

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2016/207499
Zaaknummer: 15.0710.31.1.01
Datum: 15 december 2016

1 Samenvatting

1. Besluit van ACM op het bezwaar van H&S Coldstores B.V. en H&S Coldstores Holding B.V. (voorheen: Van Bon Coldstores Beneden-Leeuwen en hierna: H&S) gericht tegen het besluit van ACM van 22 december 2015¹ (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 de gedragingen waarmee artikel 6 Mw en/of artikel 101 VwEU is overtreden zijn toe te rekenen aan H&S Coldstores B.V. en H&S Coldstores Holding B.V. ACM handhaaft verder haar conclusie dat er een juridische grondslag is om de boete op te leggen. In heroverweging is ACM tot slot van oordeel dat de hoogte van de opgelegde boete evenredig is en H&S niet is geschaad in haar rechten van de verdediging.

2 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 1 februari 2016 heeft H&S, op nader aan te voeren gronden, bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit.² ACM heeft op 5 februari 2016 H&S een termijn gesteld om vóór 1 april 2016 de gronden van bezwaar in te dienen.³ Deze termijn is op verzoek van H&S verlengd tot 18 april 2016,⁴ en vervolgens tot 29 april 2016.⁵ Op 29 april 2016 heeft ACM de gronden van bezwaar van H&S (hierna: bezwaarschrift) ontvangen.⁶
6. In haar bezwaarschrift heeft H&S verzocht om rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter in de zin van artikel 7:1a Awb. Op 21 mei 2016 heeft ACM ingestemd met rechtstreeks beroep.⁷ Echter, de rechtbank heeft in een uitspraak van 1 juli 2016 het onderzoek gesloten en bepaald dat de zaak zich niet leent voor rechtstreeks beroep en in dit geval eerst de

¹ Besluit van 22 december 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/207541.

² Kenmerk: ACM/DJZ/2016/100288.

³ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/200701.

⁴ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/401867.

⁵ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/307315.

⁶ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/100988.

⁷ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/202824.

bezwaarprocedure gevolgd zal moeten worden.⁸

7. Gezien de verhinderdata van H&S heeft ACM op 15 september 2016 een hoorzitting (hierna: de hoorzitting) gehouden. De beslistermijn is met instemming van H&S opgeschort tot aan de hoorzitting.⁹ Tijdens de hoorzitting heeft H&S haar bezwaren tegen het bestreden besluit toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt. Het verslag is op 9 november 2016 naar H&S verzonden.¹⁰

3 Het bestreden besluit

8. In het bestreden besluit komt ACM tot de conclusie dat H&S Coldstores B.V. in de periode van 31 juli 2006 tot 16 november 2009 en H&S Coldstores Holding B.V. in de periode van 1 december 2008 tot 16 november 2009 artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU hebben overtreden. ACM heeft daarom aan H&S Coldstores B.V. en H&S Coldstores Holding B.V. gezamenlijk een boete opgelegd van EUR 694.000. ACM heeft hierbij in het bestreden besluit aangetekend dat 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 de overtreding voor een bedrag van EUR 201.000.

Betrokken ondernemingen

9. H&S Coldstores B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Beneden Leeuwen en houdt zich onder meer bezig met de opslag en verwerking van vruchtensappen en –concentraten. ACM verwijst voor de volledige vennootschapsstructuur en de wijzigingen die daarin hebben plaatsgevonden naar randnummer 36 en volgende van het rapport, en naar randnummer 27 en volgende van het bestreden besluit. Hierna volgt een versimpelde weergave. H&S Coldstores B.V. handelde tot 20 oktober 2011 onder de naam 'Van Bon Coldstores Beneden-Leeuwen B.V.'.¹¹ Toen deze vennootschap failliet ging, is het omstreeks juli 2005 overgenomen door Hebo Beheer B.V. (hierna: Hebo Beheer) en Partner Logistics Europe B.V. (hierna: PLE), welke ieder voor 50% aandeelhouder werden. Vanaf 1 december 2008 werd H&S Coldstores Holding B.V. 100% aandeelhouder van H&S Coldstores B.V. Vanaf 6 juli 2010 is H&S Group B.V. 100% aandeelhouder van deze holding.¹² H&S Coldstores B.V. en - vanaf 1 december 2008 - H&S Coldstores Holding B.V. worden hierna aangeduid als 'H&S'. Hieronder zijn de verhoudingen tussen de verschillende vennootschappen schematisch weergegeven.

⁸ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/101298.

⁹ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/204204.

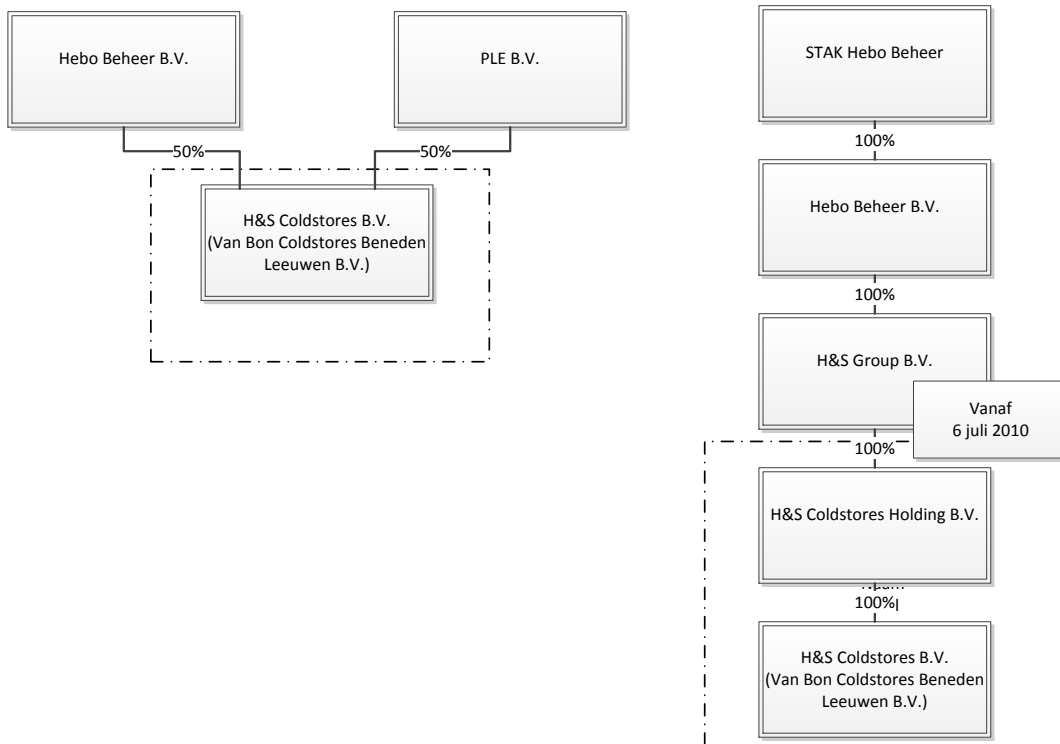
¹⁰ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/206759.

¹¹ Dossierstuk 73 (KvK gegevens H&S, document 7601/384) en dossierstuk 62 (document 7601/325).

¹² Bestreden besluit, nr. 27 e.v.

Juli 2005 – 1 dec 2008

Vanaf 1 december 2008



3/52

Figuur 1 Structuur H&S

10. Kloosterboer Elst B.V. is een besloten vennootschap naar Nederlandse recht, gevestigd te Elst 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 een separaat besluit 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.¹³ In het onderhavige besluit worden voornoemde rechtspersonen tezamen aangeduid als 'Kloosterboer'. H&S en Kloosterboer worden hierna tezamen aangeduid als 'de betrokken ondernemingen'.

Betrokken natuurlijke personen

11. Na de overname van H&S (Destijds Van Bon Colstores Beneden-Leeuwen B.V.) door PLE en Hebo Beheer in juli 2005 waren vanuit PLE [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] (hierna: Operationeel verantwoordelijke H&S), en [vertrouwelijk] (hierna: Vestigingsmanager H&S)

¹³ Besluit met kenmerk: ACM/DJZ/2015/207566_OV.

betrokken bij H&S. Vanuit Hebo Beheer was met name [vertrouwelijk] (hierna: Directeur H&S) betrokken bij H&S. De statutaire directie van H&S Coldstores in Beneden-Leeuwen bestond uit [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] was (en is) algemeen directeur van H&S Group B.V. [vertrouwelijk] stuurde de commerciële afdeling van H&S aan. [vertrouwelijk] was oprichter en CEO bij PLE en bij H&S mede verantwoordelijk voor de operationele, commerciële en strategische aspecten.

12. Maandelijks vond er overleg plaats tussen [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] over de aansturing van H&S.¹⁴ [vertrouwelijk] was COO Europe bij PLE. Bij H&S was hij vestigingsdirecteur¹⁵ van de vestiging in Beneden-Leeuwen en verantwoordelijk voor de operationele gang van zaken binnen deze vennootschap. [vertrouwelijk] was sinds eind 2006 de vestigingsmanager van de vestiging in Beneden-Leeuwen, en formeel in dienst bij PLE. [vertrouwelijk] was commercieel verantwoordelijk (onder [vertrouwelijk]) voor H&S. Na 1 december 2008, toen PLE geen aandeelhouder meer was, zijn [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] tijdelijk aangebleven.
13. Vanuit Kloosterboer is met name de betrokkenheid van [vertrouwelijk] (hierna: Directeur Kloosterboer) relevant. Hij is lid van de directie en aandeelhouder van Kloosterboer.

4 Juridisch kader

14. Voor de beschrijving van het relevante juridisch kader verwijst ACM naar het bestreden besluit paragrafen 4.3.1, 4.4.1, 4.5.1, 4.9.1.

5 Beoordeling Bezwaargronden

5.1 De overtreding

5.1.1 Onderling afgestemde feitelijke gedraging en/of overeenkomst

5.1.1.1 Bezwaar H&S

15. H&S voert aan dat ACM ten onrechte heeft vastgesteld dat er door H&S en Kloosterboer tarieven zijn afgestemd en informatie is uitgewisseld. Daarbij is ACM er ten onrechte vanuit gegaan dat H&S en Kloosterboer tot doel zouden hebben gehad om de concurrentie te beperken via de uitwisseling van informatie en afstemming van offertes en is geen onderscheid gemaakt tussen de betrokken personen en ondernemingen.¹⁶
16. ACM heeft ook niet onderzocht in hoeverre de vermeende afstemming en informatie-

¹⁴ Dossierstuk 26, p. 2-4. Zie ook dossierstuk 10, p.3; dossierstuk 61, p. 2; dossierstuk 99 (zienswijze), mr. 98; dossierstuk 99, bijlage (aanvullende verklaring [vertrouwelijk]), p. 2; dossierstuk 64, p. 2 en hoorzittingsverslag, p. 6 en 10. Soms waren [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] (en CFO PLE [vertrouwelijk]) ook aanwezig. [vertrouwelijk] moest in deze vergadering verantwoording afleggen.

¹⁵ Dossierstuk 9. In eerste instantie was hij vestigingsmanager.

¹⁶ Bezwaarschrift, nr. 188.

uitwisseling de concurrentie kon beperken.¹⁷

17. Ten aanzien van een viertal specifieke contactmomenten ([vertrouwelijk]) merkt H&S nog op dat in deze gevallen wel contact is geweest tussen H&S en Kloosterboer over een offerteaanvraag, maar in deze gevallen bleek dat de andere onderneming geen offerteaanvraag had ontvangen. Dat betekent dat er ook geen overeenstemming kon worden bereikt over die offerteaanvragen.¹⁸

5.1.1.2 Beoordeling ACM

18. Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een 'overeenkomst' (in de zin van artikel 1, onder e, Mw) wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen.¹⁹ De 'onderling afgestemde feitelijke gedraging' 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 vorm van feitelijke samenwerking.²⁰ In beide samenspanningsvormen schenden ondernemingen de grondgedachte van de mededingingsvoorschriften, die inhoudt dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de markt zal voeren.²¹
19. In het primaire besluit heeft ACM beschreven hoe H&S en Kloosterboer overeen zijn gekomen om bij aanvragen van klanten de onderlinge concurrentiedruk te beperken om zo hogere tarieven te kunnen bedingen. In het kader van deze afspraak hebben de betrokken ondernemingen bij aanvragen van klanten tarieven van offertes afgestemd en concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld.²² ACM heeft deze gedragingen in het bestreden besluit tezamen aangemerkt als een enkele complexe en voortdurende inbreuk. Dat deze verschillende gedragingen zowel elementen van een overeenkomst, als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging (of beide) vertonen ligt bij een langdurige overtreding voor de hand. Bij een dergelijke inbreuk kan ACM in het midden laten of deze gedragingen als overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging kunnen worden gekwalificeerd.²³ In zo een geval kan ACM de gedragingen aanduiden als 'overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging'.²⁴ Hierna zal ACM nader ingaan op de kwalificatie van de gedragingen als onderling afgestemde feitelijke gedraging en/of overeenkomst.
20. In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging

¹⁷ Bezwaarschrift, nr. 188.

¹⁸ Bezwaarschrift, nr. 190.

¹⁹ Gerecht 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 etc. (*Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a. / Commissie*), ECLI:EU:T:1999:80, r.o. 715.

²⁰ HvJ 16 december 1975, zaak 40/73 (*Suiker Unie e.a./Commissie*), ECLI:EU:C:1975:174, r.o. 26.

²¹ Gerecht 15 maart 2000, zaak T-25/95 (*Cement*), ECLI:EU:T:2000:77, r.o. 1852.

²² Bestreden besluit, hoofdstuk 3.

²³ Gerecht van eerste aanleg 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 etc. (*Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a. / Commissie*), ECLI:EU:T:1999:80, r.o. 696.

²⁴ HvJ 8 juli 1999, zaak C-49/92 (*Anic*), ECLI:EU:C:1999:356, r.o. 43.

Besluit Openbaar

6/52

of een overeenkomst in de meeste gevallen moet 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.²⁵

Afspraak om de onderlinge concurrentiedruk te beperken

21. Uit een verslag van de bijeenkomst op 31 juli 2006 tussen de betrokken ondernemingen, blijkt dat zij overeen zijn gekomen om drie opties voor samenwerking nader uit te werken.²⁶ Het betrof de volgende opties: i) nieuwbouw in Medel en afbouwen in Elst en Beneden-Leeuwen, ii) uitbreiden in Elst en afbouwen in Beneden-Leeuwen (cq. sloop oudbouw) en iii) huidige situatie handhaven en beide bedrijven optimaliseren d.m.v. uitwisseling gegevens/klanten.²⁷
22. Uit verschillende bewijsmiddelen blijkt dat de betrokken ondernemingen zich na de bijeenkomst op 31 juli 2006 gebonden voelden aan de hierboven genoemde derde optie voor samenwerking en het doel nastreefden om de onderlinge concurrentiedruk te beperken:

- a. Intern e-mailbericht Directeur Kloosterboer:

“Afgelopen donderdag 1,5 uur met [vertrouwelijk] [Operationeel verantwoordelijke H&S] tel gesproken ; eerst over douanerie zaken en later over verdeling zeggenschap Medel. Zoals bekend hebben wij aangedrongen op 20% h&s 20% PL en 60% Kloosterboer. Dit is onbespreekbaar. (...) snapte uiteindelijk dat indien wij niet meedoen er weer een concurrentie strijd ontstaat. (...)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 wel een aandeel.... Aan de andere kant snappen zij goed dat bij concurrentie (ik noemde prijzen - 30% wat wij zouden kunnen aanbieden in elst) het heel veel geld kan gaan kosten (...).”²⁸

- b. Intern e-mailbericht van een directeur van Kloosterboer:

“wat niet opgeschreven is maar wat [vertrouwelijk] [Directeur H&S] belangrijk vindt: we kunnen de concurrentie beperken op deze manier (is zeer tevreden met tandem [vertrouwelijk]).”²⁹

- c. Intern e-mailbericht van een directeur van Kloosterboer:

“Wij hebben naar mijn mening gelukkig niet zitten wachten op [vertrouwelijk] maar zijn zelf doorgegaan (met maasvlakte en projectorganisatie alsof het met PL niets zou worden). Neemt niet weg dat we denk ik moeten proberen in contact te blijven en vast te houden aan de Medelafsprak waar bij wij geen haast hebben. Verder hebben wij

²⁵ HvJ 17 september 2015, zaak C-634/13 P (*Total Marketing Services/Commissie*), ECLI:EU:C:2015:614, r.o. 26.

²⁶ Dossierstuk 56, bijlage 37.

