Besluit
Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2016/205218_OV
Zaaknummer: 15.0328.31.1.03
Datum: 30 augustus 2016

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info @acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

1 Samenvatting

1. Besluit van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) op het bezwaar van [vertrouwelijk] (hierna: CEO Daalimpex) gericht tegen het besluit van ACM van 22 december 2015[1] (hierna: het bestreden besluit), inzake de oplegging van een boete wegens overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en/of artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). ACM verklaart het bezwaar ongegrond.

2. ACM blijft van oordeel dat Daalimplex Logistics B.V., Daalimpex Holding B.V. en Daalimpex Beheer B.V. rechtstreeks betrokken waren bij gedragingen waarmee artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU is overtreden. ACM handhaaft verder haar conclusie dat CEO Daalimpex feitelijk leiding heeft gegeven aan die gedragingen. In heroverweging is ACM van oordeel dat de hoogte van de opgelegde boete CEO Daalimpex niet onevenredig treft.

2 Inleiding

2.1 Verloop van de procedure

3. Voor het verloop van de procedure tot aan het bestreden besluit, verwijst ACM naar paragraaf 1.1 van dat besluit.

4. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het bestreden besluit op 22 december 2015 is op hoofdlijnen als volgt:

5. Bij brief van 29 januari 2016 heeft CEO Daalimpex, op nader aan te voeren gronden, bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. ACM heeft op 5 februari 2016 de ontvangst van het bezwaarschrift van CEO Daalimpex bevestigd en haar een termijn gesteld om vóór 1 april 2016 de gronden van bezwaar in te dienen.[2] Deze termijn is op verzoek van CEO Daalimpex verlengd tot en met 2 mei 2016. Op 29 april 2016 heeft ACM de gronden van bezwaar van CEO Daalimpex (hierna: het bezwaarschrift) ontvangen.[3]

6. CEO Daalimpex heeft verschillende verzoeken aan ACM gericht om inzage te verkrijgen in stukken die niet behoren tot de stukken die ACM heeft aangemerkt als op de zaak betrekking hebbend.[4] In reactie op deze verzoeken heeft ACM CEO Daalimpex in de gelegenheid gesteld om haar verzoeken nader te motiveren en te specificeren.[5] CEO Daalimpex heeft op 9 mei 2016

[1] Besluit van 22 december 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/206993.
[2] Kenmerk: ACM/DJZ/2016/200706.
[3] Registratienummer: 2016100986.
[4] Brief van 1 april 2015 (dossierstuk 146), brief van 15 juli 2015 (dossierstuk 147) en brief van 1 maart 2016 (dossierstuk 206.1).
[5] Zie: e-mailbericht van 4 mei 2016 (dossierstuk 223).

aangegeven geen gebruik te zullen maken van deze mogelijkheid en een verdergaand verzoek om inzage gedaan.[6] ACM heeft op 3 juni 2016 laten weten niet met het laatste verzoek van CEO Daalimpex te kunnen instemmen.[7]

7. Op 4 juli 2016 heeft een hoorzitting (hierna: de hoorzitting) plaatsgevonden waar CEO Daalimpex haar bezwaren tegen het bestreden besluit heeft toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt. Het verslag is op 23 augustus 2016 naar CEO Daalimpex verzonden.[8]

2.2 Het bestreden besluit

8. ACM stelt in het bestreden besluit vast dat Daalimpex Logistics B.V., Daalimpex Holding B.V. en Daalimpex Beheer B.V. enerzijds en Kloosterboer IJmuiden B.V. anderzijds rechtstreeks waren betrokken bij gedragingen waarmee artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU is overtreden.

9. In het bestreden besluit komt ACM tot de conclusie dat CEO Daalimpex feitelijk leiding heeft gegeven aan gedragingen waarmee artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU is overtreden. Voor deze overtreding is aan CEO Daalimpex een boete opgelegd van EUR [vertrouwelijk].

2.3 Juridisch kader

10. Voor de beschrijving van het relevante juridisch kader verwijst ACM naar het bestreden besluit, hoofdstuk 5, randnummers 136 t/m 144 en 198 t/m 203.

3 Beoordeling bezwaargronden

11. In dit besluit behandelt ACM de bezwaargronden van CEO Daalimpex op de volgende wijze. Eerst zal het bezwaarschrift worden afgebakend (§ 3.1). Daarna zullen de bezwaargronden worden behandeld die zien op de overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU (§3.2), de bezwaargronden die zien op de kwalificatie van CEO Daalimpex als feitelijk leidinggever (§3.3), de bezwaargronden die zien op de beboeting van CEO Daalimpex (§3.4) en de procedurele bezwaren die door CEO Daalimpex zijn aangevoerd (§3.5).

3.1 Afbakening bezwaarschrift

12. Bij het bestreden besluit is niet alleen een bestuurlijke boete aan CEO Daalimpex opgelegd, maar ook aan Samskip B.V., Samskip Logistics B.V., Samskip Holding B.V., Kloosbeheer B.V. en Eimskip Holding B.V. Tijdens de hoorzitting op 4 juli 2016 heeft CEO Daalimpex verklaard geen bezwaar te hebben gemaakt tegen het opleggen van een bestuurlijke boete aan deze besloten vennootschappen. ACM stelt vast dat CEO Daalimpex alleen opkomt tegen de overtreding die haar wordt verweten en het opleggen van een bestuurlijke boete aan haarzelf.

[6] E-mailbericht van 9 mei 2016 (dossierstuk 224).
[7] Brief van 3 juni 2016, met kenmerk: ACM/DJZ/2016/202816.
[8] Kenmerk: ACM/DJZ/2016/205029 en ACM/DJZ/2016/205030.

13. In het onderhavige besluit zal ACM de volgende vennootschappen aanduiden als “Daalimpex”: Daalimpex Logistics B.V., Daalimpex Holding B.V. en Daalimpex Beheer B.V. (tot 10 februari 2009) en daarna: Daalimpex Vlissingen B.V., Daalimpex Velsen B.V. en Daalimpex Harlingen B.V. Hierna wordt Kloosterboer IJmuiden B.V. aangeduid als “Kloosterboer IJmuiden”. Waar het gaat om vennootschappen die vallen onder de Kloosterboer-groep (Kloosbeheer B.V.) zullen deze in dit besluit worden aangeduid als “Kloosterboer”.

3.2 Overtreding

3.2.1 Bezwaren CEO Daalimpex

14. In haar bezwaarschrift gaat CEO Daalimpex in op de bewijsmiddelen die door ACM in het bestreden besluit zijn gebruikt voor het vaststellen van de overtreding gepleegd door Daalimpex. Het gaat om bewijsmiddelen van twee categorieën van gedragingen die samen een één enkele en voortdurende inbreuk vormden: het afstemmen van tarieven en het uitwisselen van bedrijfsvertrouwelijke informatie. CEO Daalimpex betwist dat deze bewijsmiddelen ten grondslag kunnen worden gelegd aan de overtreding gepleegd door Daalimpex. ACM gaat hierna in op deze bezwaren.

Afstemmen van tarieven

15. Ten aanzien van de gedragingen die in § 4.3 van het bestreden besluit worden beschreven en die zien op het afstemmen van tarieven, voert CEO Daalimpex de volgende bezwaren aan.

16. De in randnummer 82 van het bestreden besluit opgenomen correspondentie tussen Kloosterboer en CEO Daalimpex, had volgens CEO Daalimpex betrekking op de eventuele samenwerking met [vertrouwelijk]. Deze klant wilde dat Kloosterboer en Daalimpex zouden samenwerken op het gebied van stuwadoren. Dat zij in dit in verband spreekt over het voorkomen van een prijzenslag was misleidend bedoeld.[9]

17. Dat Kloosterboer in zijn in randnummer 82 van het bestreden besluit opgenomen reactie spreekt over concurrentie met Daalimpex in de IJmond ‘namens de Samskip-groep’, duidt erop dat Kloosterboer zichzelf als concurrerende onderneming is blijven zien en daarnaar handelde.[10]

18. Volgens CEO Daalimpex heeft er in juni en november 2007 geen algehele prijsverhoging plaatsgevonden. In oktober 2007 heeft er evenmin een prijsverhoging bij [vertrouwelijk] (klant van Daalimpex) plaatsgevonden.[11] Over het verslag dat de directeur van Kloosterboer IJmuiden heeft gemaakt van het etentje met CEO Daalimpex waarin over de klant [vertrouwelijk] is gesproken (randnummer 68 bestreden besluit), merkt CEO Daalimpex op dat zij slechts met de directeur van Kloosterboer IJmuiden meepraatte om de relatie niet te verstoren. Hetzelfde geldt voor hetgeen tijdens dezelfde bijeenkomst in het algemeen is besproken over het doorvoeren

[9] Bezwaarschrift randnummer 4.2.
[10] Bezwaarschrift randnummer 4.3.
[11] Bezwaarschrift randnummer 4.5.

van tariefsverhogingen (randnummer 87 bestreden besluit).[12]

19. CEO Daalimpex erkent in maart 2008 met Kloosterboer IJmuiden te hebben gecommuniceerd over [vertrouwelijk] (klant van Kloosterboer IJmuiden), maar stelt dat te hebben gedaan onder druk van Eimskip om de relatie met Kloosterboer goed te houden.[13] Verder betrof dit een kleine klant die om de hoek bij Kloosterboer IJmuiden was gevestigd.[14]

