook concurrentiegevoelige informatie uitwisselden enkel en alleen met het doel om hogere tarieven te kunnen bedingen.
171. Zo brengt ACM de volgende uitspraak van Directeur KB in herinnering:
- “indien zij zouden bouwen zonder ons hebben wij er absoluut last van; geen info-uitwisseling meer [onderstreping ACM] en zouden wij elst er uit laten brengen wij feitelijk niets in maar hebben we wel een aandeel. Aan de andere kant snappen zij goed dat bij concurrentie (ik noemde prijzen [vertrouwelijk])% wat wij zouden kunnen aanbieden in elst) het heel veel geld kan kosten [...].”<sup>135</sup>*
172. Ten aanzien van de stelling van H&S dat een aantal contactmomenten tussen betrokken ondernemingen onderdeel waren van afspraken over ondercapaciteit merkt ACM het volgende op. In paragraaf **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.** beschrijft ACM uitgebreid e feiten rondom de tariefafstemming ten aanzien van [vertrouwelijk]. Uit de feiten en

<sup>134</sup> Zie randnummer 85 van het rapport.

<sup>135</sup> Zie randnummer 101.

## Besluit Openbaar

omstandigheden blijkt dat betrokken ondernemingen afspreken dat H&S een hoger tarief dan Kloosterboer aan [vertrouwelijk] biedt. In ruil daarvoor brengt Kloosterboer een deel van de lading van [vertrouwelijk] onder bij H&S. Er is dus geen sprake van ondercapaciteit, maar H&S mag de lading opslaan als tegenprestatie voor het offreren van een hoger tarief.

173. Voor wat betreft het contact over [vertrouwelijk] blijkt uit het dossier dat dit niet tot doel had om in het licht van de aanstelling als transporteur van H&S te achterhalen of H&S mocht inschrijven. Los daarvan stelt ACM vast dat het in het kader van de gestelde afspraken omtrent de aanstelling als transporteur, wat daar ook van zij, het niet noodzakelijk was om (ook) de bij [vertrouwelijk] in rekening te brengen tarieven af te stemmen.
174. Gelet op het voorgaande leidt de zienswijze van H&S niet tot een andere conclusie ten aanzien van de kwalificatie van de gedraging als een onderling afgestemde feitelijke gedraging en/of een overeenkomst gericht op beperking van de mededinging zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 Mw en artikel 101 lid 1 VWEU.

### 4.4 Eén enkele inbreuk

#### 4.4.1 Juridisch kader

175. De wettekst van artikel 6 lid 1 Mw en artikel 101 lid 1 VWEU verbiedt, kort gezegd, mededingingsbeperkende 'overeenkomsten' en 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen'. Niet zelden omvatten kartels echter méér dan een enkele 'overeenkomst' of 'onderling afgestemde feitelijke gedraging'. Kartels functioneren lang niet altijd op basis van één of meer (schriftelijke) overeenkomsten. Een 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' is een kwalificatie die doorgaans beter aansluit op kartelgedragingen, maar ook daarvoor geldt dat een kartel vaak uit meer dan één onderling afgestemde feitelijke gedraging bestaat. Bovendien geldt dat één en hetzelfde heimelijke kartel zich in de loop der tijd kan ontwikkelen: nieuwe ondernemingen sluiten zich erbij aan en andere trekken zich terug. Ook de soorten gedragingen, de frequentie ervan en bijvoorbeeld de geografische reikwijdte van die gedragingen kunnen met het verstrijken van de tijd veranderen. Een kartel vormt in die zin een 'organisch geheel'.<sup>136</sup> In de rechtspraak is het concept van de één enkele inbreuk ontwikkeld om recht te doen aan dit gegeven.
176. Bij een één enkele inbreuk gaat het om overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke

<sup>136</sup> J. Joshua, "Single Continuous Infringement of Article 81 EC: Has the Commission Stretched the Concept Beyond the Limit of its Logic?", in: European Competition Journal juli 2009, blz. 459.



## Besluit Openbaar

49/77

gedragingen die passen binnen een aantal stappen die zijn gericht op één economisch doel, zoals bijvoorbeeld het verstoren van de prijsontwikkeling<sup>137</sup> of het beperken van de onderlinge concurrentie om zo hogere tarieven te kunnen bedingen, zoals in onderhavige zaak. Het betreft één inbreuk waaraan geleidelijk gestalte is gegeven.

177. Het Hof van Justitie oordeelde in december 2013 dat – anders dan tot dan toe veelal werd aangenomen en het Gerecht in eerdere zaken overwoog<sup>138</sup> – complementariteit geen vereiste is, om tot een één enkele inbreuk te kunnen concluderen.

178. Het Hof van Justitie EU vatte in het arrest *Verhuizingen Coppens*<sup>139</sup> in één rechtsoverweging samen wat volgens vaste rechtspraak onder het begrip ‘één enkele inbreuk’ wordt verstaan:<sup>140</sup>

*“Volgens vaste rechtspraak kan een schending van artikel 101 van het VWEU (voorheen artikel 81 EG) ook bestaan in een enkele en complexe inbreuk die bestaat uit een reeks handelingen of voortgezette gedraging die ieder voor zich een schending van die bepaling zouden opleveren. Als de verschillende handelingen wegens hun identieke doel, de verstoring van de mededinging, deel uitmaken van een totaalplan, kunnen ondernemingen naar gelang van de deelname voor de gehele duur van de deelneming aansprakelijk worden gesteld als vast kan worden gesteld dat de onderneming aan het gemeenschappelijke doel heeft willen bijdragen. Voor aansprakelijkheid voor de gehele inbreuk is ook plaats, indien de onderneming slechts aan een deel van de handelingen heeft deelgenomen, maar kennis had van de overige inbreukmakende gedragingen van de andere deelnemers die plaatsvonden met het oog op de gezamenlijke doelstelling (...).”*

179. Op basis van voorgaande is sprake van één enkele inbreuk indien:

- 1) Partijen betrokken zijn geweest bij één of meer overeenkomsten/onderling afgestemde gedragingen (die niet op zichzelf beschouwd een overtreding van het kartelverbod hoeven te vormen);
- 2) de gedragingen van partijen gericht zijn op één en hetzelfde doel;
- 3) partijen met hun eigen gedrag (overeenkomst(en) en/of onderling afgestemd feitelijk gedraging(en)) hebben willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers;

<sup>137</sup> Zoals het geval was in de eerste Europese zaak waarin één enkele inbreuk speelde: HvJ 8 juli 1999, zaak C-49/92P, ECLI:EU:1999:356 (*Anic Partecipazioni*).

<sup>138</sup> Bijvoorbeeld Gerecht 12 december 2007, zaken T-101/05 en T-111/05 (BASF), r.o. 179-181.

<sup>139</sup> HvJ EU 6 december 2012, zaak C-441/11P (*Verhuizingen Coppens*), ECLI:EU:C:2012:778.

<sup>140</sup> Rechtbank Rotterdam 17 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5884, r.o. 3.1.

## Besluit Openbaar

4) partijen de gedragingen van de andere ondernemingen kenden of redelijkerwijs konden voorzien en zij bereid waren het risico ervan te aanvaarden.<sup>141</sup>

180. Op basis van het navolgende concludeert ACM dat de ondernemingen Kloosterboer en H&S betrokken zijn geweest bij een inbreuk zoals hiervoor bedoeld.

### 4.4.2 Toepassing op onderhavige zaak

181. Ten eerste heeft ACM ten aanzien van de eerste voorwaarde in hoofdstuk 3 van dit besluit op grond van de aldaar benoemde feiten en omstandigheden vastgesteld dat partijen betrokken waren bij de gedragingen bestaande uit het afstemmen van tarieven voor offerte-aanvragen en zowel ter ondersteuning daaraan als los daarvan, het uitwisselen van informatie.

182. Ten tweede toont ACM hierna aan dat betrokken ondernemingen met hun gedragingen het gemeenschappelijk doel hadden om bij aanvragen van klanten de onderlinge concurrentiedruk te beperken, waardoor zij hogere prijzen konden bedingen (zie paragraaf 4.3).

183. Uit de beschrijving van de feiten en omstandigheden blijkt dat de tariefafstemming vaak plaatsvond als een klant een aanvraag had uitgezet (bij één van partijen of bij allebei). Ook wanneer er werd onderhandeld tussen een klant en één van de partijen, bijvoorbeeld over een bestaand contract, namen zij contact op met elkaar. Directeur KB moedigde Operationeel verantwoordelijke H&S zelfs aan om bij [vertrouwelijk], een klant waar hij op dat moment mee in onderhandeling was, in beeld te komen zodat H&S ook een tarief kan afgeven.<sup>142</sup>

184. Vervolgens was het praktijk dat degene die de opdracht binnen wilde halen zijn voorgenomen tarief communiceerde aan de andere partij. Deze partij offereerde op haar beurt een hoger tarief dan het eerder gecommuniceerde tarief. Zo was de eerstbedoelde partij er vrijwel zeker van dat de opdracht niet naar de ander zou gaan. Prijs is immers een belangrijk element bij de keuze van een afnemer voor een aanbieder.<sup>143</sup>

185. Directeur KB geeft zelf ook aan dat H&S en Kloosterboer hun onderlinge concurrentie beperken doordat H&S een hoger tarief aanbiedt. Kloosterboer kan zo zijn klanten behouden.