²⁷ De eerste twee samenwerkingsopties tussen de betrokken ondernemingen zijn in juni 2007 ook vastgelegd in een intentieovereenkomst, zie dossierstuk 53, bijlage 17.

²⁸ Dossierstuk 55, bijlage 5.

²⁹ Dossierstuk 55, bijlage 14.

Besluit Openbaar

voordeel bij de tandem [vertrouwelijk].³⁰

- d. Intern e-mailbericht van een directeur van Kloosterboer:

“Heb hem [Directeur H&S] over onze belangstelling verteld om betrokken te zijn bij PLE en ook geschetst hoe niet-samenwerken erg veel kan kosten. Is zeer te spreken over samenwerking [vertrouwelijk].”³¹

- e. Intern e-mailbericht van de Operationeel verantwoordelijke H&S:

“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.”³²

23. Uit deze bewijsmiddelen blijkt dat de betrokken ondernemingen los van de lopende gesprekken over samenwerking tussen H&S en Kloosterboer (nieuwbouw in Medel of samenvoegen locaties Elst en Beneden-Leeuwen) al uitvoering gaven aan de hiervoor genoemde samenwerkingsoptie om de onderlinge concurrentiedruk te beperken. Dat gebeurde door dezelfde “tandem” die ook verantwoordelijk was voor het uitwerken van de andere vormen van samenwerking tussen H&S en Kloosterboer (zoals overeengekomen op 31 juli 2006): Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur Kloosterboer.
24. Naar het oordeel van ACM tonen deze bewijsmiddelen duidelijk aan dat er een afspraak bestond tussen beide ondernemingen om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen. Of deze afspraak als overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden gekwalificeerd kan gezien het vorenstaande in het midden blijven. Vast staat dat deze afspraak zorgde voor een vorm van coördinatie tussen beide ondernemingen die de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.³³ In het bestreden besluit is bovendien aangetoond dat aan de afspraak uitvoering is gegeven door ook daadwerkelijk marktgedrag af stemmen door tarieven af te stemmen voor offerteaanvragen en concurrentiegevoelige informatie uit te wisselen. Op de uitvoering van deze afspraken gaat ACM hieronder in.

Afstemmen van tarieven voor offerteaanvragen

25. Het onderzoeksrapport bevat verschillende bewijsmiddelen waaruit blijkt dat H&S en Kloosterboer in minimaal vijf gevallen bij aanvragen van klanten en/of in onderhandeling met klanten ([vertrouwelijk]) tarieven van offertes hebben afgestemd.³⁴
26. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat deze afstemming steeds op ongeveer dezelfde manier plaatsvond.³⁵ De afstemming van tarieven speelde zich vooral af wanneer een grote (vaste)

³⁰ Dossierstuk 55, bijlage 10.

³¹ Dossierstuk 55, bijlage 11.

³² Dossierstuk 56, bijlage 9.

³³ HvJ 4 juni 2009, zaak C-8/08 (*T-Mobile Netherlands e.a.*), ECLI:EU:C:2009:343, r.o. 26.

³⁴ Zie dossierstuk 78, §5.2.2.

³⁵ Zie dossierstuk 78, §5.2.1.

klant een tariefaanvraag had gestuurd naar één of beide betrokken ondernemingen of wanneer werd vermoed dat dit het geval was. In zo'n geval kon het een tariefaanvraag betreffen van een eigen klant of van een klant die op dat moment dienstverlening afnam bij de andere betrokken onderneming. Wanneer bijvoorbeeld H&S een tariefaanvraag ontving van een klant van Kloosterboer, nam H&S contact op met Kloosterboer. Vervolgens werd er tussen H&S en Kloosterboer uitgewisseld welk tarief Kloosterboer uit zou brengen of had uitgebracht. Tevens werd daarbij in sommige gevallen afgesproken dat H&S een hoger tarief zou uitbrengen.

27. Wanneer bijvoorbeeld Kloosterboer een tariefaanvraag van een van zijn eigen klanten ontving en tevens wist of vermoedde dat H&S ook een tariefaanvraag van deze klant had ontvangen of zou ontvangen, nam Kloosterboer ook in een dergelijk geval contact op met H&S. In die gevallen werd door Kloosterboer gevraagd aan H&S (of vice versa) of deze de tariefaanvraag daadwerkelijk had ontvangen. Tevens kwam het voor dat Kloosterboer alvast aan H&S liet weten welke tarieven zij had geboden, en stelde H&S daarmee —voor het geval H&S de tariefaanvraag reeds had gekregen of later zou krijgen — in de gelegenheid een hoger tarief af te geven.
28. Hierna gaat ACM in op de bezwaren die H&S naar voren heeft gebracht ten aanzien van de gedragingen waarmee tarieven voor offerteaanvragen van specifieke klanten zijn afgestemd.

[vertrouwelijk]
29. H&S stelt dat er geen bewijs is dat Kloosterboer en H&S tarieven hebben afgestemd voor de offerteaanvraag van [vertrouwelijk].³⁶ ACM is van oordeel dat dit bewijs er wel is.
30. In 2006 heeft [vertrouwelijk] verschillende offertes opgevraagd voor de dienstverlening op het gebied van de opslag en verwerking van vruchtensappen, onder meer bij H&S.³⁷ Op dat moment was [vertrouwelijk] een klant van Kloosterboer.
31. In september 2006 heeft [vertrouwelijk] een bezoek gebracht aan de locatie van H&S in Beneden-Leeuwen. Naar aanleiding van dit bezoek heeft [vertrouwelijk] H&S verzocht om tarieven op te geven (een offerte uit te brengen). Op 25 september 2006 stelt Operationeel verantwoordelijke H&S Directeur Kloosterboer per e-mail op de hoogte hiervan. In hetzelfde e-mailbericht stelt Operationeel verantwoordelijke H&S voor om 10% boven de tarieven van Kloosterboer te gaan zitten en vraagt Kloosterboer welke tarieven zij hanteren:

"Deze mensen zijn onlangs in BL [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 10% boven jullie prijzen gaan zitten. Kun je mij de tarieven bezorgen?"³⁸

³⁶ Bezwaarschrift, nr. 170.

³⁷ Dossierstuk 69, p. 5.

³⁸ Dossierstuk 54, bijlage 5.

Besluit Openbaar

9/52

32. Vervolgens stuurt Operationeel verantwoordelijke H&S een e-mail aan Directeur Kloosterboer met daarbij gevoegd een (concept) offerte voor [vertrouwelijk]. Het onderwerp van deze e-mail is: "*bestand aanvullen*".³⁹ In reactie hierop stuurt Directeur Kloosterboer een e-mail met een versie van de offerte van H&S die is aangevuld met de tarieven die Kloosterboer aan [vertrouwelijk] rekent. De e-mail zelf bevat de tekst: "*bijgaand onze prijzen*".⁴⁰
33. Uit het voorgaande blijkt dat H&S en Kloosterboer tarieven hebben afgestemd voor een offerteaanvraag van [vertrouwelijk]. Daarmee hebben betrokken ondernemingen de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangen door een vorm van feitelijke samenwerking. Nergens blijkt uit dat, zoals H&S stelt, dit contact samenhang met de aanstelling van H&S door Kloosterboer als transporteur voor [vertrouwelijk].⁴¹ Daarnaast rechtvaardigt een samenwerking in het kader van transport niet de afstemming van tarieven die zagen op het opslaan en verwerken van vruchtensappen en -concentraten.

[vertrouwelijk]

34. Ten aanzien van de klant [vertrouwelijk] betwist H&S niet dat er contact is geweest tussen H&S en Kloosterboer over het tarief voor [vertrouwelijk], maar wel dat H&S op basis van dit contact het tarief voor [vertrouwelijk] heeft aangepast. Naar het oordeel van ACM geldt er op grond van vaste Europese rechtspraak een vermoeden van causaliteit tussen de afstemming en het daaropvolgende marktgedrag van de betrokken ondernemingen, wanneer deze ondernemingen actief blijven op de markt.⁴² In dat geval mag worden aangenomen dat de betrokken ondernemingen bij de bepaling van hun gedrag op de betrokken markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld. H&S heeft in dit verband geen tegenbewijs geleverd.

[vertrouwelijk]

35. H&S stelt dat er slechts een poging heeft plaatsgevonden om contact over de offerteaanvraag van [vertrouwelijk] te hebben. Kloosterboer bleek echter geen offerteaanvraag te hebben ontvangen.
36. ACM is van oordeel dat er voldoende bewijs is dat voor deze klant tarieven zijn afgestemd. Op 28 september 2006 vraagt Directeur Kloosterboer aan Operationeel verantwoordelijke H&S welke tarieven zij moeten hanteren richting [vertrouwelijk]:

*"Kun jij mij opgeven welke prijzen wij richting [vertrouwelijk] moeten opgeven ivm tender?"*⁴³

37. Operationeel verantwoordelijke H&S reageert dezelfde dag op dit e-mailbericht en meldt:

³⁹ Dossierstuk 54, bijlage 80.

⁴⁰ Dossierstuk 54, bijlage 81.

⁴¹ Bezwaarschrift, nr. 170.

⁴² Zie o.a. HvJ 8 juli 1999, zaak C-49/92 (*Anic*), ECLI:EU:C:1999:356, r.o. 121.

⁴³ Dossierstuk 54, bijlage 81.

Besluit Openbaar

“Wij gaan de prijzen van [vertrouwelijk] verhogen, maar moet ik nog bepalen. De aangepaste tarieven komen asap. Ik begrijp dat jij ook van [vertrouwelijk] een verzoek hebt ontvangen voor Elst?”⁴⁴

38. Directeur Kloosterboer geeft aan dat zij geen offerteaanvraag hebben ontvangen, maar reageert wel op bepaalde tarieven uit de concept offerte die H&S voor [vertrouwelijk] heeft opgesteld:

“In/uit/op zijn prima en gezien de vele partijjes waarschijnlijk ook nodig en storten vind ik (te) laag. Afvullen daarentegen is weer goed als je het naar het 'oude' nivo kan brengen!”⁴⁵

39. Uit het vorenstaande blijkt dat H&S voorgenomen tarieven voor de klant [vertrouwelijk] heeft uitgewisseld met Kloosterboer. Daarnaast blijkt dat Kloosterboer op deze tarieven heeft gereageerd en ten aanzien van een tarief heeft aangegeven dat dat tarief te laag is. Daarmee staat vast dat afstemming heeft plaatsgevonden. Dat Kloosterboer uiteindelijk geen offerte heeft ontvangen of dat deze informatie-uitwisseling plaats zou hebben gevonden in het kader van het nieuwbouwproject in Medel, doet daar niet aan af. Aangezien de ondernemingen ook na de afstemming op de markt actief zijn gebleven, mag worden aangenomen dat zij ook bij de bepaling van hun toekomstige marktgedrag rekening hebben gehouden met de informatie die zij hebben uitgewisseld. Ook hier is geen tegenbewijs geleverd.

[vertrouwelijk]

40. H&S betwist niet dat er tussen H&S en Kloosterboer informatie is uitgewisseld over een voorgenomen tariefverhoging voor de klant [vertrouwelijk].⁴⁶ Wel stelt H&S dat er geen bewijs is dat H&S haar tarieven voor de klant [vertrouwelijk] daadwerkelijk heeft aangepast.
41. Naar het oordeel van ACM blijkt uit het beschikbare bewijsmateriaal dat er omstreeks oktober 2007 afstemming heeft plaatsgevonden tussen H&S en Kloosterboer met betrekking tot de aanvraag van [vertrouwelijk].
42. Aangenomen mag worden dat betrokken ondernemingen bij de bepaling van hun toekomstige marktgedrag rekening hebben gehouden met de informatie die zij hebben uitgewisseld. Gezien dit bewijsvermoeden, is niet relevant dat er geen bewijs is dat H&S haar tarieven voor de klant [vertrouwelijk] daadwerkelijk naar aanleiding van deze afstemming heeft aangepast. H&S zal moeten bewijzen dat zij bij de bepaling haar marktgedrag geen rekening heeft gehouden met de informatie die zij heeft uitgewisseld, bijvoorbeeld door zich publiekelijk te distantiëren van de gedraging, die gedraging aan te geven bij de administratieve entiteiten of ter weerlegging van dat vermoeden andere

10/52

⁴⁴ Dossierstuk 54, bijlage 9.

⁴⁵ Dossierstuk 54, bijlage 14.

⁴⁶ Bezwaarschrift, nr. 175.

bewijzen aan te voeren.⁴⁷ Dat heeft H&S nagelaten.

[vertrouwelijk]

43. H&S stelt in haar bezwaarschrift dat de interpretatie van ACM dat H&S en Kloosterboer tarieven hebben afgestemd ten aanzien van [vertrouwelijk] onjuist is, althans dat ieder bewijs van concurrentiebeperkend gedrag ontbreekt.⁴⁸ Er zou slechts contact tussen de betrokken ondernemingen hebben plaatsgevonden in verband met het opslaan van producten van [vertrouwelijk] bij H&S. Kloosterboer heeft H&S slechts de opdracht gegeven om producten voor [vertrouwelijk] op te slaan wegens ondercapaciteit bij Kloosterboer.
44. Naar het oordeel van ACM bevat het rapport voldoende bewijsmiddelen om aan te nemen dat er tussen H&S en Kloosterboer tarieven zijn afgestemd ten aanzien van een offerteaanvraag van [vertrouwelijk]. Deze bewijsmiddelen worden hierna toegelicht.
45. [vertrouwelijk] meldt zich begin 2009 bij H&S met het verzoek om een offerte uit te brengen.⁴⁹ Een medewerker stuurt dit verzoek vervolgens door aan Directeur H&S met de volgende mededeling:

"We zijn ([Vestigingsmanager H&S] en ik) al een tijdje bezig met deze klant en zij hebben ons ook bezocht in BL. In de attachment aanvraag van [vertrouwelijk] en ook de TRAIL-ABC. Aangekondigde volumes liegen er niet om. Hier moeten we mijn inziens een kans maken wanneer tarieven goed zijn."

46. Directeur H&S speelt deze offerteaanvraag vervolgens door aan Operationeel verantwoordelijke H&S. Uit dit e-mailbericht en de reactie van Operationeel verantwoordelijke H&S daarop blijkt dat Kloosterboer en H&S een afspraak hebben gemaakt over deze klant:

"Hai [Operationeel verantwoordelijke H&S], dit is toch de klant waar jij met [Directeur Kloosterboer] over hebt gesproken en een afspraak over had gemaakt, of vergis ik mij?? [Directeur H&S]".

Reactie Operationeel verantwoordelijke H&S:

"Ja dit klopt. Maar [commercieel medewerker H&S] en [commercieel directeur H&S] weten dit uiteraard nog niet"

47. Wat de afspraak tussen Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur Kloosterboer inhield, blijkt uit een interne e-mail van Directeur Kloosterboer van 3 maart 2009:

"Zojuist [Operationeel verantwoordelijke H&S] 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

⁴⁷ HvJ 21 januari 2016, zaak C-74/14 (*Eturas*), ECLI:EU:C:2016:42, r.o. 50.

⁴⁸ Bezwaarschrift, nr. 176 e.v.

⁴⁹ Dossierstuk 56, bijlage 22.

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 toen hoger aangeboden)."⁵⁰

48. Uit bovenstaande bewijsmiddelen blijkt dat H&S een hogere prijs aan Grupo Altex heeft geboden en zij in ruil daarvoor van Kloosterboer een deel van de lading van Grupo Altex mocht opslaan. Vast staat dat er overleg is geweest tussen H&S en Kloosterboer over offerteaanvragen van [vertrouwelijk]. Vast staat ook dat Operationeel verantwoordelijke H&S bewust "hoger heeft aangeboden" en dat daarmee tarieven daadwerkelijk zijn afgestemd. Dat Kloosterboer als compensatie voor het hoger aanbieden (en daarmee het mislopen van de opdracht van [vertrouwelijk]) met H&S heeft afgesproken dat een deel van de lading onder zou worden gebracht bij H&S doet daar niet aan af.

Uitwisselen overige concurrentiegevoelige informatie

[vertrouwelijk]

49. H&S en Kloosterboer hebben naast het afstemmen van tarieven ook overige concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld. Ten eerste is door Directeur Kloosterboer aan Operationeel verantwoordelijke H&S medegedeeld dat Kloosterboer een exclusiviteitscontract is overeengekomen met [vertrouwelijk], inclusief boetebeding.⁵¹ Daarnaast is informatie uitgewisseld over de investeringen die door Kloosterboer zijn gedaan voor de dienstverlening aan [vertrouwelijk] (*nieuwe lijn, heatexchanger en 4 blendtanks*).⁵² Tenslotte is door H&S een verslag van het bezoek dat [vertrouwelijk] heeft afgelegd aan H&S toegestuurd aan Kloosterboer met daarin concurrentiegevoelige informatie.⁵³ Uit dit laatste verslag blijkt onder meer dat H&S niet "Aceptisch [sic] kan afvullen".
50. Daarmee hebben betrokken ondernemingen de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangen door een vorm van feitelijke samenwerking.