20. De klanten [vertrouwelijk] wilden in 2008 dat Daalimpex op stuwadoorsgebied ging samenwerken met Kloosterboer. De samenwerking vond volgens CEO Daalimpex dus plaats op verzoek van de klant. De tarieven zijn hierbij volgens CEO Daalimpex nooit verhoogd.[15]

21. [vertrouwelijk] was een contact van Eimskip en was klant bij Samskip in Rotterdam. De producten van [vertrouwelijk] moesten in stellingen worden opgeslagen, waarover Daalimpex alleen in Tuitjenhorn nog de beschikking had. De tarieven in Tuitjenhorn lagen hoger, in verband met hoge huurlasten bij [vertrouwelijk] en daarom zijn de tarieven in de offerte volgens CEO Daalimpex hoger.[16] Omdat Daalimpex geen ervaring had met de betrokken goederen deed zij navraag bij Kloosterboer IJmuiden.[17]

22. In 2008 heeft er volgens CEO Daalimpex geen algehele prijsverhoging plaatsgevonden.[18]

23. De tarieven voor [vertrouwelijk] lagen volgens CEO Daalimpex vast in een 15-jarig contract en zijn nooit verhoogd. De tarieven zijn met Kloosterboer IJmuiden gedeeld in verband met de waardebepaling van Daalimpex.[19]

24. CEO Daalimpex stelt dat de tarieven voor [vertrouwelijk] nooit zijn verhoogd en de contacten via Eimskip liepen.[20] De door ACM aangehaalde interne communicatie binnen Daalimpex over deze klant wijst er niet op dat met Kloosterboer IJmuiden over deze klant is gesproken.[21]

25. CEO Daalimpex stelt dat de informatie-uitwisseling die vanaf januari 2009 heeft plaatsgevonden, plaats vond binnen één concern, nu Kloosterboer toen eigenaar van Daalimpex is geworden. Ook in de periode na de overname werden de tarieven van voor het faillissement gerespecteerd.[22]

<u>Uitwisselen van bedrijfsvertrouwelijke informatie</u>

26. CEO Daalimpex stelt zich op het standpunt dat het citaat dat is opgenomen na randnummer 117

[12] Bezwaarschrift randnummers 4.13 - 4.14.
[13] Bezwaarschrift randnummer 4.6.
[14] Bezwaarschrift randnummer 4.15.
[15] Bezwaarschrift randnummers 4.7. en 4.17.
[16] Bezwaarschrift randnummer 4.8.
[17] Bezwaarschrift randnummer 4.18.
[18] Bezwaarschrift randnummer 4.9.
[19] Bezwaarschrift randnummers 4.10 en 4.20.
[20] Bezwaarschrift randnummer 4.11.
[21] Bezwaarschrift randnummer 4.19.
[22] Bezwaarschrift randnummer 4.12.

van het bestreden besluit moet worden gezien als ondernemers-(spierballen)taal en dat CEO Daalimpex hiermee probeerde zand in de ogen te strooien van Kloosterboer IJmuiden.[23]

27. In randnummer 118 van het bestreden besluit wordt melding gemaakt van een overzicht van uitgebrachte offertes en gehanteerde tarieven van Kloosterboer IJmuiden en Daalimpex voor een aantal klanten. Een medewerker van Daalimpex verstuurt dit overzicht naar CEO Daalimpex. Volgens CEO Daalimpex verklaart dit bewijsmiddel niet dat er tariefafspraken zijn gemaakt.[24]

28. De informatie die achter randnummer 119 van het bestreden besluit wordt genoemd, kan volgens CEO Daalimpex niet afkomstig zijn van CEO Daalimpex.[25]

29. CEO Daalimpex herkent zich niet in het verslag dat achter randnummer 120 van het bestreden besluit is opgenomen van het gesprek dat tussen de directeur van Kloosterboer IJmuiden en CEO Daalimpex heeft plaatsgevonden. Volgens CEO Daalimpex gaat het hier om een gesprek dat tussen CEO Daalimpex en de directeur van Kloosterboer IJmuiden heeft plaatsgevonden en dat betrekking had op de samenwerking op stuwadoorsgebied tussen Kloosterboer IJmuiden en Daalimpex. Dit gesprek over samenwerking zou op verzoek van [vertrouwelijk] hebben plaatsgevonden.[26]

30. Na randnummer 121 van het bestreden besluit is een verslag opgenomen van een bijeenkomst tussen de directeur van Kloosterboer IJmuiden en CEO Daalimpex, waarbij bedrijfsvertrouwelijke informatie is uitgewisseld. Volgens CEO Daalimpex moet dit gesprek worden gezien in het licht van de vergevorderde overnamegesprekken tussen Eimskip en Kloosterboer.[27]

31. Volgens CEO Daalimpex ziet de informatie die is uitgewisseld over de opslag van capelin in 2009 (randnummers 122 - 123 bestreden besluit) op de periode na de overname van Daalimpex door Kloosterboer. Deze informatie-uitwisseling zou de facto dan ook moeten worden gezien als informatie-uitwisseling binnen één concern. Bovendien zijn de tarieven nooit verhoogd.[28]

32. Ten aanzien van de informatie die is uitgewisseld tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden over de klant [vertrouwelijk] (randnummers 124 - 127 bestreden besluit), stelt CEO Daalimpex dat Daalimpex een contract voor 15 jaar had met deze klant waarvan op geen enkele wijze kon worden afgeweken. Ook hier gingen de gesprekken tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden over samenwerking op het gebied van stuwadoren en de waardebepaling van Daalimpex. Voor zover het gaat om de periode januari 2009 en later wijst CEO Daalimpex er op dat Kloosterboer toen al eigenaar was van Daalimpex.[29]

[23] Bezwaarschrift randnummer 4.22.
[24] Bezwaarschrift randnummer 4.23.
[25] Bezwaarschrift randnummer 4.24.
[26] Bezwaarschrift randnummer 4.25.
[27] Bezwaarschrift randnummer 4.26.
[28] Bezwaarschrift randnummer 4.27.
[29] Bezwaarschrift randnummer 4.28.

33. Volgens CEO Daalimpex heeft de informatie die is uitgewisseld tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden over de klant [vertrouwelijk] (randnummer 128 bestreden besluit) betrekking op een lading die [vertrouwelijk]had gekocht van [vertrouwelijk] en bij Daalimpex had opgeslagen. Kloosterboer wilde deze lading laten overrijden naar een locatie van Kloosterboer, maar omdat [vertrouwelijk] dit te duur vond is dit uiteindelijk niet gebeurd.[30]

34. De informatie opgenomen in randnummer 129 van het bestreden besluit is volgens CEO Daalimpex uitgewisseld tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden indachtig de aanstaande overname van Daalimpex door Kloosterboer.[31]

35. CEO Daalimpex stelt dat in januari 2009 Kloosterboer al eigenaar was van Daalimpex en Kloosterboer wilde stoppen met de opslag van gezouten vis. CEO Daalimpex zou Kloosterboer hebben geadviseerd om gezouten vis te blijven opslaan in Harlingen en werd verzocht om uit te leggen aan Kloosterboer dat het tarief dat aan Eimskip Transport in rekening werd gebracht een goed tarief was. In dat licht moet de uitgewisselde informatie worden gezien die in randnummer 131 van het bestreden besluit is opgenomen.[32]

36. De laatste informatie is tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden uitgewisseld op 23 januari 2009 (randnummer 132 van het bestreden besluit). Deze informatie-uitwisseling over de klant [vertrouwelijk] vond volgens CEO Daalimpex plaats nadat Kloosterboer eigenaar was geworden van Daalimpex. De informatie-uitwisseling zag op hoe binnen de (Kloosterboer) groep een grote hoeveelheid lading kon worden verwerkt.

3.2.2 Beoordeling ACM

37. De grondgedachte van het mededingingsrecht is dat iedere onderneming zelfstandig moet bepalen welk beleid zij op de markt zal voeren.[33] Deze eis van zelfstandigheid staat in de weg aan contact tussen ondernemingen, indien dat contact tot doel heeft het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent te beïnvloeden of kennis te geven aan een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag.[34]

38. In het bestreden besluit is vastgesteld dat gesprekken tussen de ondernemingen Kloosterboer IJmuiden en Daalimpex uiteindelijk hebben geleid tot wilsovereenstemming tussen beide ondernemingen om de onderlinge concurrentiedruk uit te schakelen en de tarieven voor de opslag van vis te verhogen.[35] Aan het voornemen om de concurrentiedruk uit te schakelen en de tarieven te verhogen, hebben de betrokken ondernemingen daadwerkelijk uitvoering gegeven door (tarieven in) offertes bij aanvragen van klanten af te stemmen en bedrijfsvertrouwelijke informatie uit te wisselen. De verschillende gedragingen die zagen op het afstemmen van tarieven en het uitwisselen van bedrijfsvertrouwelijke informatie zijn in het bestreden besluit aangemerkt als één enkele voortdurende inbreuk, die tot doel had om de concurrentiedruk te

[30] Bezwaarschrift randnummer 4.29.
[31] Bezwaarschrift randnummer 4.30.
[32] Bezwaarschrift randnummer 4.31.
[33] Gerecht 15 maart 2000, zaak T-25/95 (*Cement*), r.o. 1852.
[34] HvJ EG 16 december 1975 (*Suiker Unie*), r.o. 173-174 en HvJ 4 juni 2009 (*T-Mobile Netherlands* e.a.) r.o. 32 en 33.
[35] Dossierstuk 116, bijlage 10.

verminderen om zo tarieven voor de opslag van vis in koel- en vrieshuizen te verhogen.