<sup>141</sup> Randnummer 22 verweerschrift ACM eerste aanleg. HvJ EU 19 december 2013, gevoegde zaken C-239/11P, C-489/11P en C-498/11P (*Siemens*) [gasgeïsoleerd schakelmateriaal], ECLI:EU:C:2013:866.

<sup>142</sup> Bijlage 18 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

<sup>143</sup> Zie randnummer 76.

## Besluit Openbaar

51/77

*“Ik had al een aantal maanden eerder aangegeven dat wij een deel van deze lading bij hem zouden onderbrengen aangezien zij structureel op [vertrouwelijk] bezetting zitten en elke offerte hoger aanbieden waarbij in ieder geval onze klanten behouden.”<sup>144</sup>*

186. Het doel van de contacten die er zijn tussen Directeur KB en Operationeel verantwoordelijke H&S blijkt ook duidelijk uit een terugkoppeling die een van de directeuren van Kloosterboer geeft aan zijn mededirecteuren van een bijeenkomst die hij heeft gehad met Directeur H&S. Hij geeft hierin aan:

*“-wat niet opgeschreven is maar wat [vertrouwelijk] belangrijk vindt: we kunnen de concurrentie beperken op deze manier (is zeer te spreken over tandem [vertrouwelijk]).”<sup>145</sup>*

187. Belangrijker nog is dat de werkwijze de aangewezen partij in staat stelde een hoger tarief te laten bedingen dan zonder de afstemming het geval zou zijn. Illustratief hierbij is het verzoek van Directeur KB aan Operationeel verantwoordelijke H&S ten aanzien van de klant [vertrouwelijk]:<sup>146</sup>

*“Graag rond de [vertrouwelijk]% hogere tarieven aanbieden zodat wij de [vertrouwelijk]% kunnen verhogen?”<sup>147</sup>*

188. Uit een interne e-mail van Directeur KB blijkt ook duidelijk dat het doel van de gedragingen van partijen was om onderling de concurrentie te beperken om zo hogere tarieven te kunnen bedingen. Volgens Directeur KB zou Kloosterboer zonder de gedragingen zelfs [vertrouwelijk]% lagere prijzen kunnen aanbieden, Kloosterboer heeft dit ook aan H&S laten weten:<sup>148</sup>

*“Aan de andere kant snappen zij [ACM: H&S] goed dat bij concurrentie (ik noemde prijzen - [vertrouwelijk]% wat wij zouden kunnen aanbieden in elst) het heel veel geld kan gaan kosten[...].”*

189. De uitwisseling van informatie tussen partijen diende tevens het gemeenschappelijk doel om de onderlinge concurrentie te beperken om zo hogere tarieven te kunnen bedingen. Een deel

---

<sup>144</sup> Zie ook randnummer 135.

<sup>145</sup> E-mail d.d. 8 december 2008 van één van de directeuren aan 'Group Five' (bijlage 14 van dossierstuk 55, document 7601/306).

<sup>146</sup> Zie ook randnummer 113.

<sup>147</sup> Bijlage 7 van dossierstuk 54 (document 7601/305).

<sup>148</sup> Zie ook randnummer 101.

## Besluit Openbaar

van de informatie, zoals informatie over tarieven, stelde partijen in staat om de tariefafstemming vorm te geven. De overige uitgewisselde informatie gaf partijen dusdanig inzicht in de markt dat het betrokken ondernemingen in staat stelde om de onderhandelingspositie ten opzichte van hun klant sterk te verbeteren. Hierdoor waren partijen nog beter geëquipeerd om in de onderhandelingen met klanten een hoger tarief te bedingen.

190. Zoals eerder aangegeven verwoordt Operationeel verantwoordelijke H&S dit als volgt:

*“Ik moet eerlijk zeggen dat het contact erg goed is, want zij geven zich volledig bloot wat ze aan het doen zijn in de markt met klanten. Hierdoor kunnen we ook naar de toekomst toe beter performen met onze tariefstelling.”<sup>149</sup>*

### 4.4.3 Conclusie

191. Uit de hierboven beschreven werkwijze en de feiten en omstandigheden beschreven in paragraaf 3.3 blijkt dat de betrokken ondernemingen het gemeenschappelijk doel hadden om bij aanvragen van klanten de onderlinge concurrentie te beperken om zo hogere tarieven te kunnen bedingen.
192. Als laatste kan uit de beschreven feiten en omstandigheden worden opgemaakt dat partijen met hun eigen gedrag hebben willen bijdragen aan het beperken van hun onderlinge concurrentie om zo hogere tarieven te kunnen bedingen. Omdat de betrokken ondernemingen ten slotte allebei direct betrokken waren bij de gedragingen kan worden aangenomen dat zij beide de gedragingen van de andere onderneming kenden of redelijkerwijs konden voorzien en dat zij bereid waren het risico van hun gedragingen te aanvaarden.

## 4.5 Strekkingsbeding

### 4.5.1 Juridisch kader

#### *Strekking*

193. 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.

---

<sup>149</sup> Bijlage 9 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

## Besluit Openbaar

194. Bij de beoordeling of een overeenkomst de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij geacht kan worden een mededingingsbeperkende strekking te hebben, moet worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook de economische en juridische context.<sup>150</sup>
195. 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. 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.<sup>151</sup>
196. 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.”<sup>152</sup> Om te bepalen of het gedrag naar zijn 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.<sup>153</sup>

### *Informatie-uitwisseling*

197. Uitwisseling van informatie tussen ondernemingen kan leiden tot een beperking van de mededinging.<sup>154</sup> Informatie wordt concurrentiegevoeliger naarmate zij i) betrekking heeft op concurrentieparameters zoals prijzen, productie, afzet of klanten; ii) gedetailleerder is, op lager aggregatieniveau wordt uitgewisseld, interne bedrijfsinformatie betreft die niet openbaar beschikbaar is of wordt uitgewisseld; iii) actueler en frequenter wordt verstrekt.
198. Indien het aanbod op een markt sterk geconcentreerd is, kan de uitwisseling van bepaalde informatie, met name naar gelang van de soort uitgewisselde informatie, het ondernemingen de mogelijkheid bieden de positie en de commerciële strategie van hun concurrenten op de markt te kennen, waardoor de rivaliteit op de deze markt wordt vervalst en de waarschijnlijkheid van collusie wordt vergroot of collusie zelfs wordt vergemakkelijkt.<sup>155</sup>

### *Aantal klanten*

<sup>150</sup> HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13 P (*Groupement des bancaires*), r.o. 53.

<sup>151</sup> HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08 (*T-Mobile Netherlands / Nma*), r.o. 31.

<sup>152</sup> HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13 P (*Groupement des bancaires*), r.o. 82.

<sup>153</sup> HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13 P (*Groupement des bancaires*), r.o. 78.

<sup>154</sup> HvJ EU 23 november 2006, zaak C-238/05, (*Asnef-Equifax*), r.o. 54.

<sup>155</sup> HvJ EU 23 november 2006, zaak C-238/05, (*Asnef-Equifax*), r.o. 58.

## Besluit Openbaar

199. Volgens het Europese Hof van Justitie hangt het antwoord op de vraag of een verdelingsovereenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft en in het bijzonder negatieve gevolgen op de markt kan teweegbrengen niet af van het concrete aantal klanten dat daadwerkelijk is verdeeld, maar uitsluitend van de inhoud en de objectieve doelstellingen van deze overeenkomst in het licht van de economische en juridische context waarin zij is gesloten.<sup>156</sup>

### 4.5.2 Toepassing op onderhavige zaak

200. Met betrekking tot de bewoordingen van de gedragingen die betrokken ondernemingen zijn overeengekomen staat in de eerste plaats vast dat zij zijn overeengekomen hun onderlinge concurrentie te beperken. Zij geven dit vorm door tarieven af te stemmen voor offerte-aanvragen van klanten en ter ondersteuning of los daarvan andere informatie uit te wisselen.

201. De gedragingen van betrokken ondernemingen hadden, ten tweede, tot gemeenschappelijk doel om bij aanvragen van klanten de onderlinge concurrentiedruk te beperken, waardoor zij hogere prijzen konden bedingen.<sup>157</sup> Met de gedragingen streefden zij een doelstelling na die kennelijk in strijd was met de goede werking van de mededinging. Gedragingen die leiden tot een dergelijke horizontale prijsbepaling kunnen worden beschouwd als gedragingen die ertoe strekken de mededinging te beperken.<sup>158</sup>

202. Ten derde gaat ACM hierna in op de economische en juridische context en neemt daarbij tevens de aard van de diensten, de daadwerkelijke voorwaarden waaronder de relevante markt functioneert en de structuur van de markt in aanmerking.

203. ACM stelt voorop dat de betrokken ondernemingen in de relevante periode in Nederland beide actief waren op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten. Zowel vanuit de aanbodzijde als vanuit de vraagzijde bezien waren zij alternatieven voor elkaar, zie paragraaf 2.1. Hieruit volgt dat H&S en Kloosterboer gedurende de periode van overtreding zijn aan te merken als directe concurrenten van elkaar.