[vertrouwelijk]

51. Tussen H&S en Kloosterboer is ook andere concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld. Op verzoek van H&S laat Directeur Kloosterboer op 2 oktober 2006 weten dat Kloosterboer

⁵⁰ Dossierstuk 55, bijlage 16.

⁵¹ Dossierstuk 54, bijlage 81.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Dossierstuk 54, bijlage 12.

geen offerte heeft ontvangen van [vertrouwelijk].⁵⁴

52. Daarmee hebben betrokken ondernemingen de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangen door een vorm van feitelijke samenwerking.

[vertrouwelijk]

53. In juli 2007 onderhandelt H&S met haar klant [vertrouwelijk] over tarieven. Tijdens deze onderhandelingen geeft [vertrouwelijk] te kennen dat Kloosterboer een veel lager tarief rekent dan H&S. Operationeel verantwoordelijke H&S gaat bij Directeur Kloosterboer na of Kloosterboer daadwerkelijk een lager tarief heeft afgegeven aan [vertrouwelijk] zonder daarover ruggenspraak te houden. Operationeel verantwoordelijke H&S laat vervolgens aan zijn collega's weten dat Directeur Kloosterboer het een en ander heeft nagekeken, maar dat er geen contact is geweest tussen Kloosterboer en [vertrouwelijk], en dat er dus ook geen tarieven zijn afgegeven door Kloosterboer.⁵⁵

54. Daarnaast heeft Operationeel verantwoordelijke H&S op 11 juli 2007 aan Directeur Kloosterboer laten weten dat H&S een meerjarig contract heeft met [vertrouwelijk].⁵⁶

55. Hieruit volgt dat concurrentiegevoelige informatie is uitgewisseld tussen H&S en Kloosterboer en de onderlinge concurrentie is vervangen door een vorm van feitelijke samenwerking.

[vertrouwelijk]

56. De correspondentie tussen Kloosterboer en H&S geeft aan hoe het systeem van afstemmen van tarieven bij offerteaanvragen werkte. In een e-mail met als onderwerp "[vertrouwelijk]" vraagt Operationeel verantwoordelijke H&S aan Directeur Kloosterboer om de aanbieding van Kloosterboer nog even te mailen. Directeur Kloosterboer reageert op dit verzoek met de mededeling dat Vestigingsmanager H&S de prijzen van H&S aan Kloosterboer zou opgeven en dat Kloosterboer aan de hand daarvan hogere prijzen zou afgeven:

"[Vestigingsmanager H&S] zou jullie prijzen opgeven en a d h daarvan zouden wij hogere prijzen afgeven toch?"

57. H&S stelt dat er in 2007 geen offerteaanvraag van [vertrouwelijk] bij H&S is gedaan en dat daarom dit contact de mededinging niet kan hebben beperkt. Deze stelling gaat niet op. [vertrouwelijk] was immers een klant van H&S⁵⁷ en uit de hierboven beschreven contacten blijkt dat [vertrouwelijk] ook een klant van H&S moest blijven. Het gaat er derhalve niet om dat H&S geen offerteaanvraag heeft ontvangen, maar dat Kloosterboer heeft toegezegd om bij een offerteaanvraag van [vertrouwelijk] hogere tarieven af te geven dan H&S, zodat

⁵⁴ Dossierstuk 54, bijlage 14.

⁵⁵ Dossierstuk 54, bijlage 33.

⁵⁶ Dossierstuk 54, bijlage 32.

⁵⁷ Dossierstuk 54, bijlage 19.

[vertrouwelijk] ook klant van H&S zou blijven.

[vertrouwelijk]

58. Naar aanleiding van een gesprek dat Directeur Kloosterboer heeft gehad met de CEO van [vertrouwelijk] neemt hij per e-mail contact op met Operationeel verantwoordelijke H&S. Directeur Kloosterboer meldt dat hij in de loop van die week een offerteaanvraag van [vertrouwelijk] verwacht en adviseert Operationeel verantwoordelijke H&S om ook contact met [vertrouwelijk] op te nemen zodat ook H&S een offerteaanvraag zal ontvangen. Zij zullen vervolgens samen bekijken hoe zij op die offerteaanvragen 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."*⁵⁸

59. Kloosterboer ontvangt ook daadwerkelijk een offerteaanvraag van [vertrouwelijk] en stuurt deze door aan Operationeel verantwoordelijke H&S met de mededeling dat Kloosterboer zal gaan werken aan prijzen en dat ze nog contact houden:

*"[vertrouwelijk] weet niet of je deze mail ook al ontvangen hebt en kontakt hebt gezocht?? Je leest het goed onderaan ; our once excellent business relationship tot dat de burens de prijzen met -30% afgaven :-) Wij zullen aan prijzen gaan werken ; houden wel even kontakt"*⁵⁹

60. Uit deze bewijsmiddelen blijkt dat Kloosterboer een vertrouwelijke offerteaanvraag heeft gedeeld met H&S en heeft toegezegd om contact te houden over deze offerte. Dat H&S stelt dat zij uiteindelijk geen offerte heeft ontvangen van [vertrouwelijk] doet daar niet aan af. Aangezien de ondernemingen ook na de afstemming op de markt actief zijn gebleven, mag worden aangenomen dat zij ook bij de bepaling van hun toekomstige marktgedrag rekening hebben gehouden met de informatie die zij hebben uitgewisseld. H&S heeft geen bewijs geleverd waaruit het tegendeel blijkt.

[vertrouwelijk]

61. Uit de bewijsmiddelen bij het rapport blijkt dat tussen Kloosterboer en H&S concurrentiegevoelige informatie is uitgewisseld over de verhoging van tarieven.
62. Op 28 november 2008 stuurt Directeur Kloosterboer de tarieven die Kloosterboer heeft afgegeven aan [vertrouwelijk] aan Operationeel verantwoordelijke H&S:

*"[vertrouwelijk], Onderstaand tarieven welke wij willen/zullen verhogen met 3,5% en zo aangeboden hebben. Zoals besproken is dit sinds jaren reeds een klant kent het product want het stond in je pand afgelopen zomer) (...)"*⁶⁰

⁵⁸ Dossierstuk 56, bijlage 18.

⁵⁹ Dossierstuk 56, bijlage 18.

⁶⁰ Dossierstuk 56, bijlage 17.

63. Uit andere bewijsmiddelen volgt dat H&S in de zomer van 2008 inderdaad producten van [vertrouwelijk] in opdracht van Kloosterboer heeft opgeslagen.⁶¹
64. Met het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie over toekomstige tariefsverhogingen hebben H&S en Kloosterboer de onderlinge concurrentie vervangen door een vorm van feitelijke samenwerking.

Bijeenkomst Wamel

65. Betrokken ondernemingen hebben tijdens een bijeenkomst op 31 juli 2006 in Wamel concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld over bezettingsgraden, personele bezetting en kosten.⁶² Het gaat hier om actuele, gedetailleerde en niet-openbare informatie waarmee bepaalde onzekerheden en risico's die concurrentie met zich mee brengt zijn weggenomen.
66. Dat deze informatie-uitwisseling, zoals H&S stelt, zou hebben plaatsgevonden in verband met de uitvoering van de in de intentieovereenkomst van juni 2007 bedoelde samenwerking doet hier niet aan af. Ook wanneer door ondernemingen een eventuele samenwerking of overname wordt onderzocht, gelden de verboden uit artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU onverkort.⁶³

Uitwisselen klantenlijst

67. In maart 2007 heeft H&S haar klantenlijst aan Kloosterboer verstrekt. Met het uitwisselen van deze klantenlijst is bedrijfsvertrouwelijke informatie tussen de betrokken ondernemingen uitgewisseld die kon dienen ter ondersteuning van de eerder genoemde tariefafstemming bij offerteaanvragen. Door het uitwisselen van deze klantenlijst wist Kloosterboer immers wanneer een klant van H&S een offerte bij haar opvroeg. Wanneer een dergelijk geval zich voor deed kon Kloosterboer contact opnemen met H&S om in reactie op de offerte hun tarieven af te stemmen.

5.1.2 Enkele complexe en voortdurende inbreuk

5.1.2.1 Bezwaar H&S

68. Volgens H&S volgt uit het dossier niet dat Kloosterboer en H&S het gemeenschappelijke doel hebben gehad om bij aanvragen van klanten hun onderlinge concurrentiedruk te beperken. Daarnaast hebben de contacten tussen H&S en Kloosterboer over offerteaanvragen van klanten slechts incidenteel plaatsgevonden.⁶⁴

5.1.2.2 Beoordeling ACM

69. Het is vaste rechtspraak van het CBB dat een overtreding van artikel 6 van de Mw en/of artikel 101 van het VWEU niet alleen kan voortvloeien uit een op zichzelf staande handeling,

⁶¹ Dossierstuk 56, bijlage 5 en 6.

⁶² Dossierstuk 56, bijlage 37.

⁶³ Zie Rechtbank Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912, r.o. 8.

⁶⁴ Bezwaarschrift, nr. 192 e.v.

maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging, ook al zouden een of meer onderdelen van deze reeks handelingen of van deze voortgezette gedraging ook op zich, afzonderlijk, een overtreding van deze bepalingen kunnen opleveren.⁶⁵ Wanneer verschillende handelingen wegens hun gemeenschappelijke doel deel uitmaken van een “totaalplan” mag bijgevolg de aansprakelijkheid voor die handelingen worden toegerekend naargelang van de deelname aan de betrokken overtreding in haar geheel. Deze aansprakelijkheid kan zich eveneens uitstrekken over gedragingen waaraan een onderneming zelf niet heeft deelgenomen, indien vast komt te staan dat deze onderneming met haar eigen gedragingen, welke een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel in de zin van artikel 6 van de Mw en/of artikel 101 van het VWEU vormden, heeft willen bijdragen aan het bereiken van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers. Hiervoor is vereist dat de betreffende onderneming kennis had van de overige inbreukmakende gedragingen van de andere deelnemers welke plaatsvonden met het oog op de gezamenlijke doelstelling, of deze gedragingen redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden.⁶⁶ Indien hieraan is voldaan, wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook wel gesproken van een “enkele en complexe inbreuk” of van een “enkele complexe en voortdurende inbreuk”.⁶⁷ ACM zal hierna de term enkele complexe en voortdurende inbreuk hanteren.

70. Uit dezelfde rechtspraak volgt dat ACM bij het vaststellen van een gemeenschappelijk doel niet kan volstaan met een algemene verwijzing naar de verstoring van de mededinging op de relevante markt, aangezien de ongunstige beïnvloeding van de mededinging een wezenlijk element is van elke gedraging die binnen de werkingssfeer van artikel 6 van de Mw en/of artikel 101 van het VWEU valt.⁶⁸ Bij de beoordeling of bepaalde handelingen onderdeel uitmaken van een totaalplan dient dan ook te worden nagegaan of er indicaties zijn dat het doel dat met de betreffende gedragingen werd nagestreefd niet overeenkomt met het gemeenschappelijke doel om de mededinging te beperken.⁶⁹
71. Het Hof van Justitie heeft bepaald dat complementariteit geen vereiste is, om tot een enkele complexe en voortdurende inbreuk te kunnen concluderen. Het volstaat dat ACM aantoont dat de gedragingen gericht zijn op één en hetzelfde doel.⁷⁰
72. Hiervoor kwam ACM al tot het oordeel dat de genoemde gedragingen als overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen kwalificeren. Betrokken ondernemingen voelden zich gebonden aan de afspraak om de onderlinge concurrentiedruk te beperken en

⁶⁵ CBb 14 juli 2016 (*Meel*), ECLI:NL:CBB:2016:188, r.o. 5.3.24 en CBb 24 maart 2016 (*Zilveruijen*), ECLI:NL:CBB:2016:56, r.o. 4.8.3.

⁶⁶ HvJ 6 december 2012, zaak C-441/11 P (*Verhuizingen Coppens*), ECLI:EU:C:2012:778.

⁶⁷ HvJ 4 juli 2013, zaak C-287/11 P (*Aalberts Industries*), ECLI:EU:C:2013:445.

⁶⁸ CBb 14 juli 2016 (*Meel*), ECLI:NL:CBB:2016:188, r.o. 5.3.24 en CBb 24 maart 2016 (*Zilveruijen*), ECLI:NL:CBB:2016:56, r.o. 4.8.3.

⁶⁹ CBb 14 juli 2016 (*Meel*), ECLI:NL:CBB:2016:188, r.o. 5.3.25, Gerecht 12 december 2007, gevoegde zaken T-101/05 en T-111/05 (*BASF*), ECLI:EU:T:2007:380 en HvJ 19 december 2013, gevoegde zaken C-239/11P, C-489/11P en C-498/11P (*Siemens*), ECLI:EU:C:2013:866.

⁷⁰ HvJ 19 december 2013, gevoegde zaken C-239/11P, C-489/11P en C-498/11P (*Siemens*), ECLI:EU:2013:C:866, r.o. 247-248.

hebben met hun gedragingen ook uitvoering gegeven aan deze afspraak. In het licht van de bezwaren van H&S, zal ACM hierna beoordelen of met deze gedragingen een voldoende concreet omschreven gemeenschappelijk doel werd nagestreefd. Aangezien H&S zelf direct bij alle gedragingen betrokken is geweest hoeft niet te worden nagegaan of haar aansprakelijkheid zich ook uitstrekt tot gedragingen waaraan zij zelf niet heeft deelgenomen.

73. Uit de hiervoor in paragraaf 5.1.1 genoemde onderling afgestemde feitelijke gedragingen en/of overeenkomsten volgt dat er tariefafstemming plaatsvond tussen H&S en Kloosterboer wanneer een afnemer een offerteaanvraag had gedaan bij één of beide ondernemingen of wanneer er onderhandeld werd over een bestaand contract. Deze tariefafstemming vond doorgaans plaats op de volgende wijze. Degene die de opdracht wilde binnenhalen communiceerde zijn voorgenomen tarief aan de andere partij. Deze laatste offereerde vervolgens een hoger tarief.
74. Door tarieven af te stemmen konden partijen met een grote mate van zekerheid bepalen naar wie een opdracht zou gaan. Daarnaast werd door deze werkwijze de concurrentie tussen H&S en Kloosterboer beperkt. De betrokken ondernemingen hoefden niet te vrezen dat een klant vanwege een verschil in prijs zou overstappen naar de ander en konden daardoor hun tarieven verhogen, althans voorkomen dat een prijsverlaging zou plaatsvinden.
75. Dat de betrokken ondernemingen een totaalplan hadden met als doel om de onderlinge concurrentie te beperken om zo hogere tarieven te kunnen rekenen, blijkt niet alleen uit de hiervoor beschreven werkwijze, maar ook uit onderstaande bewijsmiddelen afkomstig van de betrokken ondernemingen:
- Interne e-mail van Kloosterboer:

*"Ik had al een aantal maanden eerder aangegeven dat wij een deel van deze lading bij hem zouden onderbrengen aangezien zij structureel op [vertrouwelijk] % zitten en elke offerte hoger aanbieden waarbij in ieder geval onze klanten behouden."*⁷¹
 - Interne terugkoppeling van een directeur van Kloosterboer van een bijeenkomst met de directeur van H&S:

*"-wat niet opgeschreven is maar wat [Directeur H&S] belangrijk vindt: we kunnen de concurrentie beperken op deze manier (is zeer te spreken over tandem [vertrouwelijk])."*⁷²
 - E-mail bericht van Directeur Kloosterboer aan Operationeel verantwoordelijke H&S:

*"Graag rond de 10% hogere tarieven aanbieden zodat wij de 3% kunnen verhogen?"*⁷³

⁷¹ Zie ook nr. 47 van dit besluit.

⁷² Zie ook nr. 22 van dit besluit.

⁷³ Dossierstuk 54, bijlage 7.