39. Volgens vaste rechtspraak is voor het vaststellen van een één enkele voortdurende inbreuk niet vereist dat iedere gedraging die onderdeel uitmaakt van deze inbreuk afzonderlijk beschouwd een ingevolge artikel 6, eerste lid, Mw en/of artikel 101, eerste lid VWEU verboden overeenkomst of onderling afgestemde gedraging vormt. Doorslaggevend is of de verschillende handelingen wegens hun gemeenschappelijke doel deel uitmaken van een “totaalplan”, waarvan de elementen, gezamenlijk beschouwd, een dergelijke overeenkomst of een dergelijke onderling afgestemde gedraging vormen.[36]

40. De toets die moet worden aangelegd is dan ook of de verschillende gedragingen deel uitmaakten van een totaalplan en tezamen een overeenkomst of onderling afgestemde gedraging vormden die in strijd is met artikel 6 Mw of artikel 101 VWEU. Voor deze toets geldt niet het vereiste dat de betreffende gedragingen complementair aan elkaar waren.[37]

41. CEO Daalimpex komt in haar bezwaarschrift niet expliciet op tegen de kwalificatie van het geheel van gedragingen als één enkele voortdurende inbreuk. Wel betwist CEO Daalimpex ten aanzien van de individuele gedragingen dat deze ten doel hadden om de mededinging te beperken. Deze specifieke gedragingen hadden volgens CEO Daalimpex een ander doel (samenwerking op verzoek van een klant, waardebepaling van Daalimpex, zand in de ogen strooien van Kloosterboer IJmuiden) of moeten in een andere context worden gezien (overnamegesprekken tussen Daalimpex en Kloosterboer).

42. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat het aan de mededingingsautoriteit is om nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen aan te voeren die het bestaan van de overtreding aantonen. Echter, niet elk aangevoerd bewijsmiddel hoeft noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de overtreding aan deze criteria te voldoen. Zelfs wanneer de mededingingsautoriteit stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zijn deze doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst daarom worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.[38]

43. Gezien het vorenstaande zal ACM hieronder beoordelen of de in het bezwaarschrift genoemde gedragingen deel uitmaakten van een totaalplan met eenzelfde (identiek) doel als de overige gedragingen die onderdeel uitmaken van de één enkele inbreuk, te weten: het verminderen van

[36] College van Beroep voor het bedrijfsleven 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:65 (*Zilveruien*), r.o. 4.8.3. Zie ook College van Beroep voor het bedrijfsleven 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118 en 119 (*Boomkwekerijen*), r.o. 4.6.3 resp. r.o. 4.5.3 en College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:188 (*Meel)*, r.o. 5.3.24.
[37] HvJ EU 19 december 2013, ECLI:EU:2013:C:866,(*Siemens*), r.o. 247-248.
[38] Zie CBb 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:188, r.o. 4.2 en de in dat arrest genoemde jurisprudentie: HvJ 19 december 2013, ECLI:EU:C:2013:866, (*Siemens)*, r.o. 133, en HvJ 25 januari 2007, ECLI:EU:C:2007:52 (*Sumitomo Metal Industries*), r.o. 42 -51.

de onderlinge concurrentiedruk en het verhogen van de tarieven voor de opslag van vis in koel- en vrieshuizen. Wanneer enkele van deze gedragingen - gezien het doel van die gedragingen - geen onderdeel zouden uitmaken van het totaalplan, zal ACM moeten beoordelen of de overige gedragingen voldoende zijn om het bestaan van een één enkele inbreuk aan te nemen.

Afstemmen van tarieven

44. In randnummer 82 van het bestreden besluit heeft ACM de totstandkoming van de afspraak tussen Daalimpex en Kloosterboer om de onderlinge concurrentiedruk uit te schakelen en de tarieven te verhogen beschreven. Nadat op 17 januari 2007 een afspraak tussen afgevaardigden van beide ondernemingen heeft plaatsgevonden, stuurt een directeur van Kloosterboer de volgende dag een e-mailbericht aan CEO Daalimpex met daarin een samenvatting van de gemaakte afspraken. In dit e-mailbericht staat onder meer: *"5. We spreken de intentie uit niet achter elkaars klanten aan te gaan. Graag verneem ik van jullie of bovenstaand resumé de zaken correct heeft weergegeven. Mocht dat niet zo zijn dan zal ik een en ander in een document vastleggen."*[39] Op dit e-mailbericht reageert CEO Daalimpex als volgt: "*Onderstaande komt overeen met hetgeen we met elkaar besproken hebben, echter het punt om niet achter elkaars klanten aan te gaan kunnen wij ons niet herinneren. Desalniettemin zijn wij het met je eens dat we hier afspraken over moeten maken zodat we de prijzenslag van de laatste jaren in de toekomst voorkomen. Jouw voorstel in deze vinden wij echter wat beknopt en zal dan ook snel tot irritatie leiden bij jullie of ons. Wij zien graag dat we hier nogmaals over praten zodat we proberen te komen tot "compromisloze tevredenheid" voor beide partijen (...)"*[40]. Ook Kloosterboer IJmuiden is op de hoogte gesteld van deze afspraak.[41] Vervolgens is door Daalimpex, maar ook door Kloosterboer IJmuiden uitvoering gegeven aan deze intentie door ten aanzien van een groot aantal klanten tarieven af te stemmen en bedrijfsvertrouwelijke informatie uit te wisselen.

45. In haar bezwaarschrift (randnummer 4.2) stelt CEO Daalimpex dat deze correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer betrekking had op de eventuele samenwerking met [vertrouwelijk]: een grote klant die wilde dat Kloosterboer en Daalimpex zouden samenwerken op het gebied van stuwadoren. Naar het oordeel van ACM is het niet aannemelijk dat deze correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer ziet op de samenwerking voor stuwadoren ten aanzien van één specifieke klant ([vertrouwelijk]). Er wordt in deze correspondentie immers gesproken over de intentie om niet "*achter elkaars klanten aan te gaan"* zodat de prijzenslag van de laatste jaren in de toekomst kan worden voorkomen. Uit het woord "klanten" blijkt al dat de hier uitgesproken intentie niet alleen op een individuele klant betrekking had. Ook de prijzenslag van de afgelopen jaren waar CEO Daalimpex aan refereert, maakt duidelijk dat het hier gaat om een bredere intentie om elkaars klanten te respecteren om prijsverlagingen tegen te gaan en dat die intentie niet slechts zag op een individuele klant ([vertrouwelijk]). In deze correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer over het respecteren van elkaars klanten wordt [vertrouwelijk] ook niet genoemd, hetgeen het zeer onaannemelijk maakt dat deze correspondentie alleen op [vertrouwelijk] zou zien.

[39] Dossierstuk 116, bijlage 10.
[40] Dossierstuk 116, bijlage 10.
[41] Dossierstuk 116, bijlage 10.

46. Dat Kloosterboer IJmuiden zich, op het moment waarop de intentie tussen Kloosterboer en Daalimpex werd uitgesproken om elkaars klanten te respecteren, nog als met Daalimpex concurrerende onderneming beschouwde moet worden gezien in het licht van het moment waarop deze intentie werd uitgesproken. Bij het uitspreken van een intentie om elkaars klanten te respecteren zal niet direct de volledige concurrentie tussen Kloosterboer IJmuiden en Daalimpex komen te vervallen. Deze intentie diende te worden (en is ook) uitgewerkt. De correspondentie over de intentie om elkaars klanten te respecteren, is in randnummer 82 van het bestreden besluit opgenomen om de aanloop naar de daadwerkelijke overtreding te illustreren. De overtreding zelf vangt aan vanaf 22 juni 2007: het moment waarop deze intentie concreet werd en Kloosterboer IJmuiden en Daalimpex afspraken om de tarieven te verhogen.[42] De bezwaren van CEO Daalimpex ten aanzien van de in randnummer 82 van het bestreden besluit opgenomen correspondentie zijn dan ook niet relevant voor de vastgestelde overtreding.

47. De stelling van CEO Daalimpex dat in 2007 geen algehele prijsverhoging heeft plaatsgevonden, brengt niet mee dat er tijdens een etentje in november 2007 geen tarieven zijn afgestemd tussen Kloosterboer IJmuiden en Daalimpex. In het verslag dat de directeur van Kloosterboer IJmuiden doet van het etentje dat hij met CEO Daalimpex heeft gehad, noemt de directeur van Kloosterboer IJmuiden immers als kerndoel van dat etentje: "*afstemming/overleg over klanten/verhogingen etc.*".[43] Vast staat in ieder geval dat Daalimpex met Kloosterboer IJmuiden heeft afgesproken dat Kloosterboer IJmuiden Daalimpex niet zal onderbieden waar het gaat om [vertrouwelijk].[44] Vast staat ook dat door de afspraak tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden om niet te onderbieden is voorkomen dat de tarieven zouden worden verlaagd. Deze afstemming tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden had daarmee onmiskenbaar tot doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven zouden worden verlaagd).