204. Zoals uit het navolgende zal blijken waren de gedragingen van de betrokken ondernemingen concreet geschikt om de mededinging te beperken. Dit volgt onder meer uit de vaststelling dat hun gemeenschappelijk doel zag op het bedingen van hogere prijzen. Zoals ACM in

<sup>156</sup> HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-172/14 (*ING Pensii / Consiliul Concurentei*), r.o. 55.

<sup>157</sup> Zie ook paragraaf 4.4.

<sup>158</sup> HvJ EU 11 september 2014, zaak C-67/13 P (*Groupement des bancaires*), r.o. 49-51.

## Besluit Openbaar

randnummer 76 vaststelt was prijs een belangrijke, zo niet de belangrijkste concurrentieparameter.

205. Daarnaast bestaan de gedragingen van betrokken ondernemingen er uit dat zij afspreken dat de ene partij voor een bepaalde (potentiële) klant een hoger tarief offreert dan de andere. Dit stelt laatstbedoelde partij op zijn beurt weer in staat om een hoger tarief dan wel een minder laag tarief te offeren dan in een normale concurrentiesituatie. Dit is relevant omdat in randnummer 80 is geconstateerd dat afnemers bij kleine prijsverschillen tussen aanbieders niet snel geneigd zullen zijn om over te stappen.
206. De situatie kan zich namelijk voordoen dat een afnemer, die klant is van één van de betrokken ondernemingen, in het kader van bijvoorbeeld het uitvoeren van een *benchmark* of als gevolg van een eenzijdige prijsverhoging,<sup>159</sup> tarieven opvraagt bij meerdere aanbieders. Betrokken ondernemingen zullen op basis van hun afstemming geen tariefkortingen bieden. Dit tezamen met de wetenschap dat afnemers niet snel geneigd zijn om bij kleine prijsstijgingen over te stappen, stelt de huidige aanbieder van de afnemer in staat om een minder laag tarief te bieden of zijn eenzijdige prijsverhoging door te voeren.
207. In het geval van een *benchmark* zal de afnemer bij een hoger aanbod van de andere aanbieder niet snel overstappen, ook niet als de aanbieder beter scoort op bijvoorbeeld kwaliteit. Immers, overstappen brengt risico's met zich.<sup>160</sup> Omdat de ondernemingen H&S en Kloosterboer de onderlinge prijsconcurrentie beperkten werd de prikkel voor afnemers om naar de andere partij over te stappen verminderd. De beperking van de onderlinge concurrentiedruk verminderde tevens de prikkel voor de betrokken ondernemingen om te innoveren, de kwaliteit of service te verhogen of efficiëntieverbeteringen aan te brengen.
208. Ook in het geval een afnemer actief op zoek was naar een andere aanbieder (bijvoorbeeld omdat deze ontevreden was over zijn huidige aanbieder) werd de onderlinge concurrentie tussen betrokken ondernemingen beperkt. Omdat de huidige aanbieder wist dat de andere partij een veel hoger tarief bood, hoefde deze minder rekening te houden met de mogelijkheid dat de afnemer zou overstappen naar de andere partij.
209. Naast het afstemmen van tarieven hebben betrokken ondernemingen informatie uitgewisseld bestaande uit onder andere informatie over een contract tussen H&S en een klant,

---

<sup>159</sup> Zie randnummer 74.

<sup>160</sup> Zie randnummer 80.

## Besluit Openbaar

bedrijfstechnische informatie, mededeling over het wel of niet ontvangen van een *tender* en het wel of niet afgeven van een tarief op een aanvraag, de voorgenomen te offreren tarieven en informatie over de bezetting en klantenkring.

210. De uitgewisselde informatie betreft in onderhavige zaak niet-openbare concurrentiegevoelige informatie.<sup>161</sup> Het gaat daarbij niet om historische of geaggregeerde informatie, maar om recente informatie dan wel informatie over voorgenomen toekomstig gedrag die herleidbaar is naar individuele ondernemingen en/of klanten. De uitgewisselde informatie betreft namelijk bijzonder relevante concurrentieparameters zoals prijzen, het al dan niet doen van een bieding en beschikbare capaciteit.
211. In de situatie waarin betrokken ondernemingen informatie deelden over het al dan niet ontvangen van een *tender* of het al dan niet doen van een bieding had de ene partij kennis van het feit dat de andere aan een bepaalde klant geen aanbidding zou doen. Zonder deze informatie zou de onderneming in onzekerheid verkeren of de andere onderneming ook zal offreren. In dat geval is het noodzakelijk om scherp te offreren, om te voorkomen dat de betreffende klant overstapt naar de concurrent. Het is duidelijk dat het delen van de beschreven informatie leidt tot hogere dan wel minder lage tarieven dan in een normale concurrentiesituatie.
212. In een markt die kenmerken vertoont van een geconcentreerde markt zal de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie eerder een beperking van de mededinging opleveren dan in een niet-geconcentreerde markt. De markt waar aanbidders van opslag en verwerking van vruchtsappen en concentraten zich op begeven vertoont in hoge mate kenmerken van een geconcentreerde markt. Zo is uit hoofdstuk 2 gebleken dat er slechts een beperkt aantal aanbidders zijn. Beide betrokken ondernemingen zijn de nummers 1 en 3 in de markt, met nog slechts één andere concurrent van enige omvang. De toetredingsdrempels zijn hoog, uit randnummers 43 en verder blijkt dat het niet eenvoudig is om op korte termijn de relevante diensten aan te kunnen bieden. Bovendien bieden beide betrokken ondernemingen een vrijwel identieke dienst.
213. Het afstemmen van de tarieven stelden de betrokken ondernemingen in staat om hun onderlinge concurrentiedruk te verminderen. De vermindering van die concurrentiedruk werd nog eens versterkt doordat zij met het uitwisselen van aanvullende concurrentiegevoelige informatie elkaar verder inzicht in de markt verschaften.

56/77

---

<sup>161</sup> Gespreksverslag Nekovri p. 1 (dossierstuk 16, document 7601/99).



## Besluit Openbaar

214. Zoals Operationeel verantwoordelijke H&S aangeeft verschaften de betrokken ondernemingen elkaar zelfs volledig inzicht in de markt, waardoor zij een beter tarief konden bedingen bij hun klanten.<sup>162</sup> Dit inzicht verminderde de normale onzekerheid in de markt over het (voorgenomen) marktgedrag van de andere partij. Onzekerheid over het commerciële en strategische beleid van de concurrent is in een normale concurrentiesituatie een belangrijke prikkel om te innoveren en de bedrijfsvoering efficiënter in te richten. De informatie-uitwisseling tezamen met de tariefafstemming stelde betrokken ondernemingen in staat de onderlinge concurrentiedruk sterk te verminderen.

### 4.5.3 Conclusie

215. Gelet op voorgaande waren de gedragingen van de betrokken ondernemingen naar het oordeel van ACM concreet geschikt om te leiden tot een beperking van de mededinging en strekten de gedragingen ertoe de mededinging te beperken.

### 4.5.4 Zienswijze H&S

216. H&S stelt in haar zienswijze dat de contacten en informatie-uitwisseling over offerte-aanvragen een wezenlijk ander doel hadden dan de contacten en informatie-uitwisseling in het kader van de samenwerkings- en/of overnamegesprekken. Zij strekten er volgens H&S niet toe om hogere prijzen te kunnen bedingen, maar vonden plaats in het kader van overnamegesprekken. H&S licht in haar zienswijze toe dat het aantal offertes waarover Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur KB contact hebben gehad, maximaal [vertrouwelijk]% is geweest van het aantal offertes dat Van Bon in de periode 2006-2009 heeft uitgebracht. Ook indien de offertes waarover contact is geweest worden afgezet tegen de totale omzet van Van Bon zou dat beeld niet anders zijn. Volgens H&S heeft het incidentele contact over de offertes geen effect gehad op de prijsstelling van H&S. H&S is het niet eens met de conclusie van ACM dat de gedragingen van betrokken ondernemingen concreet geschikt zijn om de mededinging te beperken.

### 4.5.5 Reactie ACM

217. ACM stelt voorop dat de informatie – die naar zeggen van H&S in het kader van samenwerkings- en/of overnamegesprekken werd uitgewisseld – bijdroeg aan het verkrijgen

---

<sup>162</sup> Bijlage 9 van dossierstuk 56 (document 7601/307).

## Besluit Openbaar

van inzicht in de markt. De contacten over klanten en de aanvullende uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie hadden als gevolg dat de normale onzekerheid in de markt over het voorgenomen marktgedrag van partijen afnam. Het beperken van die onzekerheid droeg bij aan het verstevigen van de onderhandelingspositie van partijen, waardoor zij in staat werden gesteld om de onderlinge concurrentie te beperken en hogere tarieven te bedingen.