- Interne terugkoppeling van Directeur Kloosterboer over een telefoongesprek dat hij voerde met Operationeel verantwoordelijke H&S:

“Aan de andere kant snappen zij [H&S] goed dat bij concurrentie (ik noemde prijzen - 30% wat wij zouden kunnen aanbieden in elst) het heel veel geld kan gaan kosten[...]”⁷⁴

- Interne terugkoppeling van Operationeel verantwoordelijke H&S over een bijeenkomst met Directeur Kloosterboer:

“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.”⁷⁵

76. Naar het oordeel van ACM blijkt uit bovenstaande dat, anders dan H&S stelt in haar bezwaarschrift, geen sprake was van incidenten maar van een vooropgezet totaalplan dat als doel had om de onderlinge concurrentie te beperken om zo hogere tarieven te kunnen bedingen.

5.1.3 Mededingingsbeperkende strekking

5.1.3.1 Bezwaar H&S

77. H&S stelt dat vermeende gedragingen geen strekkingsbeding betreffen, in ieder geval de uitwisseling van (de overige) informatie niet. Uitsluitend de uitwisseling van individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden kunnen worden geacht mededingingsbeperkende strekking te hebben. De overige uitgewisselde informatie had geen betrekking op voorgenomen marktgedrag, laat staan op het gebied van prijzen. Voor deze overige informatie had ACM dan ook moeten onderzoeken wat de mogelijke gevolgen voor de mededinging zijn.⁷⁶

5.1.3.2 Beoordeling ACM

78. ACM kwam hiervoor tot de conclusie dat de verschillende overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tezamen een complexe en voortdurende inbreuk vormen. Voor de vaststelling of sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU moet vervolgens worden beoordeeld of deze overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die zijn aan te merken als een complexe en voortdurende inbreuk, ook een mededingingsbeperkende strekking hebben.
79. Bij de beoordeling of een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen ondernemingen de mededinging in die mate negatief beïnvloedt dat deze kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 6 Mw en/of artikel 101, eerste lid, VWEU te hebben, moet worden gelet op de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context. Bij de beoordeling

⁷⁴ Zie ook nr. 22 van dit besluit.

⁷⁵ Zie ook nr. 22 van dit besluit.

⁷⁶ Bezwaarschrift, nr. 210 e.v.

van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten.⁷⁷

80. Van een mededingingsbeperkende strekking is reeds sprake wanneer de onderling afgestemde gedraging negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben. Met andere woorden, het volstaat dat de gedragingen concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kunnen verhinderen, beperken of vervalsen.⁷⁸
81. Hiervoor kwam ACM al tot de conclusie dat met de verschillende overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die tezamen een complexe en voortdurende inbreuk vormden, door betrokken ondernemingen het doel werd nagestreefd om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen, om zo hogere prijzen te kunnen bedingen voor de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten. De uitwisseling van prijsinformatie en het afstemmen van tariefaanvragen hebben op zichzelf een mededingingsbeperkend doel. Deze gedragingen dienden er immers toe onzekerheid weg te nemen over het actuele en voorgenomen marktgedrag van concurrenten. Door in onderling overleg te bepalen wie een opdracht zou mogen winnen, afspraken te maken over de aan te bieden prijzen en deze prijzen onderling uit te wisselen, hebben H&S en Kloosterboer de risico's van het onafhankelijk van elkaar dingen om de gunsten van opdrachtgevers en de onzekerheid over hun voorgenomen marktgedrag weggenomen. Nu sprake is van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingsbeperkend doel, kan de analyse van de economische en juridische context van de praktijk worden beperkt tot wat strikt noodzakelijk is om te kunnen besluiten dat er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking.⁷⁹
82. Uit de economische en juridische context - gelet op de aard van de betrokken diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt⁸⁰ - volgt dat sprake is van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingsbeperkende strekking. Dat blijkt onder meer uit de volgende omstandigheden:
- De betrokken ondernemingen waren gedurende de inbreukperiode directe concurrenten van elkaar op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten;
 - Zowel vanuit de vraagzijde als vanuit de aanbodzijde bezien waren zij alternatieven van

⁷⁷ HvJ 11 september 2014, zaak C-67/13 P (*Groupement des card bancaires*), ECLI:EU:C:2014:2204, r.o. 53 en 78.

⁷⁸ HvJ 4 juni 2009, zaak C-8/08 (*T-Mobile Netherlands e.a.*), ECLI:EU:C:2009:343, r.o. 31.

⁷⁹ HvJ 20 januari 2016, zaak C-373/14 P (*Toshiba*), ECLI:EU:C:2016:26, r.o. 28 en 29 en Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7979, r.o. 32.

⁸⁰ HvJ 11 september 2014, zaak C-67/13 P (*Groupement des card bancaires*), ECLI:EU:C:2014:2204, punt 53 en 78.

elkaar.⁸¹ Beide ondernemingen boden een vrijwel identieke dienst aan;

- Prijs was de belangrijkste concurrentieparameter;⁸²
- De gedragingen van betrokken ondernemingen hadden tot doel om tarieven af te stemmen om zo hogere prijzen te kunnen vaststellen;
- Omdat afnemers bij kleine prijsverschillen tussen aanbieders niet snel geneigd waren om over te stappen, konden de betrokken ondernemingen prijzen berekenen die hoger lagen dan in een normale concurrentiesituatie.⁸³ Zij deden dat door middel van een onderlinge afspraak om een potentiële klant hoger te offreren.
- Ook de overige uitgewisselde informatie die geen betrekking had op tarieven was niet-openbare, actuele en concurrentiegevoelige informatie. Het uitwisselen van deze informatie verminderde de normale onzekerheid in de markt over het voorgenomen marktgedrag van de andere partij en was ondersteunend aan het uitwisselen van tarieven tussen betrokken ondernemingen.

83. Dat H&S, zoals zij zelf stelt, met het uitwisselen van de overige informatie tevens legitieme doelen nastreefde, te weten onderzoek naar een beoogde samenwerking met Kloosterboer, doet - wat daar verder ook van zij - geen afbreuk aan de mededingingsbeperkende strekking ervan.⁸⁴

5.1.4 Merkbaarheid & marktonderzoek

5.1.4.1 Bezwaar H&S

84. Het bezwaar van H&S komt er op neer dat ACM onvoldoende onderzoek zou hebben gedaan naar de merkbaarheid van de gedragingen. ACM zou niet hebben aangetoond dat de gedragingen de mededinging in meer dan onbeduidende mate konden beperken.⁸⁵ ACM heeft daarvoor onvoldoende onderzoek gedaan naar de relevante markt en de posities van betrokken ondernemingen op die markt.⁸⁶

5.1.4.2 Beoordeling ACM

85. ACM stelt voorop dat indien vaststaat dat een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkende strekking heeft, niet meer hoeft te worden onderzocht of en in welke mate een gevolg van deze gedraging daadwerkelijk intreedt.⁸⁷

⁸¹ Zie in dit verband de reacties van afnemers (dossierstukken 21-23, 40-43, 47) en andere aanbieders (37, 39 en 48).

⁸² Zie dossierstuk 21, antwoord op vraag 6, 47, p. 2, 52, p. 2, 60, p.2; dossierstuk 69, p.4; bijlage bij dossierstuk 39, p.2 en 4; bijlage bij dossierstuk 40, p. 4; bijlage bij dossierstuk 41, p. 4; bijlage bij dossierstuk 43, p. 3; bijlage bij dossierstuk 48, p.4.

⁸³ Dossierstuk 48, p.2; dossierstuk 39, p.2 en dossierstuk 9, p.8.

⁸⁴ HvJ 20 november 2008, zaak C-209/07 (*Beef Industry*), ECLI:EU:C:2008:643, r.o. 21.

⁸⁵ Bezwaarschrift, nr. 240 e.v.

⁸⁶ Bezwaarschrift, nr. 37 e.v.

⁸⁷ HvJ 13 december 2012, zaak C-226/11 (*Expedia*), ECLI:EU:C:2012:795, r.o. 37 en Rb. Rotterdam 18 december 2014, ECLI:RBROT:2014:10129, r.o. 10.2.

86. Als sprake is van een strekkingsbeding kunnen de overtredingen alleen dan niet-merkbaar zijn wanneer de ondernemingen een zodanig zwakke positie op de markt hebben dat de afspraak de mededinging slechts in (zeer) geringe mate zou kunnen beperken en dat is hier niet aan de orde.⁸⁸
87. Hiervoor heeft ACM reeds geconcludeerd dat de overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen - die tezamen een enkele complexe en voortdurende inbreuk vormen - een mededingingsbeperkende strekking hebben. Uit het onderzoek van ACM blijkt dat deze overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, gezien de positie van partijen, de aard van de geleverde diensten en de structuur van de markt, de mededinging niet slechts in geringe mate beperkten.
88. Uit de interviews die door ACM zijn afgenomen bij afnemers en concurrenten en bij H&S zelf blijkt verder dat i) beide ondernemingen actief waren op het gespecialiseerde gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten, ii) buitenlandse aanbieders over het algemeen geen alternatief vormden, iii) Kloosterboer de grootste speler was op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten en H&S een belangrijke speler was en iv) dat H&S en Kloosterboer door afnemers als belangrijke concurrenten van elkaar werden gezien. Hierna gaat ACM in op deze vier onderdelen.
89. Uit diverse verklaringen blijkt dat zowel volgens afnemers, als volgens concurrenten de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten een gespecialiseerde diensten zijn. Vrieshuizen die niet gespecialiseerd zijn in de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten werden door vrijwel alle bevroagde partijen niet als alternatief beschouwd voor vrieshuizen die wel gespecialiseerd zijn in de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten:
- *“De zogenaamde juices & concentrates vormen een apart segment binnen de exploitatie van koel- en vrieshuizen. De geconcentreerde vruchtensappen (concentraten) worden in tonnen aangeleverd bij een vrieshuis, waar deze op een temperatuur van circa –20 graden worden ingevroren. Voor het maken van vruchtensappen is vervolgens een zogenaamd blendstation nodig. Hier worden de concentraten gemengd met additieven, waardoor er een drinkbare vruchtensap ontstaat. Het blenden van de concentraten is cruciaal om de smaak en kwaliteit van een bepaald sap te kunnen waarborgen. Het blenden geschiedt dan ook in opdracht van de opdrachtgever. In Nederland zijn er drie bedrijven die sappen en concentraten blenden en opslaan. Dit zijn Kloosterboer, Reijmerswaal en Blokland.”⁸⁹*
 - *“Vraag ACM: Is het voor uw klanten een reële optie om gebruik te maken van koel- en vrieshuizen die niet gespecialiseerd zijn in de relevante productgroep? Antwoord Juicehouse: Dat gaan ze nooit doen. Dat heeft te maken met de knowhow en kennis die niet zomaar kan worden verkregen. Een investering in een blendinstallatie betreft*

⁸⁸ Rb. Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477, r.o. 5.13.

⁸⁹ Dossierstuk 16, p. 2-3.

*minimaal een miljoen euro. Maar dan heb je nog niet de opslagruimte en de kennis onder het personeel en binnen de organisatie. Het duurt wel paar jaar om die kennis en knowhow op te doen. Daarnaast moet je ook nog maar aan de markt zien duidelijk te maken dat je de kennis en ervaring hebt om deze diensten aan te bieden.*⁹⁰

- Vraag ACM: *“Zo ja, is het voor uw onderneming een reële optie om gebruik te maken van koel- en vrieshuizen die niet (uitsluitend) gespecialiseerd zijn in dezelfde productgroep waarin u actief bent? Geef aan welke overwegingen hierbij een rol spelen. Gelieve uw antwoord nader te motiveren.”*⁹¹ Antwoord Döhler: *“Nee, om volgende redenen: veiligheids- en HACCP-redenen, productvervuiling, bioterrorisme, klantenacceptatie (niet samen opslaan met bijv. vis).”*⁹²
- *“Vraag ACM: Maakt u voor de opslag van uw producten gebruik van koel- en of vrieshuizen die gespecialiseerd zijn in dezelfde productcategorie waarin u actief bent? Antwoord Refresco: Ja, wij maken gebruik van de diensten van Hiwa die gespecialiseerd zijn in de opslag van juices en concentraten.”*⁹³
- *“Is it for you a real(istic) option to use cold storage warehouses which are not specialised in the same group of products in which you are active? Answer Mr. [vertrouwelijk]: No. You need knowledge and possibilities.”*⁹⁴
- *“Eigenlijk alles wat hierboven staat, wordt voor ons verzorgd door H&S. Het is een totaalpakket. Voor ons, voor vruchtensappen is dit gebruikelijk. De meeste vrieshuizen hebben hun eigen douane afdeling en laboratorium.”*⁹⁵
- *“Er zijn wel veel koel/vrieshuizen in Nederland, maar niet die ook douanezaken regelen en blendingfaciliteiten hebben. Dat zijn er niet veel, zelfs heel weinig.”*⁹⁶
- *“Vraag ACM: Is het voor uw klanten een reële optie om gebruik te maken van koel- en vrieshuizen die niet gespecialiseerd zijn in de relevante productgroep? Antwoord de heer [vertrouwelijk]: Nee, want dan kunnen ze geen bulk uitleveren. Dan moeten ze alsnog een andere onderneming inschakelen om de sappen te verwerken. De klanten die hier andere producten dan sappen opslaan, worden ook echt alleen maar opgeslagen, hier vindt geen bewerking plaats. Ongeveer 60%-70% van de klanten van KVR zijn actief op het gebied van sappen.”*⁹⁷

90. Uit diverse verklaringen blijkt dat koel- en vrieshuizen buiten Nederland eigenlijk geen alternatief vormen voor de Nederlandse koel- en vrieshuizen:

⁹⁰ Dossierstuk 39, p. 6.

⁹¹ Dossierstuk 18, vraag 13.

⁹² Dossierstuk 21, antwoord op vraag 13.

⁹³ Dossierstuk 22, p. 3.

⁹⁴ Dossierstuk 40, p. 6.

⁹⁵ Dossierstuk 43, p. 2.

⁹⁶ Dossierstuk 43, p. 8.

⁹⁷ Dossierstuk 48, p. 5.

- *“De eindproducten worden zoals gezegd vrijwel alleen in Nederland verkocht. In het proces dat resulteerde in de verlenging van het contract voor de opslag en blending van concentraten met H&S, hebben wij ook andere partijen benaderd. Uiteindelijk hebben we het contract verlengd voor een jaar, mede vanwege de beperkte alternatieve mogelijkheden. Binnen Nederland zijn die mogelijkheden er wel, Kloosterboer bijvoorbeeld. Er staan vervolggesprekken gepland met Kloosterboer om de mogelijkheden voor volgend jaar te verkennen. Kloosterboer is gevestigd in Elst, wat voldoende in de buurt ligt van onze fabriek in Ede. Op dit moment zijn er nog geen contracten met Kloosterboer.”⁹⁸*
 - *“Vraag ACM: In het geval de onderneming(en) waarbij u producten opslaat de prijzen met ca. 5-10% zou(den) verhogen, welke exploitanten van koel- en/of vrieshuizen beschouwt u als alternatieven? Welke overwegingen spelen hierbij een rol? Antwoord de heer [vertrouwelijk]: Dan zullen wij toch bij HIWA en Kloosterboer aankloppen, omdat hun dienstverlening overeenkomt met wat wij nu afnemen. Doordat onze goederen in Rotterdam aankomen (vanwege de gunstige tarieven) is buiten Nederland niet aan de orde.”⁹⁹*
 - *“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 infrastructures. Also the customs know their job well. They speak different languages for instance. This is different in France for instance. If you need a Dutch bank they would also prefer that you do business from the Netherlands.”¹⁰⁰*
 - *“Van oudsher zitten de blendinstallaties ook allemaal in Nederland. Hoe dat precies ontstaan is weet ik niet. Als je gaat kijken naar waar de stromen van Van Bon heen liepen dan was dat allemaal wel in een straal van 80-90 kilometer om Van Bon heen, veel meer daarbuiten gaat het niet.”¹⁰¹*
 - *“Vraag ACM: Beschouwt u koel- en/of vrieshuizen die zich in omliggende landen bevinden als alternatieven voor koel- en vrieshuizen in Nederland? Antwoord de heer Oosterwaal: Nee. Ik kan me voorstellen dat een Duitser die hier vlak over de grens een koelvrieshuis begint, een alternatief kan zijn. Maar hieraan zitten forse investeringskosten, de barrière om een nieuw koelvrieshuis te beginnen is redelijk groot. Momenteel ken ik geen alternatieven in het buitenland.”¹⁰²*
- “Omliggende landen zijn voor ons geen alternatief. Daar zijn nauwelijks blending mogelijkheden. Binnen Nederland zijn er verschillende alternatieven. Landinwaarts zijn tarieven doorgaans lager dan in haven. Dat komt door de duurdere grond. Voor onze*

⁹⁸ Dossierstuk 42, p. 3.