48. Ten aanzien van klant [vertrouwelijk] betwist CEO Daalimpex niet dat er afstemming heeft plaatsgevonden tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden over de tarieven die aan deze klant zijn geboden. Dat CEO Daalimpex tot deze afstemming zou zijn gekomen onder druk van de directie van Eimskip, doet voor de overtreding van Daalimpex niet ter zake. Hierna zal in §3.3 nader worden ingegaan op de toerekening van de overtreding van Daalimpex aan CEO Daalimpex in haar rol van feitelijk leidinggever. De stelling van CEO Daalimpex dat [vertrouwelijk] voor Daalimpex als klant niet interessant was, omdat er bij Daalimpex een gebrek was aan opslagcapaciteit, is mededingingsrechtelijk niet relevant en blijkt niet uit de correspondentie binnen Daalimpex of de correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden. Ook uit het feit dat Daalimpex in reactie op de offerteaanvragen van [vertrouwelijk] toch tarieven heeft afgegeven in plaats van aan te geven op dat moment niet over capaciteit te beschikken, blijkt dat van capaciteitsgesprek geen sprake was. Ook deze afstemming van tarieven past daarmee binnen het totaalplan met als doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven zouden worden

[42] Randnummer 206 bestreden besluit.
[43] Dossierstuk 116, bijlage 25.
[44] Dossierstuk 116, bijlage 43.

verlaagd).

49. De stelling van CEO Daalimpex dat de tarieven ten aanzien van de klanten [vertrouwelijk] op verzoek van die klanten zijn uitgewisseld tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden, vindt geen steun in het bewijsmateriaal. Uit de offerte-aanvraag van [vertrouwelijk] blijkt dat aan Daalimpex ook wordt gevraagd om tarieven af te geven voor het laden en lossen (stuwadoren) van de lading. Nergens blijkt uit dat de klant Daalimpex heeft verzocht om samen te werken met Kloosterboer IJmuiden of dat Daalimpex daar bij haar prijsopgave rekening mee heeft gehouden. ACM is van oordeel dat ook deze afstemming van tarieven, slechts tot doel had om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven zouden worden verlaagd).

50. Hetgeen CEO Daalimpex aanvoert ten aanzien van de afstemming tussen Kloosterboer IJmuiden en Daalimpex over de [vertrouwelijk], doet niet af aan het mededingingsbeperkende doel van deze afstemming. Uit het bewijsmateriaal volgt dat Daalimpex door de Barry Groep wordt benaderd voor een offerte, waarna een medewerker van Daalimpex CEO Daalimpex verzoekt om af te stemmen met Kloosterboer IJmuiden welke tarieven er door Daalimpex moeten worden afgegeven.[45] CEO Daalimpex vraagt vervolgens aan Kloosterboer IJmuiden welke tarieven zij moet afgeven. Een week later blijkt dat Daalimpex zoals afgesproken inderdaad hogere tarieven heeft afgegeven dan Kloosterboer IJmuiden.[46] Het afstemmen van de tarieven die zijn afgegeven aan deze klant hadden onmiskenbaar tot doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven zouden worden verlaagd).

51. Ten aanzien van het afstemmen van tarieven met betrekking tot de klant [vertrouwelijk] is ACM van oordeel dat nergens uit blijkt dat deze tarieven zijn afgestemd omwille van de waardebepaling van Daalimpex. Uit de in § 4.3.6 van het bestreden besluit opgenomen bewijsmiddelen volgt dat [vertrouwelijk] graag wil overstappen naar Kloosterboer IJmuiden. [vertrouwelijk] heeft daartoe contact gezocht met Kloosterboer IJmuiden. Daalimpex heeft de tarieven die zij rekenen aan [vertrouwelijk] uitgewisseld met Kloosterboer IJmuiden, alsmede informatie over een voorgenomen prijsverhoging. Deze informatie wordt vervolgens door Kloosterboer IJmuiden gebruikt in de (tariefs)onderhandelingen met [vertrouwelijk]. Het afstemmen van de tarieven die door Daalimpex zijn afgegeven aan deze klant om zo de onderhandelingspositie van Kloosterboer IJmuiden te verbeteren, had onmiskenbaar tot doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven zouden worden verlaagd).

52. Dat de contacten met [vertrouwelijk] via Eimskip liepen, blijkt niet uit de bewijsmiddelen. Door [vertrouwelijk] wordt immers direct contact opgenomen met Daalimpex om een offerte aan te vragen. CEO Daalimpex geeft ook namens Daalimpex de opdracht aan een medewerker van Daalimpex om tarieven af te geven aan met [vertrouwelijk].

---

[45] Dossierstuk 117, bijlage 6.

[46] Dossierstuk 116, bijlage 40.

53. De stelling van CEO Daalimpex dat de informatie-uitwisseling ten behoeve van de afstemming van tarieven vanaf januari 2009 plaatsvond binnen één concern, is onjuist. De Daalimpex vennootschappen zijn pas op 9 maart 2009 door Kloosterboer overgenomen en Kloosterboer IJmuiden is pas op 5 juni 2009 door Kloosterboer overgenomen. De overtreding is dan ook pas op 4 juni 2009 beëindigd toen Kloosterboer het vrieshuis in IJmuiden heeft gekocht van de Samskip-groep. Vanaf dat moment behoorden Kloosterboer IJmuiden en Daalimpex tot dezelfde onderneming. De gedragingen die in randnummers 104 - 114 van het bestreden besluit worden beschreven vonden alle plaats vóór 4 juni 2009.

Uitwisselen van bedrijfsvertrouwelijke informatie

54. CEO Daalimpex kwalificeert de inhoud van het in randnummer 117 van het bestreden besluit opgenomen gespreksverslag als “zand in de ogen strooien” en “spierballentaal”. Tevens wijst zij er op dat in werkelijkheid de tarieven nooit zijn verhoogd. Dat de tarieven in werkelijkheid niet zouden zijn verhoogd of dat er spierballentaal zou zijn gebruikt, doet er naar het oordeel van ACM niet aan af dat uit het hiervoor bedoelde gespreksverslag blijkt dat er bedrijfsvertrouwelijke informatie is uitgewisseld tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden: *’Afgelopen vrijdag met* [CEO Daalimpex] *hapje gegeten en ze was heel open en eerlijken wil dolgraag tarievenverhogen. We zullen dit vervolgen.(…)’*. Het uitwisselen van deze bedrijfsvertrouwelijke informatie past binnen het totaalplan dat Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden uitvoerden met als doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven zouden worden verlaagd).

55. De stelling van CEO Daalimpex dat de informatie opgenomen in randnummer 119 van het bestreden besluit nooit van CEO Daalimpex afkomstig kan zijn, omdat zij geen wetenschap had over ‘geld verdienen of geld verliezen’ bij de verschillende vestigingen van Daalimpex, is onjuist. Uit het bewijsmateriaal blijkt dat de CFO van Eimskip aan CEO Daalimpex vraagt om de winstgevendheid per vrieshuis inzichtelijk te maken. CEO Daalimpex reageert daarop dat zij deze informatie spoedig zal opleveren.[47] Daarnaast blijkt ook uit de verklaring van de algemeen directeur van Eimskip Nederland B.V. dat de cijfers betreffende Daalimpex door Daalimpex zelf werden aangeleverd aan Eimskip Nederland, deze laatste stuurde deze cijfers met de cijfers van de andere Nederlandse deelnemingen door naar de IJslandse moeder.[48]

> *“De directie van Daalimpex rapporteerde aan de aandeelhouder en rapporteerde direct aan mijn moeder, in IJsland. Het financiële deel was maandelijks rapporteren end at was het eigenlijk. Ze rapporteerden aan mij en wij verzamelen die cijfers voor de concentratie Nederland en stuurden die door naar IJsland.”*

56. Overigens is het naar het oordeel van ACM ongeloofwaardig dat een algemeen directeur van een vennootschap geen (globaal) beeld heeft welke van de vestigingen binnen die vennootschap winstgevend of verliesgevend zijn.

[47] Dossierstuk 107, bijlage 2.
[48] Dossierstuk 26, p. 10.

57. Het delen van informatie over de winstgevendheid van de verschillende vestigingen van Daalimpex, alsmede het informeren van een concurrent dat de tarieven omhoog moeten, past binnen het totaalplan van Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden met als doel onderlinge concurrentiedruk te verminderen en tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven zouden worden verlaagd).

58. Wat betreft het gespreksverslag dat na randnummer 120 van het bestreden besluit is opgenomen, blijkt nergens uit dat de bedrijfsvertrouwelijke informatie die tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden is uitgewisseld, betrekking heeft op een samenwerking tussen beide ondernemingen op verzoek van een klant. Uit dit gespreksverslag blijkt dat er is gesproken over uitbreiding van de capaciteit van beide ondernemingen, het verhogen van de tarieven, de kosten van de verschillende vrieshuizen en het respecteren van klanten. Als al sprake is geweest van een samenwerking op verzoek, dan is het delen van deze bedrijfsvertrouwelijke informatie niet noodzakelijk voor de gestelde samenwerking op het gebied van stuwadoren. De opmerking over [vertrouwelijk] moet naar het oordeel van ACM worden gezien in het licht van het respecteren van elkaars klanten. CEO Daalimpex kondigt aan dat wanneer Kloosterboer IJmuiden de afspraak om elkaars klanten te respecteren zal schenden, zij ook een klant van Kloosterboer IJmuiden zal onderbieden. Het uitwisselen van deze bedrijfsvertrouwelijke informatie had onmiskenbaar tot doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven zouden worden verlaagd).

59. Het argument van CEO Daalimpex ten aanzien van de uitwisseling van de bedrijfsvertrouwelijke informatie die is opgenomen na randnummer 121 van het bestreden besluit, gaat niet op. Ook wanneer de stelling van CEO Daalimpex juist is dat verkoop van Daalimpex aan Kloosterboer al in een vergevorderd stadium was, dan nog was hier sprake van de uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie tussen Daalimpex (en Kloosterboer) aan de ene kant en Kloosterboer IJmuiden dat op dat moment onderdeel was van de Samskip-groep, aan de andere kant. De uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie over capaciteit, toekomstig beleid en prijzen kan geen ander doel hebben gehad dan om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven zouden worden verlaagd).