218. Dat de afstemming over tarieven van offerte-aanvragen en ter ondersteuning daaraan de uitwisseling van informatie, volgens H&S slechts incidenteel zou hebben plaatsgevonden doet niet af aan het feit dat deze gedragingen bijdroegen aan het doel van betrokken ondernemingen om hogere tarieven te kunnen bedingen. Dat het aantal offertes waarover contact is opgenomen [vertrouwelijk]% van het totaal aantal uitgebrachte offertes zou zijn, wat daar ook van zij, is in dit verband niet maatgevend. De offertes waarover contact is opgenomen vertegenwoordigden bovendien een niet gering aandeel van de omzet. Daarnaast miskent H&S dat de gedragingen zich niet beperkten tot die offertes waar contact over is geweest en die aan H&S zijn gegund; ook de offertes van Kloosterboer dienen te worden betrokken en ten slotte is er ook contact geweest over offertes die wellicht aan een andere partij dan de betrokken ondernemingen zijn gegund.
219. Zoals hiervoor weergegeven stelt ACM vast dat de gedragingen tussen de betrokken ondernemingen ertoe strekten de mededinging te beperken. In dat geval is het aantal klanten dat concreet wordt geraakt door de gedragingen van betrokken ondernemingen niet relevant voor de vaststelling dat sprake is van een mededingingsbeperkende strekking.<sup>163</sup>
220. De stelling van H&S dat er geen sprake zou zijn van een één enkele inbreuk omdat de gedragingen alleen plaatsvonden tijdens overname dan wel samenwerkingsgesprekken volgt ACM niet. Ook in het kader van voorgenomen samenwerking of overname gelden de reguliere mededingingsregels. H&S heeft geen gemotiveerd beroep op enige uitzondering daarop gedaan. Bovendien heeft H&S tijdens de hoorzitting zelf aangegeven dat de contacten over offertes niet noodzakelijk waren voor de samenwerkings- en/of overnamegesprekken.

### 4.6 Duur overtreding

221. Gelet op de in hoofdstuk 3 van dit besluit aangehaalde bewijsmiddelen is ACM van oordeel dat de overtreding door de ondernemingen H&S en Kloosterboer op 31 juli 2006 is begonnen.

<sup>163</sup> Zie ook HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-172/14 (*ING Pensii / Consiliul Concurentei*), r.o. 53-55.

## Besluit Openbaar

Op die datum namen de ondernemingen H&S en Kloosterboer deel aan een bijeenkomst waarin zij onderling concurrentiegevoelige informatie hebben uitgewisseld. Daarnaast wordt tijdens de bijeenkomst voor het eerst gesproken over de mogelijkheid van tariefsverhoging en over de optie om in de toenmalige situatie (bestaande uit twee zelfstandige ondernemingen) de beide ondernemingen te optimaliseren door de uitwisseling van gegevens en klanten.

222. Zoals ACM in randnummer 96 van dit besluit weergeeft, neemt Kloosterboer op 16 november 2009 per brief afstand van de intentieovereenkomst waarin plannen tot samenvoeging van de locatie in Elst en de locatie Beneden-Leeuwen zijn opgenomen en de intentie voor de realisatie van een gezamenlijk koel- en vrieshuis en een containerterminal op het bedrijventerrein Medel in Tiel. In de onderhavige zaak neemt ACM 16 november 2009 als einddatum van de overtreding.

### 4.6.1 Zienswijze H&S

223. Volgens H&S is de inbreuk beperkt tot de periode 2006-2008. Zij stelt dat er voor de periode na november 2008 geen bewijs is voor concurrentiebeperkend contact tussen betrokken ondernemingen.

### 4.6.2 Reactie ACM

224. ACM deelt de zienswijze van H&S, dat er in de periode na november 2008 geen sprake meer was van concurrentiebeperkend gedrag, niet. Zoals in randnummers 132 en verder aangegeven, hebben H&S en Kloosterboer begin januari 2009 de tarieven afgestemd ten aanzien van een aanvraag van [vertrouwelijk] en concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld in het kader van de afstemming. Derhalve ziet ACM geen aanleiding voor een ander oordeel dan bovenstaand, dat de gedragingen van 31 juli 2006 tot en met 16 november 2009 hebben geduurd.

## 4.7 Merkbaarheid

225. Zoals ook uit het arrest *Expedia* van het Hof van Justitie (HvJ) volgt, beperkt een strekkingsbeperking<sup>164</sup> die onder de werkingssfeer van artikel 101, eerste lid VwEU valt, naar

<sup>164</sup> 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 gemeenschappelijke markt concreet kan verhinderen, beperken of vervalsen. Zie HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08 (*T-Mobile*), r.o. 42.

## Besluit Openbaar

haar aard en los van elk concreet gevolg ervan, de mededinging merkbaar.<sup>165</sup> Volgens de Memorie van Toelichting wordt bij de Mededingingswet het merkbaarheidselement van artikel 6, eerste lid, Mw overeenkomstig Europese rechtspraak geïnterpreteerd.<sup>166</sup> ACM is van oordeel dat bij strekkingsbeperkingen – zoals in het onderhavige geval – de merkbaarheid van de gedragingen een gegeven is.

226. Betrokken ondernemingen waren gedurende de periode van overtreding bovendien twee belangrijke spelers op het gebied van opslag en verwerking voor vruchtensappen en concentraten in Nederland.<sup>167</sup> Zij hadden geen zodanig zwakke positie dat de concurrentie niet in mededingingsrechtelijke zin beperkt kon worden door hun gedragingen.

### 4.7.1 Conclusie

227. Gelet op het bovenstaande is ACM van oordeel dat de verboden gedragingen ertoe strekten en naar hun aard concreet geschikt waren om de mededinging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw merkbaar te beperken, verhinderen dan wel te vervalsen.

## 4.8 Verjaring

### 4.8.1 Zienswijze H&S

228. In haar zienswijze stelt H&S dat ACM geen bewijs heeft voor concurrentiebeperkend gedrag tussen betrokken ondernemingen voor de periode vanaf november 2008. Volgens H&S is de overtreding derhalve verjaard. Zij merkt in dat kader op dat de bedrijfsbezoekopdracht van ACM dateert van 29 oktober 2012.

### 4.8.2 Reactie ACM

229. ACM volgt de zienswijze van H&S niet. Zoals hiervoor in paragraaf 4.6 weergegeven is ACM van oordeel dat de overtreding op 31 juli 2006 is begonnen en op 16 november 2009 is beëindigd. De eerste onderzoekshandeling, in de vorm van bedrijfsbezoeken, vond plaats op 30 oktober 2012.<sup>168</sup>

<sup>165</sup> Zie HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/12 (*Expedia*), r.o. 37.

<sup>166</sup> Memorie van Toelichting Mededingingswet, TK 1995-1996, 24707, nr. 3, p. 14.

<sup>167</sup> Zie paragraaf 2.1.

<sup>168</sup> Zie randnummer 5.

## Besluit Openbaar

230. Op grond van artikel 64 Mw omvat de onderzoekshandeling die de verjaring stuit iedere handeling die wordt verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan. Wanneer een onderzoekshandeling is uitgevoerd gaat op de voet van artikel 64, derde lid, Mw stuiting in op de dag waarop tenminste één van de betrokken ondernemingen schriftelijk op de hoogte wordt gesteld van de onderzoekshandeling.
231. Gelet op het voorgaande is met de onderzoekshandeling van 30 oktober 2012 de verjaring gestuit. ACM is daarom bevoegd om betrokken ondernemingen te beboeten voor hun betrokkenheid bij één enkele inbreuk die eindigde op 16 november 2009.
232. Een stuitingshandeling stuit de verjaring voor de gehele periode van de één enkele inbreuk. Uit vaste rechtspraak blijkt dat wanneer een gedraging deel uitmaakt van een één enkele inbreuk die niet verjaard is, zoals in dit geval, het dus niet meer mogelijk is dat deze gedraging verjaard is. Dit geldt ook als die gedraging meer dan vijf jaar vóór de stuitingshandeling plaatsvond.<sup>169</sup>
233. De mogelijkheid tot stuiting, ingevoerd op 1 oktober 2007, geldt ook voor overtredingen die vóór die tijd zijn begaan. Die mogelijkheid heeft, conform de hoofdregel voor overgangsrecht van nieuwe wetgeving, onmiddellijke werking. De mogelijkheid de verjaring te stuiten geldt aldus niet slechts voor overtredingen gepleegd na inwerkingtreding van artikel 64, tweede lid, Mw, maar voor alle overtredingen voor zover deze ten tijde van inwerkingtreding van die regeling nog niet waren verjaard. De gedragingen waren op moment van invoering nog niet verjaard en vallen onder de betreffende regeling. ACM heeft de verjaring met de onderzoekshandeling in 2012 tijdig gestuit.
234. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat sprake is geweest van een tijdige stuiting van de verjaring ten aanzien van de overtreding waarop dit besluit ziet.

## 4.9 Artikel 101 VWEU

### 4.9.1 Juridisch kader

---

<sup>169</sup> Gerecht 10 maart 1992, zaak T-14/89 (*Montedipe*) punten 330-332, bevestigd in HvJ EU 8 juli 1999, zaak C-235/92 (*Montecatini*), punt 62 en Gerecht T-53/03 (*BPB*), punt 359. Zie ook (Kamerstukken II, 30071, nr. 3, p. 25).