⁹⁹ Dossierstuk 43, p. 5

¹⁰⁰ Dossierstuk 40, p. 5.

¹⁰¹ Dossierstuk 26, p. 32. (verklaring Vestigingsmanager H&S)

¹⁰² Dossierstuk 39, p. 5.

*afnemers is van belang wat het kost, meer dan de afstand.*¹⁰³

91. Uit diverse interviews die ACM heeft gehouden blijkt dat Kloosterboer de grootste speler was op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten:

- *“De grootste ondernemingen zijn Kloosterboer, Eurofrigo en Partner Logistics. Partner Logistics is reeds failliet gegaan, maar delen van dit bedrijf maken nu een doorstart. Kloosterboer is met afstand de grootste onderneming op deze markt.”*¹⁰⁴
- *“Welke ondernemingen beschouwt u als de grootste spelers op deze markt voor exploitatie van koel/vrieshuizen?
a. Kloosterboer (o.a. Vlissingen, Elst en Rotterdam).
b. Partner Logistics
c. Nichirei (Eurofrigo en HIWA)”*¹⁰⁵
- *“Kloosterboer is by far the biggest player with probably more than 50%. HIWA has roughly a third of the size of Kloosterboer.”*¹⁰⁶
- *“Het overslaan en blenden wordt steeds belangrijker, wat Kloosterboer en HIWA nog groter maakt. De kans van slagen voor een nieuwe toetreders — ten aanzien van de fruit en concentrates - is niet hoog, omdat er grote investeringen bij gemoeid zijn en er op dit moment voldoende ruimte is.”*¹⁰⁷
- *“Kloosterboer is denk ik de grootste. Dan heb je nog Van Bon In Beneden-Leeuwen. Die hebben elkaar altijd de kast uit gevochten, [vertrouwelijk]. Nu is dit bedrijf overgenomen door transportbedrijf H&S. Verder heb je nog HIWA.”*¹⁰⁸
- *“Kloosterboer is de grootste in de markt voor koel- en vrieshuizen. Waarschijnlijk gevolgd door HIWA en Eurofrigo (beide onderdeel van Nichirei).”*¹⁰⁹
- *“Vraag ACM: Welke ondernemingen beschouwt u als de grootste spelers op deze markt voor exploitatie van koel/vrieshuizen? Antwoord de heer [vertrouwelijk]: Kloosterboer, HIWA, dat zijn ze wel voor de vruchtensappen. Door de eis dat ze moeten kunnen blenden, vallen al veel koel-/vrieshuizen af. Hierdoor hebben wij niet veel keus.”*¹¹⁰
- *“Vraag ACM: Wat kunt u ons vertellen over de marktaandeelen van de diverse koel- en vrieshuizen?”*

¹⁰³ Dossierstuk 41, p. 5.

¹⁰⁴ Dossierstuk 16, p. 1-2.

¹⁰⁵ Dossierstuk 37.

¹⁰⁶ Dossierstuk 40, p.5.

¹⁰⁷ Dossierstuk 41, p. 2.

¹⁰⁸ Dossierstuk 39, p. 3.

¹⁰⁹ Dossierstuk 41, p. 3.

¹¹⁰ Dossierstuk 43, p. 3. (Barth Fruit maakt zelf gebruik van de diensten van H&S)

*Kloosterboer is behoorlijk groot.*¹¹¹

- *“Vraag ACM: Welke ondernemingen beschouwt u als de grootste spelers op deze markt voor exploitatie van koel- en/of vrieshuizen?Antwoord de heer [vertrouwelijk]: Eurofrigo, Kloosterboer, Daalimpex en Partner Logistics zijn grote partijen. Met grote partijen bedoel ik dat ze een capaciteit hebben van meer dan 5000 palletplaatsen.”*¹¹²
 - *“Vraag ACM: Welke ondernemingen beschouwt u als de grootste spelers op de markt voor exploitatie van koel- en/of vrieshuizen?Antwoord GSC: In Nederland is Kloosterboer de grootste. We hebben het meeste zicht op juice en vis. Op dit gebied heb je ook nog Sealane in Eemshaven. Ook Sea Invest is vrij groot. Daarnaast Cuxhaven met betrekking tot vis. Ook landinwaarts heeft Van Bon nog wel wat capaciteit.”*¹¹³
 - *“Vraag ACM: Welke ondernemingen beschouwt u als de grootste spelers op deze markt voor exploitatie van koel/vrieshuizen? Welke ondernemingen beschouwt u als de grootste spelers op gebied van de opslag en verwerking (blenden) van vruchtensappen en -concentraten?Antwoord de heer [vertrouwelijk]: De grootse speler in Nederland is Kloosterboer. Daarnaast heb je Hiwa, maar dit is meer een dienstverlener. Hier in de buurt zit ZZC en Van Duin, maar die zijn een stuk kleiner. Op het gebied van blenden is Kloosterboer ook weer de grootse. Daarnaast is ook Hiwa een grote onderneming in deze sector. Ook H&S Cold Store, Vriesveem de Berg en Juice House zijn actieve ondernemingen.”*¹¹⁴
 - *“Vraag ACM: Welke ondernemingen beschouwt u als de grootste spelers op deze markt voor exploitatie van koel/vrieshuizen?Antwoord de heer Hoogsteden: In Rotterdam zijn de grootste exploitanten Kloosterboer, Eurofrigo en Frigocare.”*¹¹⁵
 - *“Which companies do you consider the biggest players in the market for the cold storage and additional services regarding fruit juices and concentrates? If possible, please make a distinction between (a) the Netherlands (b) the so-called Hamburg-Le Havre range. Neele, H&S, Kloosterboer, UTI, Extraco, HIWA, and Nagel.”*¹¹⁶
 - *“Ik weet de volumes niet, maar wel dat Kloosterboer de grootste is, dan heb je HIWA en dan zijn wij.”*¹¹⁷
92. Uit verschillende interviews blijkt dat Kloosterboer en H&S ook belangrijke concurrenten van elkaar waren:
- *“De grootste concurrent van Van Bon is Kloosterboer, die ook nog eens op een steenworp afstand zit (Elst). Kloosterboer zit daar met een locatie die geschikt is voor*

¹¹¹ Dossierstuk 43, p. 8.

¹¹² Dossierstuk 45, p. 4.

¹¹³ Dossierstuk 46, p. 4.

¹¹⁴ Dossierstuk 48, p. 3.

¹¹⁵ Dossierstuk 51, p. 5.

¹¹⁶ Dossierstuk 52, p. 3.

¹¹⁷ Dossierstuk 9, p. 9. (verklaring Directeur H&S. Met “wij” wordt H&S bedoeld).

*vruchten, vruchtensappen en concentraten en daar heeft Van Bon veel last mee. (...) Andere concurrenten van Van Bon zijn HIWA, Juice House, Beemsterboer, KVR (Reimerswaal) en nog een paar anderen.*¹¹⁸

- *“Welke exploitanten van koel- en/of vrieshuizen beschouwt u als uw meest nabije alternatieven? Welke overwegingen spelen hierbij een rol?
a. Kloosterboer (o.a. Vlissingen, Elst en Rotterdam).
b. H & S Coldstores in Beneden-Leeuwen.
c. Beemsterboer Amsterdam (BCS).
d. Vriesveem de Berg in Landgraaf”*¹¹⁹
- *“Welke exploitanten van koel- en/of vrieshuizen beschouwt u als uw meest directe alternatieven?
Antwoord de heer Oosterwaal: Kloosterboer en Van Bon. Ik weet niet of KVR nog actief is. Zit wel relatief ver weg, in Zeeland. Verder zijn er nog HIWA, en Van de Berg in Landgraaf. Ik ervaar deze laatste drie niet als concurrenten, omdat klanten niet makkelijk switchen.”*¹²⁰
- *“Which companies (in the Netherlands and outside) which exploit cold storage warehouses does your company use to store cargo/products? Does your company use all these companies currently? Is it common to store at different cold storage warehouses simultaneously?
Currently mainly (vertrouwelijk) the Kloosterboer group, one location in Rotterdam, one in Elst and a third one in Vlissingen. Also HIWA (vertrouwelijk) in Rotterdam, and H&S in Beneden-Leeuwen (vertrouwelijk).”*¹²¹
- *“Om een vergelijking te maken met onze concurrenten en te zien waar onze kracht, commercieel gezien, ligt volgt hier een overzicht:
-Van bon (...)
-Hiwa (...)
-KVR (...)
Conclusie concentraat: Geen commerciële managers in het veld ; wel veel back office / account management met nadruk op kwaliteit in operatie / diensten voor de bestaande klanten (after sales). Grote acquisities gebeuren door de eigenaar/directeur.”*¹²²
- *“Voor sappen en concentraten is Kloosterboer waarschijnlijk groter dan H&S, daarbuiten zou ik geen partijen kunnen noemen die tevens blending kunnen aanbieden.”*¹²³

¹¹⁸ Dossierstuk 10, p. 4. (verklaring Operationeel verantwoordelijke H&S)

¹¹⁹ Dossierstuk 37, p. 2.

¹²⁰ Dossierstuk 39, p. 5.

¹²¹ Dossierstuk 40, p. 2.

¹²² Dossierstuk 55, bijlage 9. (analyse van Kloosterboer)

¹²³ Dossierstuk 42, p. 3.

- *"In the Netherlands there is not many choice. We also have the rates of Van Bon en Daalimpex, because we used to do business with them. But it is not easy to compare current rates of Kloosterboer with other coldstores in the Netherlands. There is one other coldstore in the inland in the Netherlands we had contact with in recent years, but they did not offer us rates."*¹²⁴
- *"Vraag NMa: Kunt u meer specifiek zijn van welke bedrijven u concurrentiedruk ervaart? Welke ondernemingen treft u aan bij tenders? Kunt u er een paar noemen? Antwoord: Onder meer Eurofrigo, Hiwa, Sealane, Vriesoord, Blokland, Partner Logistics, H&S , Stef, Muk, TKC."*¹²⁵
- *"Ik zie als mijn concurrenten onder andere Kloosterboer, HIWA, Juice House in Cuijk en nog een kleine onderneming in Landgraaf waarvan de naam mij nu is ontschoten."*¹²⁶
- *"Vraag NMa: Wie zijn in deze sector uw belangrijkste concurrenten? Zijn die dat altijd al geweest sinds 2005? Dat zijn Kloosterboer en HIWA als je praat over het segment koelhuisactiviteiten."*¹²⁷

93. Wellicht ten overvloede merkt ACM op dat het afbakenen van de markt geen doel op zich is en een marktafbakening slechts zelfstandige betekenis toekomt, wanneer het zonder die marktafbakening niet mogelijk is om de mededingingsbeperkende strekking of de merkbaarheid van de overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging vast te stellen.¹²⁸ Uit het onderzoek van ACM blijkt dat de betrokken ondernemingen belangrijke concurrenten van elkaar waren op het gebied van de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten en dat van aanbieders die slechts actief zijn op het gebied van opslag een sterk verminderde concurrentiedruk uitgaat. Daarmee beperkte de overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de mededinging niet slechts in geringe mate. Dit is met het onderzoek van ACM in voldoende mate vastgesteld. Een concrete afbakening van de markt was daarvoor niet nodig.

5.1.5 Bagatel

5.1.5.1 Bezwaar H&S

94. Tijdens de hoorzitting heeft H&S zich voor het eerst op het standpunt gesteld dat ACM heeft nagelaten om te bewijzen dat de vermeende gedragingen niet zijn vrijgesteld op grond van de zogenoemde bagatelbepaling uit artikel 7, tweede lid, Mw.¹²⁹ H&S betwist dat de

¹²⁴ Dossierstuk 47, p. 3.

¹²⁵ Dossierstuk 27, p. 2. (Verklaring van Directeur Kloosterboer)

¹²⁶ Dossierstuk 9, p. 9. (Verklaring van Directeur H&S. Met "ik" wordt Directeur H&S bedoeld.)

¹²⁷ Dossierstuk 9, p. 9. (Verklaring van Directeur H&S. Met "uw" wordt Directeur H&S bedoeld.)

¹²⁸ Gerecht 6 juli 2000, zaak T-62/98 (*Volkswagen*), ECLI:EU:T:2000:180, r.o. 230-231, en Gerecht 21 februari 1995, zaak T-29/92 (*SPO*), ECLI:EU:T:1995:34, r.o. 74.

¹²⁹ Zie pleitnota mondelinge zienswijze H&S (als bijlage opgenomen bij het verslag van de hoorzitting), p. 3.

betrokken ondernemingen ten tijde van de overtreding een gezamenlijk marktaandeel hadden van meer dan 10%.

5.1.5.2 Beoordeling ACM

95. Op 3 december 2011 is de bagatelbepaling uit artikel 7, tweede lid, Mw gewijzigd. Het CBb heeft in de zaak *Boomkwekerijen* vastgesteld dat de bepaling van artikel 7, tweede lid, Mw zoals die gold voor 3 december 2011 van toepassing is gebleven op overtredingen die voor die tijd hebben plaatsgevonden.¹³⁰ Aangezien de overtreding van H&S bestaat uit een enkele complexe en voortdurende inbreuk die heeft plaatsgevonden vanaf 31 juli 2006 tot 16 november 2009 (zie ook hieronder §5.1.7), moet artikel 7, tweede lid, Mw worden toegepast zoals dat gold voor de wijziging op 3 december 2011.
96. Ingevolge artikel 7, tweede lid, Mw, zoals het luidde tot 3 december 2011, dient voor een geslaagd beroep op deze zogenoemde bagatelbepaling te worden voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden, te weten (i) dat het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van invloed is, groter is dan 5% en (ii) dat de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de betrokken ondernemingen voor de onder de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging vallende goederen of diensten niet hoger is dan € 40.000.000.
97. Uit het dossier volgt dat de gezamenlijke omzet van H&S en Kloosterboer behaald op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten in het jaar voorafgaande aan de overtreding (2005) waarschijnlijk niet hoger was dan €40.000.000.¹³¹
98. ACM stelt voorop dat het doel van de bagatelbepaling is om mededingingsafspraken van het kartelverbod vrij te stellen die vanwege hun omvang of aard duidelijk van onderschikte betekenis zijn.¹³² De afbakening van de markt en het vaststellen van de exacte marktaandelen van de betrokken ondernemingen is daarvoor geen doel op zich. Met name wanneer, zoals in de onderhavige zaak, evident is dat betrokken ondernemingen een marktaandeel hebben dat de 5% ruimschoots te boven gaat.
99. Uit de verklaring die hiervoor in paragraaf 5.1.4.2 zijn opgenomen komt naar voren dat Kloosterboer over het algemeen wordt gezien als grootste speler op het gebied van de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten. Ondernemingen die niet gespecialiseerd zijn in de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten vormen nauwelijks een alternatief voor afnemers.
100. Daar komt bij dat uit een concurrentieanalyse van Kloosterboer zelf volgt dat Kloosterboer en H&S in 2011 een gezamenlijk marktaandeel hadden van rond de [vertrouwelijk]% op het

¹³⁰ CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118, r.o. 4.6.3.

¹³¹ Uit dossierstuk 67 blijkt dat Kloosterboer in 2006 een omzet heeft behaald op het gebied van de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten van €[vertrouwelijk]. Uit dossierstuk 107 blijkt dat H&S in 2006 op dat gebied een omzet heeft behaald van €[vertrouwelijk].

¹³² *Kamerstukken II*, 1995-96, 24 707, nr. 3.

gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en –concentraten.¹³³ Het is niet aannemelijk dat deze concurrentieanalyse voor de periode van de overtreding aanzienlijk zou afwijken. Een bevestiging van het voorgaande wordt gevonden in de grafiek die de omzet van Kloosterboer voor de productgroep concentraat weergeeft.¹³⁴ Deze grafiek die de omzet voor de betreffende productgroep over de jaren 2004-2010 weergeeft, laat in de periode 2006-2009 geen significante verandering zien.