60. Ook voor de in randnummers 122 en 123 van het bestreden besluit genoemde e-mailberichten waarin een offerte die door Kloosterboer IJmuiden is afgegeven wordt uitgewisseld met Daalimpex geldt dat op dat moment Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden nog niet tot dezelfde onderneming behoorden. Zoals ACM hiervoor in randnummer 53 uiteen heeft gezet, is Kloosterboer IJmuiden pas op 5 juni 2009 door Kloosterboer overgenomen. Voor die tijd vormde Daalimpex (en vanaf 9 maart 2009 Kloosterboer) en Kloosterboer IJmuiden zelfstandige ondernemingen. Het uitwisselen tussen concurrenten van offertes die aan klanten zijn afgegeven, kan volgens ACM geen ander doel hebben dan het verminderen van de onderlinge concurrentiedruk en het verhogen van tarieven (althans het voorkomen dat tarieven worden verlaagd).

61. Zoals hierboven reeds in randnummer 51 uiteen is gezet, volgt uit de in § 4.3.6 van het

bestreden besluit opgenomen bewijsmiddelen dat [vertrouwelijk] graag wilde overstappen naar Kloosterboer IJmuiden. [vertrouwelijk] heeft daartoe contact gezocht met Kloosterboer IJmuiden. Daalimpex heeft de tarieven die zij rekenden aan [vertrouwelijk], alsmede informatie over een voorgenomen prijsverhoging, uitgewisseld met Kloosterboer IJmuiden. Alleen al uit het feit dat [vertrouwelijk] graag wilde overstappen en een offerte heeft aangevraagd bij Kloosterboer IJmuiden, volgt dat het voor [vertrouwelijk] een reële optie was om het contract met Daalimpex te verbreken. Het is niet aannemelijk dat de bedrijfsvertrouwelijke informatie betreffende [vertrouwelijk] tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden is uitgewisseld in verband met een samenwerking op het gebied van stuwadoren. In de offerte die door Kloosterboer IJmuiden is afgegeven staat immers expliciet vermeld dat de stuwadoors werkzaamheden zullen worden uitgevoerd door [vertrouwelijk][49] Van enige samenwerking tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden op het gebied van stuwadoren was dan ook geen sprake. Wellicht ten overvloede overweegt ACM dat het voor de samenwerking op het gebied van stuwadoren niet nodig is om informatie over voorgenomen prijsverhogingen en offertes op het gebied van opslag van vis uit te wisselen.

62. De stelling van CEO Daalimpex dat het uitwisselen van bedrijfsvertrouwelijke informatie tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden ten aanzien van [vertrouwelijk] nodig zou zijn voor de waardebepaling van Daalimpex kan ACM niet volgen. Daalimpex is immers overgenomen door Kloosterboer en niet door Kloosterboer IJmuiden (Samskip).

63. Ook ten aanzien van de bedrijfsvertrouwelijke informatie die tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden is uitgewisseld over de klant [vertrouwelijk] komt ACM tot de conclusie dat deze, mede gezien het gebrek aan een andere coherente verklaring, is uitgewisseld met als doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en de tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven worden verlaagd).

64. Over de uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden met betrekking tot de klant [vertrouwelijk] (randnummer 128 bestreden besluit), merkt CEO Daalimpex op dat deze informatie-uitwisseling plaats heeft gevonden omdat [vertrouwelijk] een lading had gekocht van [vertrouwelijk] en deze bij Daalimpex had opgeslagen. Het overrijden van deze lading naar Kloosterboer IJmuiden vond [vertrouwelijk] echter te duur. ACM ziet niet in waarom deze bedrijfsvertrouwelijke informatie tussen de concurrenten Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden zou moeten worden uitgewisseld. Het is immers de klant die beslist waar zijn lading wordt opgeslagen en daarover communiceert met de onderneming die het vrieshuis exploiteert. Door Daalimpex te informeren dat de klant het overrijden van de lading naar een ander vrieshuis te duur vindt, verkeerde Daalimpex in een betere onderhandelingspositie met deze klant, althans werd de onzekerheid dat deze klant zijn lading zou overbrengen naar een ander vrieshuis weggenomen. Gezien het vorenstaande had ook de uitwisseling van deze bedrijfsvertrouwelijke informatie tot doel het verminderen van de onderlinge concurrentiedruk en het verhogen van tarieven (althans het voorkomen dat tarieven worden verlaagd)

[49] Dossierstuk 116, bijlage 73.

65. De achtergrond die CEO Daalimpex schetst ten aanzien van de in randnummer 129 van het bestreden besluit opgenomen e-mails tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden betreffende de klant [vertrouwelijk], is hier niet relevant. Daalimpex was in onderhandeling met [vertrouwelijk] over de opslag van een partij vis. Omdat het risico bestond dat deze klant zou overstappen naar Kloosterboer IJmuiden, stelt Daalimpex Kloosterboer IJmuiden op de hoogte van de lopende onderhandelingen en wordt afgesproken dat Kloosterboer IJmuiden Daalimpex zal informeren wanneer een offerte-aanvraag wordt gedaan. Informatie over eventuele offerte-aanvragen die deze klant bij andere vrieshuizen heeft gedaan, neemt onzekerheid weg bij Daalimpex en stelt Daalimpex in staat om zijn onderhandelingspositie met deze klant te verbeteren. Dat één van de vrieshuizen van Daalimpex vol zou zitten of dat sprake zou zijn van een op handen zijnde overname door Kloosterboer (en dus niet Kloosterboer IJmuiden) doet daaraan naar het oordeel van ACM niet af. De uitwisseling van deze bedrijfsvertrouwelijke informatie had naar het oordeel van ACM tot doel het verminderen van de onderlinge concurrentiedruk en het verhogen van tarieven (althans het voorkomen dat tarieven worden verlaagd).

66. Uit randnummer 131 van het bestreden besluit blijkt dat Daalimpex op 14 januari 2009 een door haar aan Eimskip Transport B.V. uitgebrachte offerte heeft gedeeld met Kloosterboer IJmuiden. Dat deze offerte is doorgestuurd in verband met het advies van Daalimpex aan Kloosterboer om gezouten vis te blijven opslaan, blijkt niet uit de feiten en is naar het oordeel van ACM ook niet relevant. Vast staat dat Daalimpex bedrijfsgevoelige informatie (een offerte die de volgende dag zal worden afgegeven aan een klant) deelt met een onderneming die op dat moment een concurrent van haar is (Kloosterboer IJmuiden). De door CEO Daalimpex geschetste context doet daar niet aan af. Ook de uitwisseling van deze offerte heeft naar het oordeel van ACM als doel gehad om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en de tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven worden verlaagd).

67. Het laatste voorbeeld van uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie tussen Daalimpex en Kloosterboer IJmuiden dat in het bestreden besluit is opgenomen (randnummer 132) betreft de klanten [vertrouwelijk]. Kloosterboer IJmuiden kondigt bij Daalimpex aan dat deze klanten op zoek zijn naar opslagruimte voor vis, maar dat Kloosterboer IJmuiden geen tijd heeft om deze lading aan te nemen. Naar het oordeel van ACM gaat het hier om het uitwisselen van informatie over capaciteit tussen concurrenten met als doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen en de tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven worden verlaagd). Zoals ACM hiervoor heeft opgemerkt (randnummer 53) waren Daalimpex, Kloosterboer en Kloosterboer IJmuiden op het moment van de uitwisseling van deze bedrijfsvertrouwelijke informatie nog separate ondernemingen. Juridisch is niet relevant of deze ondernemingen gedurende een gedeelte van de overtreding zouden hebben gesproken over een mogelijke overname, immers ook tijdens overnamegesprekken gelden de verboden uit artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU onverkort.[50]

Tussenconclusie

68. Hiervoor heeft ACM beoordeeld of de in het bezwaarschrift van CEO Daalimpex genoemde

[50] Zie Rechtbank Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912, r.o. 8.

gedragingen onderdeel uitmaakten van een totaalplan waarmee hetzelfde (mededingingsbeperkende) doel werd nagestreefd. Zowel ten aanzien van de gedragingen die zagen op het afstemmen van tarieven, als ten aanzien van de gedragingen die zagen op het uitwisselen van bedrijfsvertrouwelijke informatie, is ACM ook in heroverweging van oordeel dat met deze gedragingen een overeenkomstig doel werd nagestreefd. Dat doel was steeds: het verminderen van de concurrentiedruk om zo tarieven te verhogen (althans te voorkomen dat tarieven werden verlaagd) voor de opslag van vis.

69. De in het vorige randnummer genoemde gedragingen waren bij uitstek geschikt om de concurrentiedruk te verminderen en vormden in hun totaliteit beschouwd, met de overige in het bestreden besluit genoemde gedragingen die niet door CEO Daalimpex zijn betwist, een één enkele inbreuk. In hetgeen CEO Daalimpex heeft aangevoerd in haar bezwaarschrift ziet ACM geen coherente verklaring waarom deze gedragingen niet zouden kwalificeren als inbreuk op artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU.

3.3 CEO Daalimpex als feitelijk leidinggever

3.3.1 Algemeen

70. Nu de heroverweging geen aanleiding geeft de vaststelling van de overtreding of het daderschap van de rechtspersonen aan de overtreding te herroepen, komt ACM vervolgens toe aan de bezwaren van CEO Daalimpex tegen de vaststelling dat zij aan de door Daalimpex gepleegde overtredingen, feitelijk leiding heeft gegeven.