## Besluit Openbaar

62/77

235. Op grond van artikel 3, eerste lid, van Verordening 1/2003<sup>170</sup> zijn de mededingingsautoriteiten van de Lidstaten verplicht om artikel 101 van het VWEU toe te passen wanneer ze het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de Lidstaten kunnen beïnvloeden. De wettelijke bevoegdheid artikel 101 VWEU toe te passen is voor ACM te vinden in artikel 88 van de Mw.
236. Ingevolge artikel 101, eerste lid, VWEU zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, en met name die welke bestaan in a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden, b) het beperken of controleren van de productie, de verkoop, de technische ontwikkeling of de investeringen, of c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen.
237. Met betrekking tot (i) de kwalificatie als ondernemingen, (ii) de kwalificatie van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, (iii) de criteria voor de (merkbare) mededingingsbeperking alsmede (iv) artikel 101, derde lid, VWEU, behelst de toets onder artikel 101, eerste en derde lid, VWEU geen andere of zwaardere toets dan onder artikel 6 Mw. De beoordelingen en conclusies zijn derhalve hetzelfde.
238. Artikel 101, eerste lid, VWEU kent echter nog het bijkomende vereiste van de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Het verbod van de betreffende bepaling is van toepassing indien de mededingingsbeperkende afspraak de handel tussen de Lidstaten kan beïnvloeden. Aan deze voorwaarde is voldaan zodra, op basis van het geheel van feitelijke en juridische elementen, met een voldoende mate van waarschijnlijkheid is te verwachten dat de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging *“al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel op het handelsverkeer tussen Lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen dat de verwezenlijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt tussen de Lidstaten wordt geschaad.”* Daarnaast dient deze beïnvloeding van de interstatelijke handel merkbaar te zijn. De beïnvloeding van de interstatelijke handel is in ieder geval niet merkbaar wanneer het totale marktaandeel van de partijen op relevante markten binnen de Gemeenschap waarop de overeenkomst van invloed is niet meer dan 5 %, en de totale

<sup>170</sup> Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag (oud), *Pb* EG 2003, L 1/1.

## Besluit Openbaar

communautaire jaaromzet van de betrokken ondernemingen voor de onder de gedragingen vallende producten niet meer dan 40 miljoen EUR bedraagt.

239. Het begrip 'kunnen beïnvloeden' impliceert dat het mogelijk moet zijn te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen Lidstaten kan beïnvloeden. Voor de toepasselijkheid van het Gemeenschapsrecht behoeft niet het bewijs te worden geleverd dat de overeenkomst of gedraging de interstatelijke handel daadwerkelijk heeft beïnvloed. Beïnvloeding is een neutraal begrip, dat niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de handel wordt beperkt of verminderd. Het gaat erom dat de handel tussen de Lidstaten zich mét de overeenkomst of gedraging waarschijnlijk anders had ontwikkeld dan de ontwikkeling die zónder de overeenkomst of gedraging te verwachten viel.
240. Indien een haven een belangrijke rol speelt op het gebied van de import en export tussen lidstaten, kan ervan worden uitgegaan dat activiteiten ten aanzien van trafieken in deze haven een belangrijk onderdeel uitmaken van de Europese markt en er derhalve sprake is van (beïnvloeding van) de handel tussen lidstaten.<sup>171</sup>

### 4.9.2 Toepassing op onderhavige zaak

241. Op grond van de vastgestelde feiten en omstandigheden staat vast dat H&S en Kloosterboer, twee Nederlandse ondernemingen, hebben afgesproken om hun onderlinge concurrentiedruk te beperken.
242. Uit hoofdstuk 2 blijkt dat de diensten van betrokken ondernemingen een onderdeel vormen van een internationale productieketen. Belangrijk daarbij is dat veel van de vruchtensappen en -concentraten die de betrokken ondernemingen opslaan en verwerken via de haven van Rotterdam aan land komen. Na de opslag en verwerking door betrokken ondernemingen worden de vruchtensappen en -concentraten vervoerd naar de rest van Europa. Het is derhalve aannemelijk dat de gedragingen van betrokken ondernemingen de handel tussen lidstaten konden beïnvloeden.
243. Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat er sprake was van een (potentieel) effect op de handelsstromen tussen Lidstaten. Dat er sprake was van een merkbaar effect blijkt uit het volgende.

---

<sup>171</sup> Hof van Justitie, 10 december 1990, Zaak 179/90, *Merci Convenzionali di Genova SpA*, rechtsoverweging 15.

## Besluit Openbaar

64/77

244. Bij het bepalen of er al dan niet sprake is van een merkbare beïnvloeding, wordt rekening gehouden met de positie van de betrokken ondernemingen ten aanzien van andere ondernemingen op de markt. Daarnaast kan rekening worden gehouden met de betrokken omzet en de grootte van de betrokken ondernemingen.<sup>172</sup> Hiervoor is reeds vastgesteld dat er sprake is van een overeenkomst en/of gedragingen die ertoe strekt de mededinging te beperken en dat deze mededingingsbeperking merkbaar is. Hierbij is meegenomen dat H&S en Kloosterboer sterke posities innemen op de markt. Op grond hiervan kan er vanuit worden gegaan dat de gedragingen de handel tussen lidstaten merkbaar konden beïnvloeden.<sup>173</sup> De betrokken ondernemingen hebben dit niet betwist.
245. Op grond van het voorgaande concludeert ACM dat de gedragingen een merkbaar effect op de handelsstromen tussen lidstaten konden hebben. Het is aannemelijk dat de handelsstromen zich anders zouden hebben ontwikkeld indien geen sprake was van de concurrentiebeperkende gedragingen.
246. Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de in dit besluit beschreven overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de interstatelijke handel ongunstig konden beïnvloeden in de zin van artikel 101, eerste lid, VWEU. Dit artikel is derhalve op de onderhavige zaak van toepassing.

### 4.10 Artikel 6, derde lid, Mw

247. ACM stelt vast dat H&S zich er niet op heeft beroepen dat de overtreding gerechtvaardigd zou zijn onder artikel 6, derde lid, Mw. ACM is overigens ook niet gebleken van omstandigheden die de met artikel 6, eerste lid, Mw strijdige gedragingen zouden rechtvaardigen.

## 5 Overtreders

### 5.1 Juridisch kader

248. Op grond van artikel 56, lid 1, Mw kan ACM, ingeval van overtreding van artikel 6 Mw, de overtreder beboeten. Onder overtreder wordt op grond van artikel 5:1, eerste lid, van de

---

<sup>172</sup> Randnummer 47 en 50 van de Richtsnoeren.

<sup>173</sup> Randnummer 53 van de Richtsnoeren. Op grond van randnummer 51 dient dit per casus te worden beoordeeld.



## Besluit Openbaar

Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) onder meer verstaan degene die de overtreding pleegt. Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Vierde Tranche van de Awb is voor het antwoord op de vraag wie als overtreder kan worden aangemerkt, in de eerste plaats van belang tot wie het wettelijk voorschrift zich richt.

249. Artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU richten zich tot ondernemingen.<sup>174</sup> Het begrip 'onderneming' valt niet noodzakelijkerwijs samen met het begrip 'rechtspersoon' zoals dat in het nationale recht wordt gehanteerd; een onderneming kan ook uit een samenstel van verschillende rechtspersonen bestaan. De onderneming die de overtreding heeft begaan is derhalve niet noodzakelijkerwijs dezelfde entiteit als de specifieke rechtspersoon binnen een groep van ondernemingen waarvan de bij haar werkzame personen daadwerkelijk aan de kartelgedragingen hebben deelgenomen. In Europese rechtspraak is in dit verband aangegeven dat de mededingingsregels zich richten tot economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan bijdragen tot het begaan van een in die bepaling bedoelde inbreuk.<sup>175</sup>
250. Hoewel artikel 6 Mw zich tot 'ondernemingen' richt en het begrip 'onderneming' een economische werkingssfeer heeft, kunnen slechts rechtssubjecten (juridische entiteiten) aansprakelijk worden gesteld voor een inbreuk op die bepaling. Wanneer het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels is bewezen, moet derhalve worden bepaald welke juridische entiteit(en) de onderneming exploiteerde(n) gedurende de periode waarin de inbreuk is gemaakt, teneinde deze aansprakelijk te stellen.
251. 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 afzonderlijk rechtspersoonlijkheid bezit – niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt, met name gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die hen verenigen.<sup>176</sup> De reden daarvoor is dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij in een dergelijke situatie deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve één enkele onderneming in de zin van het mededingingsrecht vormen.

<sup>174</sup> Artikel 6 Mw volgt hierbij de communautaire mededingingsregels, zie artikel 1, onder f, Mw.

<sup>175</sup> Gerecht, 10 maart 1992, zaak T-11/89, *Shell*, punt 311 en Gerecht, 14 mei 1998, zaak T-352/94, *Mo och Domsjö AB*, r.o. 7-96.

<sup>176</sup> HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo N.V.*, r.o. 58.