101. Ook wanneer wordt uitgegaan van vijftien alternatieve aanbieders, zoals H&S in haar bezwaarschrift stelt¹³⁵, dan nog zal Kloosterboer (zijnde de grootste partij op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten) een zeer sterke positie hebben op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten.
102. ACM concludeert dat de betrokken ondernemingen ten tijde van de overtreding gezamenlijk een zeer sterke positie hadden op het gebied van opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten. Daarmee kan de mededingingsovertreding niet worden uitgezonderd van het kartelverbod uit artikel 6 Mw.
103. Overigens geldt de bagatelbepaling uit artikel 7 Mw (oud) niet voor het verbod uit artikel 101 VWEU. Voor artikel 101 VWEU geldt de *de minimis* bekendmaking van Europese Commissie.¹³⁶ Het vermoeden uit de *de minimis* bekendmaking dat bepaalde overeenkomsten met slechts een te verwaarlozen effect op de mededinging niet verboden zijn, is niet van toepassing wanneer sprake is van zogenaamde “hard-core”-restricties.¹³⁷ Aangezien ACM hiervoor reeds tot de conclusie kwam dat in deze zaak sprake is van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingsbeperkende strekking (zogenaamde “hard-core” restricties), is het vermoeden uit de *de minimis* bekendmaking hier niet van toepassing. Hierna zal ACM nader ingaan op de overtreding van artikel 101 VWEU door H&S.

5.1.6 Overtreding artikel 101 VWEU

5.1.6.1 Bezwaar H&S

104. Tijdens de hoorzitting heeft H&S naar voren gebracht dat ACM geen onderzoek heeft verricht naar de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU. Volgens H&S heeft ACM niet aangetoond dat sprake is geweest van een strekkingsbeding en dat de vermeende gedragingen de concurrentie merkbaar konden beperken. Dit geldt niet alleen voor de overtreding van artikel 6 Mw, maar ook voor de overtreding van artikel 101 VWEU.

¹³³ Dossierstuk 55, bijlage 30: het marktaandeel van Kloosterboer wordt geschat op [vertrouwelijk]%, dat van H&S op [vertrouwelijk]%.
¹³⁴ Dossierstuk 55, bijlage 30.

¹³⁵ Bezwaarschrift, rnr. 126.

¹³⁶ Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), 2001/C 368/07.

¹³⁷ *Ibid*, r.n. 11.

5.1.6.2 Beoordeling ACM

105. Hiervoor is ACM al ingegaan op de kwalificatie van de gedragingen als een enkele complexe en voortdurende inbreuk, alsmede op de mededingingsbeperkende strekking en de merkbaarheid van deze gedragingen. Deze overwegingen hadden zowel betrekking op de overtreding van artikel 6 Mw als 101 VWEU. Ten opzichte van artikel 6 Mw bevat artikel 101 VWEU echter een aanvullend element: de gedragingen moeten de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. ACM gaat hieronder nader in op dit element.
106. Volgens de standaardtest die het Hof van Justitie heeft ontwikkeld, impliceert het begrip “kunnen beïnvloeden” dat het mogelijk moet zijn op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen om met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien dat de overeenkomst of gedraging, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen lidstaten kan beïnvloeden.¹³⁸ Voor de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU hoeft dus geen bewijs te worden geleverd dat de overeenkomst of gedraging de handel tussen de lidstaten daadwerkelijk beïnvloedt of heeft beïnvloed. Het is voldoende dat de overeenkomst of gedraging een dergelijk effect kan hebben.¹³⁹ Bovendien hoeven de (potentiële) effecten niet direct te zijn, maar kunnen de gedragingen ook een indirect effect hebben op de handelsstromen tussen lidstaten.
107. Van indirecte effecten kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de overeenkomst of gedraging verband houdt met een intermediair product dat niet wordt verhandeld, maar wordt gebruikt bij het aanbieden van een eindproduct dat wel wordt verhandeld. Het Hof van Justitie heeft in dat verband geoordeeld dat handel tussen lidstaten kon worden beïnvloed in het geval van een overeenkomst waarbij de prijzen werden afgesproken voor een destillaat dat bij de productie van cognac wordt gebruikt.¹⁴⁰ De ruwe grondstof wordt weliswaar niet zelf geëxporteerd, maar het eindproduct — cognac — wordt wel geëxporteerd. In dergelijke gevallen is het communautaire mededingingsrecht dus van toepassing wanneer handel in het eindproduct kan worden beïnvloed.¹⁴¹
108. In het onderhavige geval is sprake van de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten. Halfproducten, die als grondstof worden gebruikt voor eindproducten zoals vruchtendranken. Deze eindproducten worden volgens geëxporteerd naar diverse landen binnen de EU.¹⁴² De gedragingen van de betrokken ondernemingen konden daarmee ook invloed hebben op de Europese handel in het eindproduct en daarmee de handel tussen lidstaten beïnvloeden.
109. Het criterium “beïnvloeding van de handel” bevat ook een kwantitatief element, waardoor de

¹³⁸ HvJ 14 juli 1981, zaak 172/80 (*Züchner*), ECLI:EU:C:1981:178, r.o. 18, HvJ 10 december 1985, zaak 240/82 (*Stichting Sigarettindustrie*), ECLI:EU:C:1985:488, r.o. 48 en Gerecht 15 maart 2000, zaak T-25/95 (*Cement*), ECLI:EU:T:2000:77, r.o. 3930.

¹³⁹ Gerecht 7 oktober 1999, zaak T-228/97 (*Irish Sugar*), ECLI:EU:T:1999:246, r.o.170 en HvJ 1 februari 1978, zaak 19/77 (*Miller*), ECLI:EU:C:1978:19, r.o.15.

¹⁴⁰ HvJ 30 januari 1985, zaak C-123/83 (*BNIC v Clair*), ECLI:EU:C:1985:33, r.o. 29.

¹⁴¹ Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen [101] en [102] van het Verdrag (2004/C 101/07), punt 38.

¹⁴² Zie bijvoorbeeld dossierstuk 9, p. 7: “*De eindbestemming van de goederen is veelal Europa.*”

toepasselijkheid van artikel 101 VWEU wordt beperkt tot overeenkomsten en gedragingen die effecten van een zekere omvang kunnen hebben. Wanneer overeenkomsten en gedragingen de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloeden wegens de zwakke positie van betrokken ondernemingen vallen deze buiten het toepassingsbereik van artikel 101 VWEU.

110. Hiervoor kwam ACM reeds tot de conclusie dat met de gedragingen van betrokken ondernemingen, gezien de positie van de ondernemingen op de markt, de aard van de geleverde dienst en de structuur van de markt, de mededinging niet slechts in geringe mate werd beperkt. Eenzelfde conclusie geldt hier voor artikel 101 VWEU.
111. ACM wijst in dit verband nog op het vermoeden dat in randnummer 53 van de richtsnoeren is opgenomen. In het geval van overeenkomsten die naar hun aard de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden, mag vaak ook worden aangenomen dat dergelijke effecten merkbaar zijn wanneer het marktaandeel van de partijen de 5 %-drempel overschrijdt.¹⁴³ Hiervoor kwam ACM al tot de conclusies dat de betrokken ondernemingen deze drempel van 5% marktaandeel ten tijde van de overtreding overschreden.
112. Gezien het vorenstaande staat volgens ACM vast dat H&S naast artikel 6 Mw ook artikel 101 VWEU heeft overtreden.

5.1.7 Duur overtreding & verjaring

5.1.7.1 Bezwaar H&S

113. H&S stelt dat de duur van de vermeende inbreuk beperkt is tot de periode van september 2006 tot en met oktober 2007, hoogstens tot en met 3 maart 2009.¹⁴⁴
114. De overtreding kan volgens H&S niet gestart zijn met de bijeenkomst van 31 juli 2006, omdat deze bijeenkomst niet was gericht op afstemming van marktgedrag, er werden slechts algemene (markt)ontwikkelingen besproken. H&S stelt dat de overtreding hoogstens kan zijn gestart op 25 september 2016 (e-mail over [vertrouwelijk]).¹⁴⁵
115. De overtreding kan niet zijn geëindigd op 16 november 2009, het moment dat Kloosterboer afstand nam van de intentieovereenkomst, aangezien dit een legitieme overeenkomst betrof, over plannen tot samenvoeging van de locatie Elst en de locatie in Beneden-Leeuwen.¹⁴⁶
116. Volgens H&S is de overtreding beëindigd in oktober 2007. Dat betreft het laatste contact tussen Directeur Kloosterboer en Operationeel verantwoordelijke H&S over de offerteaanvraag van [vertrouwelijk]. Er is geen bewijs voor verboden contact na die datum. Het laatste contact dat ACM heeft vastgesteld dateert van 3 maart 2009 (over [vertrouwelijk]). H&S is van mening dat de overtreding dan ook hoogstens tot 3 maart 2009

¹⁴³ Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (2004/C 101/07), punt 53.

¹⁴⁴ Bezwaarschrift, nmr. 246-248.

¹⁴⁵ Bezwaarschrift, nmr. 246.

¹⁴⁶ Bezwaarschrift, nmr. 247.

loopt.¹⁴⁷

117. Tenslotte stelt H&S dat, gezien het feit dat de afstemming heeft plaatsgevonden in de periode 2006-2007, en er geen sprake is van één complexe en voortdurende inbreuk, een eventuele inbreuk is verjaard.¹⁴⁸

5.1.7.2 Beoordeling ACM

118. Hiervoor heeft ACM in randnummer 22 uiteengezet dat uit de verschillende bewijsmiddelen blijkt dat de betrokken ondernemingen zich na de bijeenkomst op 31 juli 2006 gebonden voelden aan de afspraak om de onderlinge concurrentiedruk te beperken. Vanaf dat moment hebben de betrokken ondernemingen uitvoering gegeven aan deze afspraak met verschillende gedragingen die tezamen als enkele complexe en voortdurende inbreuk moeten worden aangemerkt.
119. Deze enkele complexe en voortdurende inbreuk is beëindigd nadat partijen zich niet meer gebonden achtten aan de afspraak die op 31 juli 2006 werd gemaakt. Volgens ACM valt dat moment samen met het moment waarop de (intentie) tussen partijen om tot een samenwerking te komen (ten aanzien van de samenvoeging van de locatie in Elst en de locatie in Beneden-Leeuwen, dan wel een gezamenlijk koel- en vrieshuis in Medel) werd beëindigd. Dat moment was 16 november 2009.
120. Dat de voorgenomen samenwerking (ten aanzien van de samenvoeging van de locatie in Elst en de locatie in Beneden- Leeuwen, dan wel een gezamenlijk koel- en vrieshuis in Medel) wellicht legitiem was, doet er niet aan af dat de betrokken ondernemingen zich voorafgaand aan deze voorgenomen samenwerking gebonden achtten aan de afspraak om de onderlinge concurrentiedruk te beperken.
121. Aangezien de voortdurende inbreuk is beëindigd op 16 november 2009, kan van verjaring geen sprake zijn. Met het bedrijfsbezoek bij H&S op 30 oktober 2012 is de verjaring tijdig gestuit.
122. Op grond van artikel 64, lid 2, Mw (oud) gaat de stuiting van de verjaringstermijn immers in op de dag waarop ten minste één onderneming die aan de overtreding heeft deelgenomen schriftelijk in kennis wordt gesteld van een handeling van de mededingingsautoriteit ter verrichting van een onderzoek. Op 30 oktober 2012 is H&S in kennis gesteld van "een handeling ter verrichting van een onderzoek", namelijk het bedrijfsbezoek van de NMa op die dag. Op die dag is dus ten minste één onderneming die aan de overtreding heeft deelgenomen van de onderzoekshandeling schriftelijk in kennis gesteld. Daarmee is de verjaringstermijn voor H&S gestuit.

¹⁴⁷ Bezwaarschrift, nr. 248.

¹⁴⁸ Bezwaarschrift, nr. 249-250.

5.2 De overtreder

5.2.1 Onderscheid betrokken rechtspersonen en natuurlijke personen

5.2.1.1 Bezwaar H&S

123. H&S stelt dat ACM heeft nagelaten onderscheid te maken tussen de verschillende betrokken rechtspersonen, te weten van H&S Coldstores (voorheen: Van Bon), H&S (Group) en PLE. Ook heeft ACM nagelaten de functies van de betrokken personen goed te onderscheiden. Hierdoor creëert ACM een verkeerd beeld en worden alle contactmomenten ten onrechte aan H&S toegerekend.¹⁴⁹

5.2.1.2 Beoordeling ACM

124. In de periode van 31 juli 2006 tot 1 december 2008 was H&S een *joint venture* van Hebo Beheer en PLE, die ieder voor 50% aandeelhouder waren van H&S.¹⁵⁰

125. Vanuit zowel Hebo Beheer als vanuit PLE waren er verschillende natuurlijke personen werkzaam voor H&S. In hoofdstuk 3 van dit besluit is uiteengezet welke personen werkzaam waren voor H&S en welke functie zij uitoefenden. Anders dan H&S stelt, is het niet relevant bij wie deze natuurlijke personen in dienst waren, aangezien uit de gedragingen zelf blijkt dat deze ten behoeve van H&S werden verricht. Hieronder zal worden toegelicht waarom de verschillende gedragingen, over het algemeen verricht door Operationeel verantwoordelijke H&S, aan H&S kunnen worden toegerekend.

5.2.2 Toerekening handelen van Operationeel verantwoordelijke H&S aan H&S

5.2.2.1 Bezwaar H&S

126. H&S stelt op verschillende plaatsen in haar bezwaarschrift dat de overtreding niet aan H&S kan worden toegerekend, omdat het handelen van Operationeel verantwoordelijke H&S niet aan H&S kan worden toegerekend. Operationeel verantwoordelijke H&S was niet in dienst bij H&S en had ook geen commerciële bevoegdheden. Wel was hij operationeel verantwoordelijk. Directeur H&S was niet op de hoogte van het handelen van Operationeel verantwoordelijke H&S. Operationeel verantwoordelijke H&S, en zijn formeel leidinggevende waren in dienst van PLE. De overtreding dient derhalve te worden toegerekend aan PLE. H&S sluit niet uit dat het contact tussen Kloosterboer en Operationeel verantwoordelijke H&S (ook) in het verlengde van het contact tussen Kloosterboer en PLE op het gebied van (hoogbouw)vrieshuizen moet worden gezien. Ook is mogelijk dat Operationeel verantwoordelijke H&S op eigen initiatief handelde, bijvoorbeeld op grond van persoonlijke financiële belangen, of om het onderlinge persoonlijke contact goed te houden.¹⁵¹

5.2.2.2 Beoordeling ACM

127. Op grond van artikel 56 (oud) Mw kan ACM ingeval van overtreding van artikel 6 een boete opleggen aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden

¹⁴⁹ Bezwaarschrift, nr. 165 e.v.

¹⁵⁰ Zie nr. 9 e.v. van dit besluit.

¹⁵¹ Bezwaarschrift, nr. 131, 202-203, 251 e.v.

toegerekend.

128. Omdat een rechtspersoon zelf geen feitelijke handelingen kan verrichten, zal een overtreding van een rechtspersoon altijd het gevolg zijn van feitelijke handelingen die door een natuurlijk persoon zijn uitgevoerd. Deze gedragingen van natuurlijke personen kunnen vervolgens worden toegerekend aan de rechtspersoon.
129. Omdat Operationeel verantwoordelijke H&S een arbeidsovereenkomst had met PLE, en dus niet formeel in dienst was bij H&S, zal ACM hierna toetsen of het handelen van Operationeel verantwoordelijke H&S in deze zaak desalniettemin moet worden toegerekend aan H&S. Voor deze toets zijn de criteria relevant die door de Hoge Raad in het *Drijfmest*-arrest zijn geformuleerd.¹⁵²

“Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is nochtans of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon. Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- *het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,*
- *de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,*
- *de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,*
- *de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Daarbij verdient opmerking dat laatstbedoelde criteria — die zijn ontwikkeld in HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 en die naar het geval dat in die zaak aan de orde was, plegen te worden aangeduid als 'ijzerdraadcriteria' — weliswaar zijn ontwikkeld met het oog op het functionele ouderschap van een natuurlijke persoon (dus met het oog op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een natuurlijk persoon voor een gedraging van een andere natuurlijke persoon), maar dat zij in voorkomende gevallen tevens kunnen fungeren als maatstaven voor de toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon (vgl. HR 14 januari 1992, NJ 1992, 413).”*

¹⁵² HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.4.

130. Bij toerekening van de gedraging van een natuurlijke persoon aan een rechtspersoon dient in het bestuursrecht te worden aangesloten bij artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht en de in het strafrecht ontwikkelde criteria.¹⁵³ De *Drijfmet*-criteria zullen derhalve worden toegepast om te toetsen of de gedragingen van Operationeel verantwoordelijke H&S zijn verricht in de sfeer van de rechtspersoon H&S.