71. Op 26 april 2016 heeft de Hoge Raad een overzichtsarrest (ECLI:NL:HR:2016:733) gewezen over “feitelijk leidinggeven”. In dit arrest heeft de Hoge Raad het beoordleingskader dat zij eerder had gegeven ten aanzien van de vraag of een verdachte strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld ter zake van het feitelijk leidinggeven aan een door een rechtspersoon verrichte verboden gedraging, herhaald en verduidelijkt.

72. Bij de beoordeling van de vraag of iemand als feitelijk leidinggever strafrechtelijk aansprakelijk is voor een door een rechtspersoon begaan strafbaar feit, moet voorop worden gesteld dat uit de taalkundige betekenis van het begrip feitelijk leidinggeven enerzijds voortvloeit dat de enkele omstandigheid dat de verdachte bijvoorbeeld bestuurder van een rechtspersoon is, niet voldoende is om hem aan te merken als feitelijk leidinggever aan een door die rechtspersoon begaan strafbaar feit. Maar anderzijds is een dergelijke juridische positie geen vereiste, terwijl ook iemand die geen dienstverband heeft met de rechtspersoon feitelijk leidinggever kan zijn aan een door de rechtspersoon begaan strafbaar feit.

73. In dat kader heeft de Hoge Raad vier omstandigheden uiteengezet waaruit het feitelijk leidinggeven kan worden afgeleid:
1. actief en effectief gedrag van de verdachte dat onmiskenbaar binnen de gewone betekenis van het begrip feitelijk leidinggeven valt;
2. indien de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene, door de

verdachte (bijvoorbeeld als bestuurder) gevoerde beleid;
3. het door de verdachte leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en het daarbij nemen van een zodanig initiatief dat de verdachte geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijke leiding te hebben gegeven;
4. indien door een meer passieve rol een verboden gedraging zodanig is bevorderd dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken. Dat kan in het bijzonder het geval zijn bij de verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat.

74. In feitelijk leidinggeven ligt een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten. Voor dit opzet van de leidinggever geldt als ondergrens dat hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen. Van het bewijs van dergelijke aanvaarding kan - in het bijzonder bij meer structureel begane strafbare feiten - ook sprake zijn indien hetgeen de leidinggever bekend was omtrent het begaan van strafbare feiten door de rechtspersoon rechtstreeks verband hield met de in de tenlastelegging omschreven verboden gedraging.

3.3.2 Bezwaren CEO Daalimpex

75. CEO Daalimpex voert aan dat zij niet kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggevende. Zij betoogt geen leiding te hebben geven aan de verboden gedragingen die door Daalimpex zijn begaan. Volgens haar wist ze niet van de inhoud van de overnamegesprekken en werd ze gedwongen om samen te werken in plaats van te concurreren. Zij wijst er daarbij op dat een ander de werkelijke leiding had, dat ze geen schuld had aan de overtredingen en haar geen verwijtbaarheid treft en dat zij formeel noch informeel bestuurder was. Tenslotte stelt CEO Daalimpex dat zij vanaf 2009 in ieder geval niet meer als feitelijk leidinggever kon worden aangemerkt en zij vanaf die datum alles wat zij deed moest rapporteren en verantwoorden aan een directeur van Kloosterboer.[51]

3.3.3 Beoordeling ACM

76. Onbestreden is dat CEO Daalimpex in de periode van 12 februari 2008 tot 10 februari 2009 algemeen directeur en enig directielid was van Daalimpex Logistics B.V., Daalimpex Beheer B.V. en Daalimpex Holding B.V. Na het faillissement van de hiervoor genoemde vennootschappen (op 10 februari 2009) was CEO Daalimpex van 1 april 2009 tot 30 december 2010 directeur bij de Daalimpex-vennootschappen die door Kloosterboer zijn opgericht om een deel van de activiteiten van Daalimpex voort te zetten: Daalimpex Harlingen B.V., Daalimpex Vlissingen B.V. en Daalimpex Velsen B.V. De enkele omstandigheid dat CEO Daalimpex deze posities had binnen deze rechtspersonen is niet voldoende om haar aan te merken als feitelijk leidinggever aan een door die rechtspersonen gepleegde verboden gedragingen. In het bestreden besluit zijn evenwel de omstandigheden opgesomd die – ook als haar rol als meer passief moet worden beschouwd - leiden tot de conclusie dat CEO Daalimpex de (voortduring van de) verboden gedragingen zodanig heeft bevorderd dat sprake is geweest van feitelijk leidinggeven. CEO

[51] Bezwaarschrift randnummers 3.35, 4.21 en 4.16.

Daalimpex was immers bevoegd en ook redelijkerwijs gehouden maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen, maar heeft het nemen van zulke maatregelen achterwege gelaten.

77. ACM is van oordeel dat uit het dossier voldoende blijkt dat CEO Daalimpex op de hoogte was van de gedragingen door de rechtspersonen waarvan zij algemeen directeur en directielid was en welke gedragingen tezamen een enkele inbreuk vormden waarmee artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU is overtreden. Uit de in het bestreden besluit aangehaalde e-mailberichten en documenten blijkt dat CEO Daalimpex zelf rechtstreeks betrokken was bij vrijwel alle verboden gedragingen die tezamen de één enkele inbreuk vormden.

78. In haar bezwaarschrift (randnummer 3.2) stelt CEO Daalimpex dat Eimskip de werkelijke leiding over Daalimpex voerde, in het bijzonder de CFO van Eimskip. Zoals in het bestreden besluit is opgemerkt (randnummer 270) staat het enkele feit dat er (hiërarchisch) hogere of meer verantwoordelijke leidinggevers zijn er niet aan in de weg om als leidinggever te kunnen worden aangemerkt.[52] Van een situatie waarin CEO Daalimpex niet bevoegd was maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen was geen sprake. CEO Daalimpex was als enig directeur zelfstandig bevoegd om namens Daalimpex te handelen en gaf ook in de praktijk leiding aan Daalimpex.[53] De directeur van Eimskip Nederland heeft te dien aanzien tevens verklaard dat er weinig aansturing was vanuit Eimskip en dat Daalimpex alleen de financiële gegevens moest aanleveren.[54] Daarnaast blijkt uit een verslag van een bijeenkomst tussen Daalimpex en Eimskip dat er gedurende 1,5 jaar geen vergadering is geweest met Daalimpex en de IJslandse aandeelhouder Eimskip.[55]

79. Ook het bezwaar van CEO Daalimpex dat zij altijd buiten de overnamegesprekken is gehouden door Eimskip, doet geen afbreuk aan haar rol als feitelijk leidinggever van Daalimpex. Juridisch is slechts relevant of CEO Daalimpex op de hoogte was dat de gedragingen plaatsvonden en of zij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedragingen en die maatregelen achterwege heeft gelaten. Hiervoor kwam ACM reeds tot de conclusie dat CEO Daalimpex op de hoogte was van de gedragingen en zij ook bevoegd en redelijkerwijs gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedragingen. Het verweer van CEO Daalimpex dat ze gedwongen zou zijn om samen te werken in plaats van te concurreren, slaagt evenmin, omdat daar op geen enkele manier van is gebleken, en CEO Daalimpex bovendien al voor die gestelde dwang betrokken was bij de verboden gedragingen.

80. Overigens constateert ACM dat uit bewijsmiddelen in het dossier wel degelijk blijkt dat CEO Daalimpex betrokken werd bij de overnamegesprekken. Zo heeft CEO Daalimpex zelf verklaard soms wel bij deze gesprekken aanwezig te zijn geweest.[56] Daarnaast blijkt uit een verslag van een vergadering tussen Eimskip en Daalimpex dat de directie van Eimskip voornemens is om

[52] Hoge Raad 21 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8948, r.o. 5.1.
[53] Dossierstuk 6, p.4.
[54] Dossierstuk 27, p. 7.
[55] Dossierstuk 90, bijlage 3.
[56] Dossierstuk 79, p.2, p.4.

samen met CEO Daalimpex af te spreken met Kloosterboer:

> *"*[vertrouwelijk] *is asking whether Eimskip is meeting Kloosterboer.* [vertrouwelijk] *says not yet but that they probably will.* [vertrouwelijk] *mentions that it might be good to meet them together as this will concern Daalimpex and* [vertrouwelijk] *is responsible for Daalimpex.* [vertrouwelijk] *and* [vertrouwelijk] *both agree with this."*[57]

81. ACM komt in heroverweging dan ook tot de conclusie dat aan de vereisten in het hiervoor genoemde overzichtsarrest is voldaan en dat CEO Daalimpex terecht als feitelijk leidinggever aan de overtreding is aangemerkt. Er is geen grond voor het oordeel dat haar als feitelijk leidinggever geen verwijt kan worden gemaakt van de overtreding.

3.4 Beboeting

3.4.1 Bezwaren CEO Daalimpex

82. CEO Daalimpex stelt in haar bezwaarschrift (hoofdstuk 7) dat zij niet over voldoende draagkracht beschikt om de opgelegde boete(s) te kunnen voldoen. Ter onderbouwing van dit standpunt heeft CEO Daalimpex inzicht gegeven in haar financiële positie.

83. Daarnaast stelt CEO Daalimpex dat ACM het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door haar financiële positie af te leiden uit haar aanslag inkomstenbelasting 2013 (randnummer 7.4 bezwaarschrift).