## Besluit Openbaar

66/77

252. Volgens vaste rechtspraak kan er in die situatie voor gekozen worden om de aansprakelijkheid voor inbreukmakend gedrag toe te schrijven aan de moedermaatschappij, de dochtermaatschappij, of aan de moedermaatschappij hoofdelijk met haar dochtermaatschappij.<sup>177</sup>
253. In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochtermaatschappij die een inbreuk op de mededingingsregels heeft gepleegd, wordt aangenomen dat deze moedermaatschappij beslissende invloed kan uitoefenen op het gedrag van deze dochter en bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van haar dochter.<sup>178</sup> In die omstandigheid volstaat het dat wordt bewezen dat het gehele kapitaal van een dochtermaatschappij in handen is van haar moedermaatschappij. Vervolgens kan de moedermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de betaling van de aan de dochtermaatschappij opgelegde boete, tenzij de moedermaatschappij, die dat vermoeden moet weerleggen, afdoende bewijzen overlegt die aantonen dat haar dochtermaatschappij zich op de markt autonoom gedraagt, aldus het Hof van Justitie.<sup>179</sup> Hierbij wordt opgemerkt dat een moedermaatschappij alleen aansprakelijk is voor de periode dat zij beslissende invloed heeft kunnen uitoefenen.<sup>180</sup>
254. Voorts heeft het Hof van Justitie gepreciseerd dat hoewel – naast het bezit van 100% van het kapitaal – extra omstandigheden kunnen wijzen op beslissende invloed van de moedermaatschappij, het aanvoeren van dergelijke extra omstandigheden niet noodzakelijk is om van het vermoeden van beslissende invloed uit te kunnen gaan.<sup>181</sup>
255. Bovenstaande jurisprudentie is gelijkelijk van toepassing op uiteindelijke moedermaatschappijen en tussenliggende moedermaatschappijen. In het bijzondere geval waarin een houdstermaatschappij alle aandelen van een tussenliggende vennootschap bezit die op haar beurt het volledige kapitaal van een dochtermaatschappij in handen heeft die een inbreuk op de mededingingsregels heeft gepleegd, rijst het weerlegbare vermoeden dat deze

<sup>177</sup> Gerecht, 24 maart 2011, zaak T-386/06, *Pegler*, r.o. 103 en daarin aangehaalde jurisprudentie.

<sup>178</sup> HvJ EG 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo N.V.*, reeds aangehaald, r.o. 60.

<sup>179</sup> HvJ EG, 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo N.V.*, reeds aangehaald, r.o. 62; CBb 18 november 2010, *LJN*: B05193, r.o. 3.4.4.8.

<sup>180</sup> HvJ EG, 16 november 2000, zaak C-248/98, *KNP*, Jur. 2000, p. I-9641, r.o. 73; HvJ EG 16 november 2000, zaak C-279/98 P, *Cascades*, Jur. 2000, p. I-9693, r.o. 77-80, Gerecht 30 mei 2006, zaak T-198/03, *Oostenrijkse banken*, r.o. 332.

<sup>181</sup> HvJ EG, 10 september 2009, zaak C-97/08, *Akzo N.V.*, r.o. 61, HvJ EG 20 januari 2011, zaak C90/09, *Quimica*, r.o. 41 en 42.

## Besluit Openbaar

houdstermaatschappij beslissende invloed op het gedrag van de tussenliggende vennootschap uitoefent, en indirect, via deze laatste, ook het gedrag van voornoemde dochtermaatschappij.<sup>182</sup> In een dergelijke situatie behoren de houdstermaatschappij, de tussenliggende vennootschap en laatstgenoemde dochtermaatschappij tot eenzelfde economische eenheid (dezelfde onderneming in de zin van het mededingingsrecht) en kunnen zij uit dien hoofde voor het inbreukmakend gedrag worden aangesproken.<sup>183</sup>

67/777

### 5.2 Toepassing op onderhavige zaak

256. Zoals in hoofdstuk 1 van dit besluit vastgesteld, waren de betrokken ondernemingen, gedurende de periode van de overtreding, alle actief op het gebied van opslag en verwerking van vruchtsappen en concentraten. Zij verrichtten economische activiteiten en zijn derhalve ondernemingen in de zin van artikel 1, aanhef en onder f, Mw.
257. ACM rekent de overtreding aan de hierna genoemde juridische entiteiten toe. Zij zijn overtreder in de zin van artikel 5:1 Awb.
258. H&S Coldstores B.V., was gedurende de periode van overtreding via haar vertegenwoordigers rechtstreeks betrokken bij de gedragingen. Derhalve wordt de overtreding toegerekend aan H&S Coldstores B.V. voor de gehele periode van overtreding.
259. Vanaf 1 december 2008 was H&S Coldstores Holding B.V. 100%-aandeelhouder van H&S Coldstores B.V. en moet derhalve worden vermoed beslissende invloed te hebben uitgeoefend. ACM rekent de overtreding toe aan H&S Coldstores Holding B.V. voor de periode van 1 december 2008 tot en met 16 november 2009.
260. In het rapport wordt de overtreding voor de periode vanaf 6 juli 2010 mede toegerekend aan H&S Group B.V., Hebo Beheer B.V. en Stichting Administratiekantoor Hebo Beheer. Nu ACM

<sup>182</sup> HvJ EU 20 januari 2011, zaak C90/09 P, *General Quimica SA/ Commissie*, punten 86 tot en met 88. Zie ook Gerecht 6 maart 2012, zaak T-65/06 *FLSmith & Co. A S/ Commissie*, punten 22 en 23.

<sup>183</sup> Zie bijvoorbeeld beschikking van de Commissie van 20 december 2005 in zaak COMP/F/C.38.443 (Rubberchemicaliën), punt 254 t/m 264 en uitspraak van het Hof in die zaak, HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, *General Quimica SA/ Commissie*. Zie beschikking van de Commissie van 30 november 2005 in zaak COMP/38354 (Industriezakken), punten 715 t/m 739 en de uitspraken van het Gerecht naar aanleiding van deze beschikking, Gerecht 6 maart 2012, zaak T-64/06, *FLS Plast A S/ Commissie* en zaak T-65/06, *FLSmith & Co. A S/ Commissie*. Zie ten slotte beschikking van de Commissie van 20 oktober 2004 in zaak COMP C.38.238/B.2 (Ruwe tabak - Spanje), punt 400 en uitspraak van het Hof naar aanleiding van deze beschikking, HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, *Alliance One International Inc. e.a./ Commissie en Commissie/ Alliance One International Inc. e.a.*, punten 100 t/m 106.

## Besluit Openbaar

in paragraaf 4.6 er vanuit gaat dat de overtreding eindigt op 16 november 2009, wordt de overtreding niet toegerekend aan de vennootschappen Hebo Beheer B.V., H&S Group B.V. en Stichting Administratiekantoor Hebo Beheer. Deze vennootschappen zijn geen overtreder in de zin van artikel 5:1 Awb.

## 6 Sanctie

### 6.1 Juridisch kader

261. 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. Artikel 5:46, tweede lid, Awb bepaalt dat ACM de hoogte van de boete afstemt op de ernst van de overtreding en op de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. ACM houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.
262. 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. Om tot een basisboete te komen wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een ernstfactor. Bij het bepalen van het uiteindelijke boetebedrag wordt rekening gehouden met eventuele boeteverhogende en -verlagende omstandigheden.
263. Het rapport met betrekking tot de overtreding is opgemaakt op 27 augustus 2013. Om deze reden zijn de Boetebeleidsregels 2013<sup>184</sup> op de onderhavige zaak van toepassing (hierna 'de Boetebeleidsregels').

### 6.2 Boetegrondslag

264. Het startpunt bij de boetetoemeting is de bepaling van de boetegrondslag. Zoals blijkt uit artikel 2.4 van de Boetebeleidsregels baseert ACM de boetegrondslag in een geval als het onderhavige op de betrokken omzet van de overtreder.

---

<sup>184</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

265. Op grond van de Boetebeleidsregels wordt de betrokken omzet gedefinieerd als de opbrengst die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met levering van goederen en diensten die direct of indirect verband houden met een overtreding, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen.
266. Gelet op de hiervoor genoemde definitie wordt de betrokken omzet voor de onderneming H&S vastgesteld op de totale omzet behaald op de markt voor de op- en overslag van vruchtensappen en -concentraten in de periode van 31 juli 2006 tot en met 16 november 2009.<sup>185</sup>

### 6.2.1 Zienswijze H&S

267. H&S betoogt dat het niet evenredig is om de betrokken omzet te relateren aan alle transacties behaald met verkoop van diensten op het gebied van vruchtensappen en -concentraten.<sup>186</sup> ACM zou bij het vaststellen van een passende boetegrondslag moeten aansluiten bij de praktijk voor beboeting voor afstemming van aanbestedingen (bid-rigging). H&S stelt voorts dat een op te leggen boete dient te worden teruggebracht tot een beperkt bedrag, nu slechts een beperkt deel van de omzet 'besmet' zou zijn. Daarnaast betoogt H&S dat de boetegrondslag niet kan worden bepaald zonder een deugdelijke marktafbakening.<sup>187</sup>

### 6.2.2 Reactie ACM

268. ACM volgt dit betoog van H&S niet. Zoals in hoofdstuk 3 van dit besluit is weergegeven heeft H&S in de periode 31 juli 2006 tot en met 16 november 2009 tarieven van offerteaanvragen afgestemd en ter ondersteuning daaraan, maar ook los daarvan, concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld. Betrokken ondernemingen hebben in de periode van overtreding door hun gedragingen inzicht in de markt verkregen, waardoor de normale onzekerheid over hun commerciële en strategische beleid substantieel is verminderd. Dit gold niet alleen ten aanzien van de vijf klanten waar ACM concreet afstemming tussen betrokken ondernemingen heeft aangetoond. Met hun gedragingen hebben betrokken ondernemingen in zijn geheel de concurrentiedruk tussen hen verminderd. Met haar stelling, dat slechts een (zeer) beperkt deel van haar omzet daadwerkelijk zou zijn geraakt, miskent H&S dat zij door de afstemming en informatie-uitwisseling haar marktgedrag niet langer zelfstandig bepaalde en dat zij met die

<sup>185</sup> Deze omzet is door H&S Coldstores behaald in Beneden-Leeuwen.