Werkzaamheden werden verricht ten behoeve van H&S

131. Hoewel Operationeel verantwoordelijke H&S formeel een arbeidsovereenkomst had met PLE, staat vast dat hij feitelijk (ook) werkzaam was ten behoeve van H&S en dat de relevante gedragingen zijn verricht in de sfeer van de rechtspersoon H&S.
132. H&S stelt tijdens de hoorzitting dat Operationeel verantwoordelijke H&S geen werkzaamheden heeft verricht ten behoeve van H&S, enkel voor zover dat het operationele deel betreft. Dat Operationeel verantwoordelijke H&S operationele werkzaamheden heeft verricht ten behoeve van H&S, wordt bevestigd door de verklaringen van Directeur H&S, Vestigingsmanager H&S en Operationeel verantwoordelijke H&S zelf, alsook tijdens de hoorzitting bij ACM op 15 september.¹⁵⁴ Een voorbeeld biedt de verklaring van Directeur H&S van 30 en 31 oktober 2012:

“Vraag NMa: Hoe was de relatie met PLE vanaf het moment dat de H&S groep een 100% belang had verworven in Van Bon? Antwoord: Die relatie was meer op afstand, want ik had ook een verkoopovereenkomst met [vertrouwelijk]. Ik was nog aandeelhouder in een aan PLE gelieerde vennootschap (PLI), maar had wel Beneden-Leeuwen gekocht. [vertrouwelijk] en consorten bemoeiden zich daar niet meer mee. Gedurende een jaar na de overdracht bemoeide [Operationeel verantwoordelijke H&S] zich hiermee. [Operationeel verantwoordelijke H&S] was COO Europe bij PLE. Hij was voor Van Bon de operationele man en had de operationele kennis die wij niet hadden. Die kennis wilde ik overbrengen op onze mensen. Het bestuur van PLE had vanaf het moment dat de H&S groep een 100% belang had verkregen in Van Bon geen bemoeienis meer met Van Bon.

(...)

Vraag NMa: Wie voerde vanaf 2005 de leiding over Van Bon, zowel feitelijk als juridisch gezien? Antwoord: Vanaf het moment dat wij, PLE en ik, Van Bon overnamen, was er een site manager aangesteld voor de dagelijkse operationele aansturing. In eerste instantie was dat [Operationeel verantwoordelijke H&S] en later - ik weet niet meer precies wanneer - [Vestigingsmanager H&S]. In de maandelijkse financiële rapportage bijeenkomsten hoorden wij, PLE en ik, de stand van zaken en legde de site manager verantwoording aan ons af. Veelal was [Operationeel verantwoordelijke H&S] hierbij aanwezig, en anders gebeurde dit overleg via de e-mail of via de telefoon.”¹⁵⁵

133. De feitelijke werkzaamheden ten behoeve van H&S gingen echter veel verder dan slechts operationele werkzaamheden. Dat blijkt uit de volgende omstandigheden.

¹⁵³ Artikel 56 lid 3 Mededingingswet, *Kamerstukken II*, 2004/2005, 30071, nr. 3, p. 8-9; Artikel 5:1 Awb, *Kamerstukken II* 2007/08, 31124, nr. 8, p. 19.

¹⁵⁴ Bestreden besluit, nr. 35; zie ook zienswijze H&S, nr. 98. Dossierstukken 9, 10, 28, 29, 34, 61, 64;

Hoorzittingsverslag, p. 6-8.

¹⁵⁵ Dossierstuk 9, p. 4.

134. Allereerst was Operationeel verantwoordelijke H&S blijkens het handelsregister van de KvK vanaf 1 juli 2005 gevolmachtigd directeur voor H&S.¹⁵⁶ Dat zijn bevoegdheid beperkt was tot verrichten van rechtshandelingen die een bedrag van 5.000 euro niet te boven gaan en tot het verrichten van rechtshandelingen die betrekking hebben op de Belastingdienst/Douane, doet daar niet aan af.

135. Verder hadden Directeur H&S, Vestigingsmanager H&S, en Operationeel verantwoordelijke H&S eenmaal per maand overleg.¹⁵⁷ Uit e-mailcorrespondentie blijkt dat Directeur H&S, Vestigingsmanager H&S, en Operationeel verantwoordelijke H&S nauw samenwerkten ten behoeve van H&S. Operationeel verantwoordelijke H&S bemoeide zich intensief met het beleid van H&S, zowel op operationeel, als op commercieel vlak. Zo werden regelmatig mails vanuit "Commerce" H&S naar Operationeel verantwoordelijke H&S doorgestuurd,¹⁵⁸ en stuurde de Operationeel verantwoordelijke H&S op zijn beurt bijvoorbeeld een e-mail met de titel "commercie" aan Vestigingsmanager H&S en Directeur H&S, waarin Operationeel verantwoordelijke H&S verschillende potentiële klanten identificeert, en Vestigingsmanager H&S en Directeur H&S verzoekt om hier contact mee op te nemen.¹⁵⁹ Daarnaast werkten Directeur H&S, Vestigingsmanager H&S, en Operationeel verantwoordelijke H&S nauw samen met betrekking tot het prijsbeleid en het contact met Kloosterboer. Kenmerkend hiervoor is de correspondentie met betrekking tot [vertrouwelijk] (randnummer 46 van dit besluit).

136. Er is vaak onderling e-mail contact tussen Directeur H&S, Vestigingsmanager H&S, en Operationeel verantwoordelijke H&S als er aanvragen binnenkomen. Bijvoorbeeld, met betrekking tot de klant [vertrouwelijk]: Operationeel verantwoordelijke H&S stuurt het antwoord van Directeur Kloosterboer, waarin hij aangeeft dat hij de tender niet heeft ontvangen, door aan Directeur H&S en Vestigingsmanager H&S. In deze e-mail schrijft Operationeel verantwoordelijke H&S enkel "*vertrouwelijk*". Directeur H&S reageert hierop:

*"Mooi, dan moeten we hier snel een afspraak over maken."*¹⁶⁰

137. Ook bij [vertrouwelijk] stuurt Operationeel verantwoordelijke H&S de reactie van Directeur Kloosterboer, waarin Directeur Kloosterboer zijn prijzen doorstuurt en verzoekt om het bezoekersverslag van het bezoek van [vertrouwelijk], door aan Vestigingsmanager H&S.¹⁶¹ Vestigingsmanager H&S stuurt het bezoekersverslag van (o.a.) [vertrouwelijk] vervolgens door aan Operationeel verantwoordelijke H&S, en hij stuurt dit weer door aan Directeur Kloosterboer.¹⁶² Vervolgens stuurt Operationeel verantwoordelijke H&S de reactie van Directeur Kloosterboer ("*bedankt voor het verslag*") weer door aan Directeur H&S en

¹⁵⁶ Dossierstukken 14 en 73.

¹⁵⁷ Dossierstuk 26, p. 2-4. Zie ook dossierstuk 10, p.3; dossierstuk 61, p. 2; dossierstuk 99 (zienswijze), mr. 98; dossierstuk 99, bijlage (aanvullende verklaring [vertrouwelijk]), p. 2; dossierstuk 64, p. 2 en hoorzittingsverslag, p. 6 en 10.

¹⁵⁸ Dossierstuk 54, bijlagen 6, 19, 31, 32, 33, 35, 36, 47, 48, 49, 61; Dossierstuk 55, bijlage 3, 6, 7, 10, 11.

¹⁵⁹ Dossierstuk 56, bijlage 20.

¹⁶⁰ Dossierstuk 54, bijlagen 13 en 14.

¹⁶¹ Dossierstuk 54, bijlage 82.

¹⁶² Dossierstuk 54, bijlage 11.

Vestigingsmanager H&S.¹⁶³

138. Een derde voorbeeld vormt het contact tussen Operationeel verantwoordelijke H&S, Directeur H&S en Vestigingsmanager met betrekking tot [vertrouwelijk]. Op 11 juli 2007 vraagt Vestigingsmanager H&S aan Operationeel Verantwoordelijke H&S om de aanvraag te checken.

"[Operationeel Verantwoordelijke H&S], Zoals je hieronder leest hebben zij tarieven bij Kloosterboer opgevraagd, check jij dit?? Groeten, [Vestigingsmanager H&S]"¹⁶⁴

139. Diezelfde dag vraagt Operationeel verantwoordelijke dit aan Directeur Kloosterboer.

"Ik neem dat jullie geen tarief afgeven hebben zonder even ruggespraak to houden? Wij hebben een meerjarig contract en heeft sowieso geen zin. Als ik de klant moet geloven dan hebben jullie de helft van onze prijs opgegeven? Hoor gaarne. [Operationeel verantwoordelijke H&S]"¹⁶⁵

140. Op 14 november verstuurt Operationeel verantwoordelijke de terugkoppeling van Directeur Kloosterboer naar Vestigingsmanager H&S en Directeur H&S.

"[Directeur Kloosterboer] heeft e.e.a nagekeken en er is geen contact met Kloosterboer en [vertrouwelijk] geweest en derhalve geen tarief afgegeven. Mvg [Operationeel Verantwoordelijke H&S]"¹⁶⁶

141. Deze contacten tussen Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur Kloosterboer, waar ook Directeur H&S en Vestigingsmanager H&S van op de hoogte waren, betroffen steeds klanten van H&S, die op zoek waren naar vrieshuizen voor de opslag- en verwerking van vruchtensappen. Dat Operationeel verantwoordelijke H&S werkte met zijn PLE e-mailadres is hier niet relevant. Het gaat erom dat deze gedragingen zijn verricht ten behoeve van H&S.

Gedragingen passen in de normale bedrijfsvoering van H&S

142. De gedragingen bestonden er uit dat Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur Kloosterboer contact met elkaar opnamen om informatie uit te wisselen en tarieven af te stemmen. Dat Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur Kloosterboer contact met elkaar hadden was gebruikelijk binnen de bedrijfsvoering van H&S. Dit is door Directeur H&S ook bevestigd:

"Feitelijk komt het contact tussen [Operationeel verantwoordelijke H&S] en [Directeur Kloosterboer] voort uit zijn bestaande netwerk via de NEKROVI plus de operationele contacten. [Operationeel verantwoordelijke H&S] is door mij wel gevraagd om de operationele contacten met [Directeur Kloosterboer] te onderhouden."¹⁶⁷

¹⁶³ Dossierstuk 54, bijlage 12.

¹⁶⁴ Dossierstuk 54, bijlage 31.

¹⁶⁵ Dossierstuk 54, bijlage 32.

¹⁶⁶ Dossierstuk 54, bijlage 33.

¹⁶⁷ Dossierstuk 64, p. 4.

143. Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur Kloosterboer waren belast met de uitvoering van de samenwerking tussen H&S en Kloosterboer. Directeur H&S had deze bevoegdheid naar eigen zeggen gedelegeerd aan Operationeel verantwoordelijke H&S.¹⁶⁸
144. Zo hadden Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur Kloosterboer al goed contact en kreeg Operationeel verantwoordelijke H&S daarom ook de opdracht om met betrekking tot andere zaken, zoals de offertes en het prijsbeleid, contact op te nemen met Directeur Kloosterboer. Zo kreeg Operationeel verantwoordelijke H&S bijvoorbeeld uitdrukkelijk de opdracht van Directeur H&S om contact op te nemen met Directeur Kloosterboer. Bovendien koppelde hij de verkregen informatie weer terug naar Vestigingsmanager H&S en/of Directeur H&S. Uit het dossier blijkt bijvoorbeeld ook dat Directeur H&S erg te spreken was over de “tandem [vertrouwelijk]”.¹⁶⁹
145. Het beeld dat H&S schetst, dat Operationeel verantwoordelijke H&S op eigen initiatief contact opneemt met Directeur Kloosterboer over commerciële zaken, strookt niet met de verklaring van Operationeel verantwoordelijke H&S, of de e-mailcorrespondentie in het dossier. Operationeel verantwoordelijke H&S heeft verklaard dat hij altijd in opdracht van iemand anders, en nooit op eigen initiatief contact opnam met Directeur Kloosterboer, en dat hij slechts fungeerde als “doorgeefluik”.¹⁷⁰ Uit de emailcorrespondentie blijkt, zoals hierboven is weergegeven, dat Directeur H&S en anderen Operationeel verantwoordelijke H&S direct betrekken bij commerciële vragen en verzoeken of hij contact op kan nemen met Directeur Kloosterboer, en van welk contact Operationeel verantwoordelijke H&S terugkoppeling geeft. Bovendien zien de contacten, anders dan H&S stelt, niet op algemene klanten voor de hoogbouwvriesshuizen maar op de klanten/offertes voor opslag en vewerking van vruchtensappen en -concentraten. Tenslotte was Directeur H&S, en niet [vertrouwelijk], de andere directeur van H&S, hier over het algemeen bij betrokken.

De gedragingen zijn H&S dienstig geweest

146. In het contact tussen Operationeel verantwoordelijke H&S en Directeur Kloosterboer werd informatie uitgewisseld, waar H&S haar bedrijfsvoering op kon aanpassen. Zo kon H&S hogere prijzen vragen, en veilig stellen dat zij bepaalde opdrachten zou krijgen. Dit blijkt ook uit de citaten, zoals aangehaald in randnummer 22 van dit besluit, waarin bijvoorbeeld wordt genoemd dat Kloosterboer zich “volledig bloot” geeft, en dat H&S derhalve “naar de toekomst toe” beter kan “performen” met de tariefstelling en dat ze op deze manier de concurrentie kunnen beperken.¹⁷¹

H&S vermocht erover beschikken of de gedragingen al dan niet zouden plaatsvinden

¹⁶⁸ Dossierstuk 9, p. 13.

¹⁶⁹ Zie nr. 21 van dit besluit.

¹⁷⁰ Dossierstuk 28, p. 4; dossierstuk 61, p. 3-4.

¹⁷¹ Zie nr. 22 van dit besluit.

147. H&S vermocht erover beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door H&S aanvaard of placht te worden aanvaard. Aanvaarden duidt enerzijds op bewust accepteren dat bepaalde handelingen plaatsvinden ('aanvaarden') en anderzijds op het laten voortduren van een situatie waarin bepaalde handelingen plaatsvinden ('placht te aanvaarden'). Onder aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Uit de feiten blijkt dat deze gang van zaken werd aanvaard. In plaats van het voorkomen van de gedraging, was Directeur H&S, op de hoogte van het feit dat er informatie werd uitgewisseld tussen H&S en Kloosterboer, van de inhoud van de uitgewisselde informatie en gaf hij zelfs uitdrukkelijk opdracht aan Operationeel verantwoordelijke H&S om contact op te nemen met Directeur Kloosterboer met betrekking tot bijvoorbeeld bepaalde offertes. Een voorbeeld doet zich voor bij [vertrouwelijk]. Nadat Directeur H&S een tender van [vertrouwelijk] heeft ontvangen, stuurt hij deze intern door aan onder andere [vertrouwelijk] (een van de twee directeurs van H&S). Vervolgens stuurt [vertrouwelijk] de mail door aan Operationeel verantwoordelijke H&S (met Directeur H&S in cc) met het volgende verzoek:

*"Vraag aan [vertrouwelijk] of hun deze ook hebben gekregen"*¹⁷²

148. Vervolgens voegt Directeur H&S daar aan toe:

*"[vertrouwelijk], Bel [vertrouwelijk] eerst en stuur hem dan door en laat [vertrouwelijk] wel uiterste voorzichtig hiermee omgaan!"*¹⁷³

149. Vervolgens zie je dat Operationeel verantwoordelijke H&S, zoals in randnummer 35 e.v. van dit besluit is uitgewerkt, contact opneemt met Directeur Kloosterboer, en het bericht van Directeur Kloosterboer dat zij geen tender hebben ontvangen weer terugkoppelt aan Directeur H&S (en Vestigingsmanager H&S).¹⁷⁴

150. De conclusie is derhalve dat de gedragingen plaats vonden binnen de sfeer van de rechtspersoon en dat het handelen van Operationeel verantwoordelijke H&S aan H&S kan worden toegerekend, niettegenstaande het feit dat hij formeel in dienst was bij PLE.

151. Daar komt bij dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat ondernemingen aansprakelijk worden gesteld voor de handelingen van hun werknemers.¹⁷⁵ Een werknemer voert zijn taken uit voor en onder het gezag van de onderneming waarvoor hij werkt en wordt bijgevolg geacht deel uit te maken van de door die onderneming gevormde economische eenheid.¹⁷⁶ Voor de vaststelling van inbreuken op het mededingingsrecht van de Unie kunnen de eventuele mededingingsversturende handelingen van een werknemer derhalve

¹⁷² Dossierstuk 34, p. 37.

¹⁷³ Dossierstuk 34, p. 37.

¹⁷⁴ Dossierstuk 54, bijlagen 9, 13-14, 81, 84.