3.4.2 Beoordeling ACM

84. ACM is in het bestreden besluit voor de bepaling van de hoogte van de boete uitgegaan van de systematiek uit de Boetecode 2007.[58] ACM heeft de boetegrondslag vastgesteld aan de onderkant van de in randnummer 50 van de Boetecode 2007 genoemde bandbreedte van € 50.000 tot € 400.000. De rechtbank heeft op 30 juni 2016 geoordeeld dat de in de Boetecode 2007 gemaakte keuze ten aanzien van het vaststellen van de boetegrondslag in beginsel niet in strijd is met artikel 57 Mw en evenmin onredelijk is.[59]

85. CEO Daalimpex heeft ook niet betwist dat de boetegrondslag, gezien de ernst en de duur van de overtreding, evenredig en redelijk is. Zij stelt zich uitsluitend op het standpunt dat ACM onvoldoende rekening heeft gehouden met haar draagkracht. Hierna zal ACM daarom alleen ingaan op de vraag of de draagkracht van CEO Daalimpex er toe moet leiden dat de opgelegde boete wordt gematigd.

86. In heroverweging beoordeelt ACM de draagkracht van CEO Daalimpex ex-nunc.[60] Daarbij geldt wel dat wanneer wijzigingen in de (financiële) positie van de overtreder hebben plaatsgevonden na het moment van de boeteoplegging, ACM in haar beoordeling de context zal betrekken

[57] Dossierstuk 107, bijlage 2.
[58] NMa Boetecode 2007, Stcr. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196.
[59] ECLI:NL:RBROT:2016:4858.
[60] Zie ook: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685.

waarbinnen deze wijzigingen hebben plaatsgevonden. De financiële gegevens die CEO Daalimpex op 17 februari 2016 heeft aangeleverd, zullen hierna dan ook, samen met de aanvullende gegevens die CEO Daalimpex op verzoek van ACM heeft overgelegd[61], worden betrokken bij de heroverweging van de boetehoogte.

87. Bij de heroverweging van de boetehoogte naar aanleiding van het draagkrachtverweer van CEO Daalimpex is het volgende toetsingskader van belang. Uitgangspunt is dat het wettelijk vastgestelde boetemaximum in beginsel voldoende waarborg biedt tegen onevenredige beboeting in verhouding tot de draagkracht van een overtreder.[62] Daarnaast brengt het rekening houden met de vermogenspositie van een overtreder niet met zich dat ACM gehouden is bij het ontbreken van een relevant vermogen geen of een zeer lage boete op te leggen, omdat daarmee het bestraffende effect van die boete geheel of grotendeels ongedaan zou worden gemaakt.[63] Tenslotte zal in dit besluit het draagkrachtverweer van CEO Daalimpex in samenhang moeten worden beoordeeld met hetzelfde verweer dat in zaak 15.0327.31 is gevoerd.

88. ACM neemt bij de beoordeling van de draagkracht van CEO Daalimpex in aanmerking haar inkomen uit loon (€ [vertrouwelijk]) en de volgende vermogensbestanddelen:

- Saldo private banking spaarrekening: € [vertrouwelijk]
- Saldo ABN beleggingsrekening: € [vertrouwelijk]
- Saldo Reaal effecten depot: € [vertrouwelijk]
- Overwaarde eigen woning: € [vertrouwelijk]

89. Naar het oordeel van ACM brengt de omstandigheid dat CEO Daalimpex wellicht niet direct en in één keer de boetes kan betalen die in het bestreden besluit en het besluit in zaak 15.0327.31 zijn opgelegd, niet met zich dat één van die boetes moet worden gematigd. De mogelijkheid om een betalingsregeling te treffen, staat immers open. Relevant is of CEO Daalimpex gezien haar inkomen en vermogen binnen een redelijke termijn die boetes kan voldoen. Daar is volgens ACM sprake van, gezien haar privé vermogen en haar inkomsten uit loon.

90. Naast de hiervoor genoemde vermogensbestanddelen bezit CEO Daalimpex [vertrouwelijk]% van de aandelen in de financiële holding genaamd [vertrouwelijk]. Deze holding waar CEO Daalimpex tevens bestuurder van is, bezit een groot deel van de aandelen ([vertrouwelijk]%) in de financiële holding [vertrouwelijk]. [vertrouwelijk] is op haar beurt weer bestuurder en enig aandeelhouder van een viertal ondernemingen in de logistieksector: [vertrouwelijk]. De waarde van de aandelen [vertrouwelijk] staan, samen met de aandelen in een andere deelneming ([vertrouwelijk]), in de conceptjaarrekening van [vertrouwelijk] voor € [vertrouwelijk] op de balans.[64] Naar het oordeel van ACM stelt het aandeelhouderschap van CEO Daalimpex in

[61] E-mailberichten van 6, 11 en 17 juli 2016.
[62] Rb. Rotterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4858.
[63] Rb. Rotterdam 11 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BV6796.
[64] Over de aandelen [vertrouwelijk] heeft CEO Daalimpex verklaard dat de enige investering van [vertrouwelijk] een investering in [vertrouwelijk] betreft. [vertrouwelijk] is geen winstgevende organisatie en deze aandelen kunnen niet verkocht worden.

[vertrouwelijk] haar in staat om vermogen aan te trekken.

91. Ten aanzien van het bezwaar van CEO Daalimpex dat ACM het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door uit te gaan van de draagkracht van CEO Daalimpex zoals bleek uit de belastingaangifte over 2013, merkt ACM het volgende op. Bij het vaststellen van de boetehoogte in het primaire besluit heeft ACM rekening gehouden met de financiële positie van CEO Daalimpex zoals die op dat moment bekend was. Per brief van 3 september 2015 heeft ACM CEO Daalimpex verzocht om in verband met het mogelijk opleggen van een bestuurlijke boete de meest recente informatie omtrent haar inkomen en vermogen te verschaffen.[65] In reactie op deze brief heeft CEO Daalimpex op 14 september 2015 de aanslag inkomstenbelasting over 2013 verstrekt. ACM heeft bij het vaststellen van de financiële positie (en draagkracht) van CEO Daalimpex dan ook gebruik gemaakt van deze door haar aangeleverde informatie.

92. Nadat ACM het bestreden besluit had genomen, is door CEO Daalimpex aanvullende informatie over haar financiële positie aangeleverd.[66] Het gaat hier om stukken die allemaal reeds beschikbaar waren op het moment waarop ACM CEO Daalimpex heeft verzocht om de meest recente informatie omtrent haar inkomen en vermogen aan te leveren. Aangezien het op de weg lag van CEO Daalimpex om in verband met haar draagkrachtverweer inzicht te geven in haar inkomen en vermogen, is ACM van oordeel dat niet onzorgvuldig is gehandeld door bij de boeteoplegging de gegevens over de inkomens- en vermogenspositie van CEO Daalimpex te betrekken die zij zelf heeft aangeleverd. De na het bestreden besluit door CEO Daalimpex aangeleverde gegevens heeft ACM logischerwijs niet kunnen betrekken bij de vaststelling van de hoogte van de boete.

3.5 Procedurele aspecten

3.5.1 Bezwaren CEO Daalimpex

Verdedigingsbeginsel

93. CEO Daalimpex stelt in haar rechten van verdediging te zijn geschaad omdat zij niet kan beschikken over al het oorspronkelijk bij Daalimpex gevorderde bewijsmateriaal.[67]

Één zaak / ne bis in idem

94. Volgens CEO Daalimpex worden de bewijsmiddelen die in randnummers 82, 258 en 259 van het bestreden besluit worden genoemd ook opgevoerd in de ‘vruchtensappen-zaak’ (zaak met nummer 15.0327.31). Dat zou erop duiden dat ACM de bewijsmiddelen door elkaar haalt of dat beiden zaken als één zaak beschouwd moeten worden. Dit brengt CEO Daalimpex tot de conclusie dat in beide zaken de boete opgelegd is in strijd met het ne bis in idem beginsel.

Willekeur

95. ACM heeft volgens CEO Daalimpex gehandeld in strijd met het verbod op willekeur, door in de ‘Betuwe-zaak’ geen boetes op te leggen aan de personen die in het onderzoeksrapport in die

[65] Dossierstuk 161.
[66] Dossierstuk 198.
[67] Bezwaarschrift randnummer 3.39.

zaak zijn geïdentificeerd als feitelijk leidinggevers.[68] Daarnaast stelt CEO Daalimpex dat ACM haar niet in de gelegenheid heeft gesteld om in deze zaak een "vereenvoudigde procedure" te doorlopen. Van het aftasten om tot een gedeelde opvatting van de overtreding te komen is geen sprake geweest.

3.5.2 Beoordeling ACM

Verdedigingsbeginsel

96. CEO Daalimpex heeft in deze procedure de beschikking gekregen over alle op de zaak betrekking hebbende stukken. Door CEO Daalimpex wordt ook niet betwist dat dit dezelfde stukken zijn als waarop ACM het primaire besluit heeft gebaseerd. Het bezwaar van CEO Daalimpex komt er op neer dat zij toegang wil tot alle stukken die ooit door ACM bij Daalimpex zijn veiliggesteld.