<sup>186</sup> Randnummers 113-117 zienswijze H&S (document 2015306745).

<sup>187</sup> Randnummer 119 zienswijze H&S.

## Besluit Openbaar

informatie inzicht kreeg in de markt en daarmee rekening heeft kunnen houden in haar commerciële en strategische beleid.

269. Ook het betoog van H&S dat geen boetegrondslag zou kunnen worden bepaald zonder een deugdelijke marktafbakening snijdt geen hout. Om het economische en juridische onderzoek in het juiste kader te plaatsen stelt ACM voorop dat de vraag of de gedragingen ertoe strekten de mededinging te beperken, wordt bepaald door het antwoord op de vraag of de gedragingen, gelet op de inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging concreet kunnen verhinderen.<sup>188</sup> Aan het afbakenen van de markt komt in dit kader geen zelfstandige betekenis toe. Dit is slechts anders indien zonder marktafbakening niet kan worden uitgemaakt of de afstemming ertoe strekt (of tot gevolg heeft) dat de mededinging wordt beperkt.<sup>189</sup> Het is voldoende dat de markt is bepaald met een zodanige precisie dat ACM in staat is de potentiële gevolgen voor de mededinging vast te stellen.<sup>190</sup> ACM heeft dit in hoofdstuk 2 en paragraaf 4.4 voldoende gedaan.
270. Naar het oordeel van ACM behoort de totale omzet behaald met de verkoop van diensten op het gebied van vruchtsappen en -concentraten in de periode van de overtreding tot de boetegrondslag. Door uit te gaan van de totale omzet komt het aandeel van een onderneming in de (potentiële) weerslag op de economie tot uitdrukking. Een op deze wijze vastgestelde betrokken omzet resulteert in een boete die in een redelijke verhouding staat tot de reikwijdte van dit concrete kartel en met de omvang van de onderneming op de markt waarop de overtreding betrekking heeft. ACM ziet geen aanleiding om op het punt van het vaststellen van de boetegrondslag van de Boetebeleidsregels af te wijken en uit te gaan van de door H&S voorgestelde alternatieve wijze van vaststellen van de boetegrondslag.
271. H&S heeft inzicht verschaft in de totale omzet behaald op de markt voor de op- en overslag van vruchtsappen en -concentraten in de periode van 31 juli 2006 tot en met 16 november 2009.<sup>191</sup>
272. Gelet op het voorgaande gaat ACM uit van de volgende betrokken omzet:

EUR 15.036.093

---

<sup>188</sup> (*T-Mobile*), hiervoor voetnoot 14, r.o. 43. Zie ook r.o. 31-33.

<sup>189</sup> Gerecht 6 juli 2000, zaak T-62/98 (*Volkswagen*), r.o. 230-231, en Gerecht 21 februari 1995, zaak T-29/92 (*SPO*), r.o. 74.

<sup>190</sup> CBb 4 oktober 2011, zaken AWB 07/647-650 (*Fietsfabrikanten*), ECLI:NL:CBB:2011:BT6521, r.o. 4.5.3.

<sup>191</sup> Documentnummer 2015103075.

## Besluit Openbaar

273. Artikel 2.5 van de Boetebeleidsregels bepaalt dat wordt uitgegaan van een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet. De boetegrondslag bedraagt:

EUR 1.503.609

### 6.3 De ernst van de overtreding

274. De Boetebeleidsregels bepalen dat ACM de boete vaststelt met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur. ACM kan van de Boetebeleidsregels afwijken indien onverkorte toepassing daarvan tot evidente onbillijkheid leidt.
275. Uit de duur van de overtreding, zoals vastgesteld in hoofdstuk 4 van dit besluit, volgt dat de mededingingsbeperkende handelingen in de onderhavige zaak voor het overgrote deel hebben plaatsgevonden in de periode waarin de Boetecode 2007 van toepassing was.<sup>192</sup> Het onderscheid tussen de Boetecode en de Boetebeleidsregels komt met name tot uiting bij het vaststellen van de ernstfactor: de Boetebeleidsregels bepalen dat de ernstfactor tussen de 0 en 5 worden vastgesteld, terwijl die bij de Boetecode wordt vastgesteld tussen 0 en 3. ACM ziet aanleiding om ten aanzien van de ernstfactor de Boetebeleidsregels toe te passen zoals de Boetecode zou worden toegepast. Dit betekent dat de maximale ernstfactor, conform de Boetecode, 3 bedraagt.
276. De ernst van de overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken overtreders het (gezamenlijke) marktaandeel en de structuur van de markt. ACM houdt tevens rekening met de afbreuk of potentiële afbreuk aan het normale mededingingsproces en de weerslag op de economie die de betreffende gedraging in het algemeen heeft. De Boetebeleidsregels onderscheiden 'minder zware', 'zware' en 'zeer zware' overtredingen (artikel 2.6, derde lid, van de Boetebeleidsregels).

71/77

<sup>192</sup> NMa Boetecode 2007, naderhand nog gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2007 in verband met de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, Stb. 2007, 284 (Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196).

## **Besluit Openbaar**

277. ACM heeft vastgesteld dat sprake is van één enkele overtreding. De zwaarte van die overtreding wordt dan ook vastgesteld op basis van de overtreding in haar geheel. ACM is van oordeel dat de onderhavige gedragingen moeten worden gekwalificeerd als een zware overtreding.
278. De gedragingen betreffen een mededingingsbeperking die zeer direct ingrijpt op het concurrentieproces. ACM heeft in vijf gevallen vastgesteld dat de betrokken ondernemingen daadwerkelijk hun offertes hebben afgestemd. Deze afstemming zag op een niet-onaanzienlijk deel van hun omzet. Betrokken ondernemingen hebben met de tariefafstemming de prijsstelling voor de offerteaanvragen rechtstreeks beïnvloed. Betrokken ondernemingen waren daardoor in staat een hoger tarief te offreren dan in een normale concurrentiesituatie. Door de informatie-uitwisseling hebben betrokken ondernemingen de onderlinge concurrentiedruk verder kunnen verminderen. Met de uitgewisselde informatie hebben zij inzicht gekregen in de markt en onzekerheid over elkaars voorgenomen marktgedrag weggenomen. Betrokken ondernemingen hebben zodoende hun marktgedrag niet langer zelfstandig bepaald, zoals in een normale concurrentiesituatie het geval zou zijn.
279. Ten aanzien van de economische context waarin de gedragingen plaatsvonden laat ACM zwaar wegen dat betrokken ondernemingen belangrijke directe concurrenten van elkaar waren en een groot deel van de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten in koel- en of vrieshuizen in Nederland vertegenwoordigen. ACM neemt voorts in aanmerking dat de gedragingen plaatsvonden in een geconcentreerde markt. Dit maakt het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie ernstiger. ACM heeft tevens vastgesteld dat betrokken ondernemingen grote spelers zijn op het gebied van de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten in koel- en of vrieshuizen in Nederland.
280. Alles in aanmerking nemend is ACM van oordeel dat sprake is van een zware overtreding waarvoor een ernstfactor van 1,5 passend is.

### **6.3.1 Zienswijze H&S**

281. H&S stelt dat ACM, in geval zij tot boeteoplegging overgaat, in aanmerking moet nemen dat de ernstfactor laag moet zijn omdat er geen of nauwelijks schade aan concurrenten, klanten of consumenten is toegebracht. Daartoe voert zij aan dat offertes die volgens ACM zijn afgestemd een klein deel van de in de periode van de overtreding uitgebrachte offertes betreffen, daarnaast zou de gestelde overtreding geen effect hebben gehad op de prijsvorming, en zou niet in alle



## Besluit Openbaar

gevallen sprake zijn van daadwerkelijke afstemming.<sup>193</sup>

### 6.3.2 Reactie ACM

282. In de stellingen dat de overtreding geen effect heeft gehad op de prijsvorming en dat de concurrentie niet zou zijn verstoord, ziet ACM geen reden om een lagere ernstfactor te hanteren. Zoals in hoofdstuk 4 reeds naar voren is gekomen, is het doel om hogere tarieven te kunnen bedingen één van de redenen geweest om over te gaan tot de gedragingen. De gedragingen hadden wel degelijk tot doel een effect te hebben op de prijsvorming in de markt.
283. ACM kan H&S niet volgen waar zij stelt dat de schade als gevolg van deze overtreding beperkt is te noemen, omdat de offertes die zijn afgestemd slechts een klein deel van de in de periode van de overtreding uitgebrachte offertes zouden betreffen. In hoofdstuk 3 heeft ACM immers vastgesteld dat de betrokken ondernemingen zijn overeengekomen om hun onderlinge concurrentie te beperken. Beide ondernemingen voelden zich vanaf 31 juli 2006 aan de afspraken gebonden. Bovendien kregen de betrokken ondernemingen door de gedragingen dusdanig inzicht in de markt, waardoor de onzekerheid over het commerciële en strategische beleid van de andere betrokken onderneming nog verder afnam en zij niet langer zelfstandig hun marktgedrag hebben bepaald. Dit heeft er tevens toe geleid dat partijen een verminderde prikkel hadden om te innoveren, de kwaliteit of service te verhogen of efficiëntieverbeteringen aan te brengen.

### 6.3.3 Conclusie

284. Hetgeen H&S heeft aangevoerd vormt geen aanleiding de overtreding minder ernstig te achten. Zoals hiervoor gesteld acht ACM een ernstfactor van 1,5 in deze zaak passend.
285. Na vermenigvuldiging van de boetegrondslag met de ernstfactor bedraagt de basisboete:

EUR 2.255.414

---

<sup>193</sup> Randnummer 120 zienswijze H&S.

## Besluit Openbaar

### 6.4 Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

286. Zoals in artikelen 2.3, derde lid, en 2.12 tot en met 2.15 van de Boetebeleidsregels is vermeld, neemt ACM bij de boetevaststelling in voorkomend geval boeteverhogende of -verlagende omstandigheden in aanmerking.
287. H&S stelt dat er, indien er sprake zou zijn van een overtreding, verschillende omstandigheden zijn die een verlaging van de boete zouden rechtvaardigen. Ten eerste voert H&S aan dat zij de overtreding ruim voor aanvang van het onderzoek van ACM vrijwillig en uit eigen beweging heeft beëindigd. Ten tweede dient de boete te worden verlaagd vanwege de medewerking die H&S zou hebben verleend aan het onderzoek en de sanctieprocedure. Ten derde is volgens H&S een boeteverlaging op zijn plaats, omdat in het kader van de vereenvoudigde procedure een verlaging is toegezegd vanwege een niet aan H&S te wijten vertraging in die procedure. Volgens H&S zou ACM dezelfde verlaging moeten toepassen in de reguliere procedure. In de laatste plaats zou de boete volgens H&S moeten worden verlaagd, omdat ACM zou hebben nagelaten om de tabel met contactmomenten in het rapport te onderbouwen met verwijzingen naar bewijsstukken in het dossier. Het zou H&S onevenredig veel tijd en moeite hebben gekost om te achterhalen welk bewijs op welke contactmomenten betrekking heeft. In dit verband acht H&S een verlaging van de boete gepast.
288. Ten aanzien van het eerste betoog ziet ACM geen reden om de boete te verlagen. Uit de feiten en omstandigheden die staan beschreven in hoofdstuk 3 van dit besluit, blijkt dat H&S in de periode van de overtreding in strijd met de mededingingsregels heeft gehandeld. Het is niet gebleken dat H&S de overtreding vrijwillig en uit eigen beweging heeft beëindigd. Daarnaast wijst ACM erop, dat het uit eigen beweging beëindigen van een overtreding op zichzelf geen boeteverlaging rechtvaardigt.<sup>194</sup> Voor het in aanmerking nemen van een boeteverlagende omstandigheid omdat de overtreding uit eigen beweging is beëindigd, voordat het onderzoek is aangevangen, zijn bijzondere omstandigheden vereist. Van dergelijke omstandigheden is sprake indien een onderneming meer heeft gedaan dan normaliter van haar kon worden verwacht. Dat kan naar het oordeel van ACM niet van H&S worden gezegd.
289. Het tweede betoog van H&S leidt niet tot een boeteverlaging. ACM deelt de stelling van H&S niet dat haar medewerking aan het onderzoek – met name het bij het afnemen van een verklaring en nadien verstrekken van achtergrondinformatie over de markt – zodanig was dat dit

<sup>194</sup> Zie besluit Raad van Bestuur NMa van 29 juni 2006, zaak 3938\_624, *De Combi Brabocon B.V.*, r.o 30. Rechtbank Rotterdam 26 juni 2009, *De Combi Brabocon B.V.*, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1478. Zie tevens Rechtbank Rotterdam 14 mei 2009, *Kindeg B.V.*, ECLI:NL:RBROT:2009:BI4893.

## Besluit Openbaar

een boeteverlaging rechtvaardigt.

290. Ook het derde betoog leidt niet tot een boeteverlaging. Voor zover in het kader van de vereenvoudigde procedure, gelet op de aard van die procedure, is gesproken over een mogelijke boeteverlaging in verband met een niet aan H&S te wijten vertraging in die procedure, kan daarop geen geslaagd beroep worden gedaan in de reguliere procedure. Het is de eigen keuze van H&S geweest om de vereenvoudigde procedure niet voort te zetten, waarna een reguliere procedure is gestart. H&S kan geen geslaagd beroep doen op bijzondere omstandigheden in de vereenvoudigde procedure. ACM stelt voorts vast dat de procedure voldoende voortvarend is afgehandeld door ACM nadat H&S te kennen heeft gegeven de zaak niet vereenvoudigd af te willen doen. Naar het oordeel van ACM is in de onderhavige procedure geen sprake van zodanig bijzondere omstandigheden die een boeteverlaging rechtvaardigen.
291. ACM heeft het laatste betoog van H&S zo opgevat dat volgens haar sprake is van schending van haar rechten van verdediging en dat dit een boeteverlagende omstandigheid vormt. ACM verwijst in dit verband naar paragraaf 1.3.1 van dit besluit en blijft bij haar standpunt dat in het rapport de overtreding, het voorschrift dat overtreden is en de feiten en omstandigheden die ACM ten grondslag heeft gelegd aan de overtreding, duidelijk beschreven zijn. Voorts stelt ACM vast dat H&S voldoende tijd heeft gehad om te reageren op de overtreding. Er is dus geen aanleiding om naar aanleiding van dit betoog van H&S tot boeteverlaging over te gaan.
292. ACM ziet voorts geen aanleiding om bij het vaststellen van de hoogte van de boete uit te gaan van een verminderde mate van verwijtbaarheid. Er is geen sprake van dusdanig bijzondere omstandigheden die dit rechtvaardigen. ACM acht de overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VWEU verwijtbaar.
293. ACM is op basis van het voorgaande van oordeel dat in het onderhavige geval geen boeteverhogende of -verlagende omstandigheden aanwezig zijn.

### 6.5 Wettelijk maximum

294. 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 totale omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking. H&S heeft inzicht verschaft in

75/77

## Besluit Openbaar

de relevante omzet.<sup>195</sup>

295. ACM stelt vast dat de aan H&S op te leggen boete van EUR 2.255.414 het wettelijk maximum overschrijdt. ACM stelt de boete daarom vast op:

EUR 694.200.

296. H&S betoogt dat het opleggen van een maximumboete niet evenredig is.<sup>196</sup> ACM volgt H&S niet op dit punt. ACM merkt op dat het in artikel 57 Mw vastgelegde wettelijk boetemaximum – EUR 450.000 of, indien dat meer is, 10% van de omzet in het aan de boetebeschikking voorafgaande boekjaar – in beginsel voldoende waarborg vormt tegen onevenredige beboeting in verhouding tot de (totale) omvang en macht van de onderneming. ACM is van oordeel dat niet valt in te zien dat de op te leggen boete in deze zaak disproportioneel hoog is of onevenredig uitpakt.

### 6.6 Vaststelling van de hoogte van de boete

297. Met inachtneming van het wettelijk maximum ziet ACM aanleiding om de boete vast te stellen op:

EUR 694.200

298. Naar het oordeel van ACM is de hoogte van de boete, alle bovenvermelde omstandigheden tezamen bezien, evenredig. ACM ziet dan ook geen aanleiding tot nadere bijstelling van de boete.

### 6.7 Conclusie

299. De boete voor H&S wordt, conform artikel 1.4 van de Boetebeleidsregels, naar beneden afgerond op een veelvoud van EUR 500 en vastgesteld op:

EUR 694.000

---

<sup>195</sup> Documentnummer 2015103075.

<sup>196</sup> Randnummer 121 zienswijze H&S.

## Besluit Openbaar

### Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. legt aan H&S Coldstores B.V., statutair gevestigd te Beneden-Leeuwen, en aan H&S Coldstores Holding B.V., statutair gevestigd te Barneveld, een boete op van EUR 694.000, waarbij H&S Coldstores B.V. hoofdelijk aansprakelijk is voor de gehele boete en H&S Coldstores Holding B.V. naar rato van de aan haar toegerekende periode van overtreding voor een bedrag van EUR 201.000;
- II. legt geen boete op aan H&S Group B.V., statutair gevestigd te Barneveld, Hebo Beheer B.V. en Stichting Administratiekantoor Hebo Beheer, beiden statutair gevestigd te Lunteren.

Den Haag, 22 december 2015

De Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

w.g.

mr. J.G. Vegter  
Bestuurslid

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.

77/77