97. Uit vaste rechtspraak van het College van beroep voor het bedrijfsleven volgt dat ondernemingen die van ACM een boete opgelegd hebben gekregen en zich daartegen verweren, niet zonder meer toegang hebben tot stukken die ACM niet ten grondslag heeft gelegd aan zijn besluit. Alleen als de onderneming (of zoals in dit geval de feitelijk leidinggever) motiveert waarom stukken, die zich bevinden in andere dossiers dan waarop ACM het boetebesluit heeft gebaseerd, voor haar verdediging van belang zijn, kunnen dergelijke stukken worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken zoals bedoeld in artikel 7:4, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).[69]

98. In dit geval ziet het integrale verzoek om toegang tot alle bij Daalimpex veiliggestelde stukken op een zeer omvangrijke set van gegevens. Ten aanzien van deze stukken heeft CEO Daalimpex slechts in algemene zin en zeer summier aangegeven waarom deze van belang zouden kunnen zijn voor haar verdediging. Al tijdens de primaire fase heeft ACM CEO Daalimpex verzocht om dit verzoek nader te specificeren en te motiveren, zodat ACM zou kunnen beoordelen welke stukken eventueel aan het dossier hadden kunnen worden toegevoegd. Omdat CEO Daalimpex heeft nagelaten haar verzoek nader te specificeren en te motiveren, is het verzoek door ACM afgewezen.[70]

99. ACM is desondanks tijdens de bezwaarprocedure bereid geweest om aan het verzoek tot inzage in stukken buiten het dossier tegemoet te komen, echter wel op een zodanige wijze dat jegens de eigenaar van deze stukken (Klooosterboer) de vertrouwelijkheid van de stukken kon worden gegarandeerd. ACM heeft CEO Daalimpex daarom een voorstel gedaan waarin deze beide belangen waren verenigd.[71] Dit voorstel hield in dat de advocaat van CEO Daalimpex (onder geheimhouding) toegang zou krijgen tot alle digitale bestanden van CEO Daalimpex die zich in de onderzoeksdataset bevinden (dus de volledige mailbox van CEO Daalimpex en haar documenten, voor zover deze binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen en geen geprivilegieerde gegevens bevatten). Deze dataset was op een simpele wijze digitaal te

[68] Bezwaarschrift hoofdstuk 5.
[69] Zie: CBb 4 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521.
[70] Dossierstuk 159.
[71] Dossierstuk 223.

doorzoeken op steekwoorden en met een door ACM ter beschikking gesteld programma had de advocaat van CEO Daalimpex eenvoudig kunnen aangeven en motiveren welke stukken in voorkomend geval aan het dossier zouden moeten worden toegevoegd. Na een vertrouwelijkheidstoets had ACM de gevraagde stukken aan het dossier kunnen toevoegen, zodat CEO Daalimpex zelf de gelegenheid zou hebben tot inzage in deze stukken. Dit voorstel is door CEO Daalimpex afgewezen. CEO Daalimpex heeft vervolgens verzocht om integrale inzage in de bij Daalimpex veiliggestelde informatie.

100. Dit verzoek om integrale inzage is door ACM afgewezen.[72] Door integrale inzage zou CEO Daalimpex inzicht krijgen in informatie die zich buiten de reikwijdte van het onderzoek bevindt. Deze schifting is immers pas na het veiligstellen van de gegevens door ACM gemaakt met behulp van voor het onderzoek relevante zoekvragen. Er bestaat volgens de hiervoor in randnummer 97 genoemde rechtspraak geen recht op integrale toegang tot gegevens die zich niet in het dossier bevinden. Dat geldt te meer nu CEO Daalimpex heeft nagelaten om te specificeren om welke gegevens het gaat en te motiveren waarom die gegevens van belang zijn voor haar verdediging. Integraal toegang verschaffen tot deze gegevens is bezwaarlijk omdat deze gegevens thans toebehoren aan Kloosterboer en deze gegevens zeer waarschijnlijk passages bevatten die als bedrijfsvertrouwelijk kunnen worden aangemerkt. Dit is des te meer van belang nu CEO Daalimpex inmiddels zelf een onderneming is gestart in de (aanpalende) transportmarkt, hetgeen het gevaar van schadelijke gevolgen door de verstrekking van bedrijfsvertrouwelijke gegevens nog groter maakt.

101. Gezien het bovenstaande is ACM van oordeel dat zij CEO Daalimpex voldoende in de gelegenheid heeft gesteld om, door middel van de geboden mogelijkheid tot inzage, gemotiveerd aan te geven welke gegevens, die zich niet in het dossier bevinden en van belang zijn voor haar verdediging, aan het dossier zouden moeten worden toegevoegd. Omdat CEO Daalimpex van deze gelegenheid geen gebruik heeft gemaakt, heeft ACM niet kunnen beoordelen of er informatie bestaat die van belang is voor de verdediging van CEO Daalimpex en die aan het dossier zou moeten worden toegevoegd. ACM kan dan ook niet worden verweten dat zij de rechten van verdediging van CEO Daalimpex heeft geschaad.

<u>Één zaak / ne bis in idem</u>

102. In artikel 5:43 van de Awb is het beginsel van ne bis in idem neergelegd. Op grond daarvan legt ACM aan een overtreder geen bestuurlijke boete op als aan deze overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd.

103. Bij het bestreden besluit is CEO Daalimpex een bestuurlijke boete opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU gedurende de periode van 1 oktober 2007 tot en met 4 juni 2009 op de markt voor de opslag van vis in koel- en/of vrieshuizen. Bij het andere besluit van 22 december 2015 is CEO Daalimpex, gelijktijdig met het bestreden besluit, een bestuurlijke boete opgelegd wegens overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU gedurende de periode van 12 februari 2008 tot en met 31 december

[72] Zie brief ACM van 3 juni 2016 met kenmerk: ACM/DJZ/2016/202816.

2009 op de markt voor de opslag en verwerking van vruchtensappen en –concentraten in koel- en/of vrieshuizen. De verboden gedragingen vonden plaats op verschillende, te onderscheiden (deel)markten en bij de verboden gedragingen waren verschillende partijen betrokken. Die verboden gedragingen op beide (deel)markten hadden ook afzonderlijk van elkaar kunnen worden begaan. Dat die gedragingen desalniettemin in dezelfde periode plaatsvonden, maakt niet dat sprake is van strijd met artikel 5:43 Awb, nu een situatie als bedoeld in dat artikel zich niet voordoet.

104. Dat in beide zaken een aantal dezelfde bewijsmiddelen zijn opgenomen, doet geen afbreuk aan het vorenstaande. Deze bewijsmiddelen zijn in de onderhavige zaak alleen gebruikt ter illustratie van de aanloop naar de verboden gedragingen en niet als bewijs van de overtreding. In beide zaken is met verschillende onderscheidenlijke gedragingen uitvoer gegeven aan de mededingingsbeperkende afspraken.

105. ACM is dan ook van oordeel dat het opleggen van een bestuurlijke boete bij het bestreden besluit naast het opleggen van een bestuurlijke boete bij het andere besluit van 22 december 2015 geen dubbele bestraffing van dezelfde overtreding oplevert.

Willekeur

106. De keuze om een boete op te leggen aan een feitelijk leidinggever behoort tot de discretionaire bevoegdheid van ACM. Naar het oordeel van ACM was er in de door CEO Daalimpex genoemde “Betuwe-zaak” onvoldoende grond om de in het rapport als feitelijk leidinggevers aangemerkte personen daadwerkelijk aan te merken als feitelijk leidinggever en ze daarvoor een boete op te leggen.

107. Voor zover CEO Daalimpex stelt dat zij geen gelegenheid heeft gehad om serieus een zogenaamde “vereenvoudigde procedure” te doorlopen, kan ACM CEO Daalimpex niet volgen. ACM wijst er op dat CEO Daalimpex in deze zaak op 27 maart 2015 is uitgenodigd om deel te nemen aan een “vereenvoudigde afdoening” van de zaak.[73] CEO Daalimpex heeft deze uitnodiging geaccepteerd en ACM heeft haar een toelichting gegeven op de voor deze procedure geldende voorwaarden. Één van deze voorwaarden was dat ACM de vereenvoudigde afdoening zou beëindigen wanneer ACM tot de conclusie zou komen dat een gedeeld beeld over de feiten en de overtreding niet haalbaar zou zijn. Omdat ACM niet met alle partijen binnen een redelijke termijn tot een op basis van het rapport gedeeld beeld van de overtreding is gekomen, heeft ACM per brief van 21 juli 2015[74] aan CEO Daalimpex laten weten dat de zaak niet voor vereenvoudigde afdoening in aanmerking kwam en de reguliere procedure te zullen hervatten. Het gegeven dat dit in de andere procedures anders gelopen is, valt niet als schending van het verbod op willekeur te kwalificeren.

108. Met betrekking tot de 10% boetevermindering die ACM wel heeft toegekend aan Kloosbeheer, maar niet aan CEO Daalimpex, merkt ACM op dat de boetevermindering van 10% in die zaak gezien de medewerking van de betreffende partij aan het boete-traject redelijk is.

[73] Dossierstuk 145.
[74] Dossierstuk 148.

CEO Daalimpex, heeft in tegenstelling tot Kloosbeheer, haar betrokkenheid bij de overtreding niet erkend. Gezien de ongelijkheid van deze gevallen kan er geen sprake kan zijn van schending van het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast is van belang dat ACM - gezien de bijzondere context en het complex van feiten - CEO Daalimpex tot aan de hoorzitting in de gelegenheid heeft gesteld om de juridische procedure tegen de boeteoplegging te beëindigen, waarna ACM de boete met 10% zou hebben gereduceerd. CEO Daalimpex heeft van deze mogelijkheid geen gebruik willen maken.

Besluit
Openbaar

4 Dictum

De Autoriteit Consument en Markt:

I. verklaart ongegrond de bezwaren van CEO Daalimpex;

II. wijst het verzoek op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb, tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure af.

Den Haag, 30 augustus 2016

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

overeenkomstig het door het bestuur op 30 augustus 2016 genomen besluit.

W.g.

dr. F.J.H. Don
Bestuurslid

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.