¹⁷⁵ HvJ 7 juni 1983, zaak 100/80–103/80 (Musique Diffusion française/Commissie), EU:C:1983:158, en HvJ 7 februari 2013, zaak C-68/12, (Slovenská sporiteľňa), EU:C:2013:71.

¹⁷⁶ Zie in die zin HvJ 16 september 1999, zaak C-22/98 (Becu e.a.), EU:C:1999:419, r.o. 26.

worden toegerekend aan de onderneming waarvan hij deel uitmaakt, die in beginsel daarvoor aansprakelijk wordt gehouden.¹⁷⁷ Het Hof concludeert dat artikel 101, lid 1, VWEU in die zin moet worden uitgelegd dat voor de vaststelling dat er sprake is van een mededingingsbeperkende overeenkomst, een persoonlijke handelwijze van de statutaire vertegenwoordiger van een onderneming of diens persoonlijke toestemming in de vorm van een mandaat voor de handelwijze van een werknemer die aan een mededingingsbeperkende bijeenkomst heeft deelgenomen, niet hoeft te worden bewezen. Zoals de Europese Commissie heeft benadrukt, vormt voorts de deelneming aan verboden kartelovereenkomsten meestal een heimelijke activiteit die niet is onderworpen aan formele regels. Zelden heeft een vertegenwoordiger van een onderneming die aan een bijeenkomst deelneemt, een mandaat voor het plegen van een inbreuk bij zich.¹⁷⁸ Voor de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU is geen handelen of zelfs kennis van de vennoten of de voornaamste beheerders van de betrokken onderneming vereist, maar volstaat het handelen van iemand die gerechtigd is om voor rekening van de onderneming te handelen.¹⁷⁹

152. Anders dan H&S stelt, is het derhalve niet relevant of Directeur H&S op de hoogte was van het handelen van Operationeel verantwoordelijke H&S. H&S heeft niet gesteld noch aangetoond dat Operationeel verantwoordelijke H&S de bevoegdheden heeft overschreden die hem zijn toegekend door hem in zijn functie aan te stellen.¹⁸⁰ Overigens blijkt uit het dossier dat Directeur H&S wel degelijk op de hoogte was.¹⁸¹ Dit bezwaar moet dus worden verworpen. Gezien het vorenstaande staat volgens ACM vast dat het handelen van Operationeel verantwoordelijke H&S aan H&S kan worden toegerekend.

5.3 Sanctie

5.3.1 Hoogte boete

5.3.1.1 Bezwaar H&S

153. Volgens H&S kan het rapport geen grondslag vormen voor een boete aan H&S. Subsidiair stelt H&S zich op het standpunt dat de boete disproportioneel hoog is, zeker in vergelijking met de boete van Kloosterboer en Daalimpex in de zaak Vlissingen. H&S meent dat hoogstens een symbolische boete kan worden opgelegd. Indien ACM alsnog meent dat de boete meer dan symbolisch moet zijn, dan dient ACM aan te sluiten bij de wijze waarop bedrijven voor de afstemming van aanbestedingen (*bid-rigging*) worden beboet.¹⁸²

154. Wat betreft de betrokken omzet meent H&S dat ACM de verkeerde omzet in aanmerking

¹⁷⁷ HvJ 21 juli 2016, zaak C-542/14 (VM Remonts and Others), ECLI:EU:C:2016:578, r.o. 23-24.

¹⁷⁸ HvJ 7 februari 2013, zaak C-68/12 (Slovenská sporiteľňa), ECLI:EU:C:2013:71, r.o. 25 e.v.

¹⁷⁹ HvJ 7 juni 1983, zaak 100/80–103/80 (Musique Diffusion française/Commissie), EU:C:1983:158, r.o. 97; Conclusie van AG P. Mengozzi van 3 september 2015, zaak C-155/14 P, ECLI:EU:C:2015:529, nr. 57; Conclusie van AG J. Kokott

van 18 april 2013, zaak C-501/11 P (Schindler Holding e.a./Commissie), ECLI:EU:C:2013:248, nr. 129.

¹⁸⁰ Vgl. HvJ 7 juni 1983, zaak 100/80–103/80 (Musique Diffusion française/Commissie), EU:C:1983:158, r.o. 98.

¹⁸¹ Zie nr. 135 e.v. van dit besluit.

¹⁸² Bezwaarschrift, nr. 255 e.v.

heeft genomen. ACM dient alleen de omzet op het gebied van de verwerking van vruchtensappen en -concentraten in aanmerking te nemen, niet de omzet die is behaald met de opslag. Met de door ACM gehanteerde omzettoerekening heeft ACM H&S onevenredig benadeeld ten opzichte van Kloosterboer in deze zaak. De omzet dient ook te worden beperkt tot de periode september 2006 t/m oktober 2007 (hoogstens 3 maart 2009). Bovendien heeft ACM een te hoge rekenfactor gehanteerd.¹⁸³

5.3.1.2 Beoordeling ACM

155. Zoals in het bestreden besluit gaat ACM in het onderhavige besluit uit van de Boetebeleidsregels 2013 en voor de ernstfactor past ACM de Boetecode 2007 toe. De reden hiervoor is dat het grootste deel van de gedragingen in onderhavige zaak hebben plaatsgevonden in de periode waarin de Boetecode 2007 van toepassing was. Het verschil tussen de Boetebeleidsregels 2013 en de Boetecode 2007 voor de toepassing op onderhavige zaak heeft met name betrekking op de ernstfactor. Volgens de Boetebeleidsregels 2013 kan de ernstfactor worden vastgesteld tussen de 0 en 5, terwijl de Boetecode 2007 een ernstfactor tussen de 0 en 3 bevat.
156. ACM volgt H&S niet in haar standpunt dat het rapport geen grondslag bevat voor een boete en verwijst naar paragraaf 5.1 en 5.2 van het onderhavige besluit waarin ACM tot de conclusie komt dat sprake was van een overtreding die aan H&S is toe te rekenen.
157. Volgens H&S kan haar geen of hoogstens een sterk verminderd verwijt worden gemaakt van de overtreding en was niemand bij H&S op de hoogte van het gedrag van Operationeel verantwoordelijke H&S. Volgens H&S heeft zij hier dan ook geen schuld aan. Dit bezwaar moet worden verworpen. In het bestuursrecht geldt het beginsel dat geen boete kan worden opgelegd voor een gedraging waarvan de overtreder geen verwijt kan worden gemaakt. ACM hoeft geen schuld aan de zijde van H&S aan te tonen, aangezien schuld geen bestanddeel is van de overtreden norm.¹⁸⁴ In paragraaf 5.2 van dit besluit heeft ACM gemotiveerd waarom de gedragingen wel toegerekend kunnen worden aan H&S. H&S heeft niet aannemelijk gemaakt dat haar geen verwijt, althans een sterk verminderd verwijt kan worden gemaakt. H&S vermocht erover beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door H&S aanvaard.
158. H&S stelt zich op het standpunt dat ACM voor de bepaling van de betrokken omzet uit had moeten gaan van de betrokken omzet op het gebied van de verwerking (en niet de opslag) van vruchtensappen en -concentraten.
159. Zoals in paragraaf 5.1.4 van dit besluit is uiteengezet, waren de betrokken ondernemingen actief op het gebied van de verwerking en opslag van vruchtensappen en -concentraten en vonden de inbreuken eveneens plaats op het gebied van de verwerking en opslag van vruchtensappen en -concentraten. Daarom gaat ACM ook uit van de betrokken omzet die

¹⁸³ Bezwaarschrift, nr. 255 e.v.

¹⁸⁴ Kamerstukken II 2003/2004, 29 702, p. 122.

met deze diensten is behaald. ACM heeft vastgesteld dat de betrokken omzet die verband houdt met de onderhavige overtreding voor H&S ziet op de locatie Beneden-Leeuwen en voor Kloosterboer op de locatie Elst. De betrokken omzet ziet voor Kloosterboer op Elst, omdat de omzet die daar is behaald verband houdt met de overtreding in deze zaak. Wat betreft Kloosterboer merkt ACM op dat Kloosterboer ook is beboet voor eenzelfde soort overtreding in Vlissingen. De situatie van Kloosterboer verschilt dus van de situatie van H&S.

160. ACM volgt H&S ook niet in haar standpunt dat ACM een beperktere omvang van de omzet had moeten gebruiken voor het vaststellen van de boete. Uit de omstandigheden die ACM uiteen heeft gezet in paragraaf 5.1.1 van dit besluit blijkt dat de overtreding betrekking had op twee locaties van de betrokken ondernemingen. Daarom heeft ACM voor beide ondernemingen de omzet van deze locaties gebruikt voor het bepalen van de betrokken omzet in het kader van de boeteberekening.
161. H&S meent verder dat het H&S en Kloosterboer bij maximaal 1% van het totaal aantal offertes van H&S contact hebben gehad. H&S vindt dat een boete achterwege moet blijven of tot een symbolische boete beperkt kan blijven.
162. Het argument van H&S dat het om maximaal 1% van het totaal aantal offertes gaat en er geen effect was op het commercieel beleid van H&S volgt ACM niet. Zoals door ACM in paragraaf 5.1.2 van dit besluit is uiteengezet, is er geen sprake van *incidenten* maar van een vooropgezet totaalplan. Daarmee is er sprake van een enkele complexe en voortdurende inbreuk gericht op het doel om de onderlinge concurrentie te beperken om zo hogere tarieven te kunnen bedingen. De boetesystematiek voor *bid-rigging* is daarom ook niet van toepassing op deze zaak. ACM ziet verder geen bijzondere omstandigheden in licht van de Boetebeleidsregels 2013¹⁸⁵ om de boete te beperken tot een symbolische boete of een boete achterwege te laten.
163. H&S stelt verder dat ACM tijdens de gesprekken over de vereenvoudigde afdoening van de zaak meerdere keren heeft aangegeven dat er geen sprake zou zijn geweest van een zware, althans ernstige overtreding. Allereerst merkt ACM op dat de poging om tot een vereenvoudigde afdoening te komen in deze zaak niet is geslaagd. ACM heeft geen toezeggingen gedaan en dit traject heeft ook niet geleid tot besluitvorming. Nadat de pogingen om tot een vereenvoudigde afdoening te komen in deze zaak zijn gestaakt, heeft ACM de zaak op al zijn merites beoordeeld en de overtreding als zwaar aangemerkt met een ernstfactor van 1,5. Uit het bestreden besluit blijkt dat ACM de zwaarte van de overtreding en de omstandigheden van het geval heeft meegewogen bij het vaststellen van

¹⁸⁵ 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 (Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM), Staatscourant 2013 nr. 11214, 24 april 2013 (hierna: Boetebeleidsregels 2013).

de hoogte van de boete, geheel volgens de systematiek van de Boetecode 2007.¹⁸⁶

164. Er was hier sprake van een horizontale afspraak tussen concurrenten om de onderlinge concurrentie te beperken om zo hogere tarieven te kunnen bedingen. Bovendien waren dit twee grote spelers en belangrijke concurrenten van elkaar op het gebied van de verwerking en opslag van vruchtensappen en -concentraten. Uit het onderzoek van ACM blijkt ook dat van aanbieders die slechts actief zijn op het gebied van opslag een sterk verminderde concurrentiedruk uitgaat, zoals uiteengezet in paragraaf 5.1.4 van dit besluit. Daarmee beperkte de overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen de mededinging niet slechts in geringe mate. Zoals ook blijkt uit paragraaf 5.1.3 van dit besluit was er dus sprake van een enkele complexe en voortdurende inbreuk met een mededingingsbeperkende strekking. De gedraging wordt daarom gekwalificeerd als zware overtreding.
165. Bij een zware overtreding acht ACM een ernstfactor van ten hoogste 2 passend. Uiteindelijk is ACM in het bestreden besluit uitgekomen op een ernstfactor van 1,5. Bij het vaststellen van deze ernstfactor heeft ACM rekening gehouden met het aantal afgestemde offertes.
166. Volgens ACM gaat het hier niet, anders dan H&S stelt, slechts om een lichte, althans minder zware, overtreding en is geen te hoge rekenfactor gehanteerd. De overtreding heeft wel degelijk de mededinging kunnen beperken, zoals blijkt uit paragraaf 5.1.3 van dit besluit. Ook in het kader van een eventuele samenwerking of overname, gelden de verboden uit artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU onverkort.¹⁸⁷ Zoals uiteengezet in paragraaf 5.1.1 van dit besluit, stelt ACM vast dat H&S te ver is gegaan in haar gedragingen en artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU heeft geschonden.
167. H&S meent ook dat de overtreding begaan door Kloosterboer en Daalimpex in Vlissingen, gelet op de aard en intensiteit, een evident andere en ernstigere overtreding is dan de onderhavige overtreding. ACM benadrukt dat bij het bepalen van de boetehoogte altijd wordt uitgegaan van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Er zijn overeenkomsten met de boetes die zijn opgelegd aan Kloosterboer en Daalimpex in Vlissingen. Zo komt de aard van de gedragingen gedeeltelijk overeen (informatie uitwisseling en afstemming van tarieven), het gaat om dezelfde type diensten en was in beide gevallen sprake van een enkele complexe en voortdurende inbreuk. In beide zaken is de overtreding dan ook als zwaar gekwalificeerd. Echter, bij Daalimpex en Kloosterboer Vlissingen was er geen reden om de ernstfactor van 2 te verlagen.
168. H&S geeft verder aan dat ACM een boeteverlaging had moeten toepassen vanwege vertraging bij de pogingen om in deze zaak tot een vereenvoudigde afdoening te komen. ACM merkt hierover op dat de vertraging speelde in een traject waarin ACM en H&S probeerden tot een vereenvoudigde afdoening te komen. In het kader van dit traject is

¹⁸⁶ Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit inhoudende richtsnoeren voor de toemeting van boetes op grond van de wetgeving met de uitvoering waarvan de Nederlandse Mededingingsautoriteit is belast, Nma Boetecode 2007, BWBR0033457.

¹⁸⁷ Zie Rechtbank Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912, r.o. 8.

volgens H&S gesproken over een matiging van de boete wegens opgelopen vertraging aan de zijde van ACM. Omdat H&S en ACM geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over het vereenvoudigd afdoen van deze zaak, is het “reguliere” traject voortgezet. Naar het oordeel van ACM is geen sprake van een toezegging van de zijde van ACM, voor zover die al zou zijn gedaan, die ook buiten de gesprekken over het vereenvoudigd afdoen van deze zaak kan gelden.

169. ACM volgt H&S ook niet in haar betoog dat ACM is uitgegaan van een te lange duur van de overtreding. ACM verwijst hiervoor naar paragraaf 5.1.7 van dit besluit waar de duur van de overtreding is besproken.
170. Tot slot ziet ACM geen aanleiding om de boete te verlagen wegens boeteverlagende omstandigheden. H&S heeft niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van dergelijke omstandigheden. Er is ook geen sprake van schending van de redelijke termijn (dit wordt ook niet gesteld door H&S).
171. ACM komt in heroverweging tot de conclusie dat de opgelegde boete evenredig en proportioneel is. ACM ziet dan ook geen aanleiding om de boete te matigen.

5.4 Procedureel

5.4.1 Rechtmatigheid onderzoek

5.4.1.1 Bezwaar H&S

172. H&S stelt dat er sprake was van een verboden *fishing expedition*. Allereerst was de uitbreiding van het onderzoek naar H&S volgens haar onrechtmatig. Er zou geen concrete verdenking of concreet vermoeden van betrokkenheid bij een schending van de mededingingsregels zijn geweest, althans ACM heeft dit onvoldoende gemotiveerd. Zo had de informant H&S niet genoemd, en waren de twee analoge documenten die waren aangetroffen bij de bedrijfsbezoeken op 18 januari 2012 bij Kloosterboer en PLE, onvoldoende bewijs.¹⁸⁸
173. Daarnaast stelt H&S dat het digitale onderzoek onzorgvuldig was, omdat ACM verkeerde zoektermen zou hebben gebruikt. ACM heeft gezocht op individuele zoektermen zoals “H&S” of “[vertrouwelijk]” en niet in combinatie met andere zoektermen zoals “automatische hoogbouwvrieshuizen” of “AHV”. Het onderzoek was dus ruimer dan alleen een onderzoek naar automatische hoogbouwvrieshuizen, en daarmee is ACM buiten haar wettelijke bevoegdheden getreden (artikel 5:13 Awb).¹⁸⁹

5.4.1.2 Beoordeling ACM

174. In het bestreden besluit heeft ACM het verloop van het onderzoek al uitgebreid beschreven.¹⁹⁰ In aanvulling daarop merkt ACM het volgende op. Er hebben twee series van

¹⁸⁸ Bezwaarschrift, nr. 12 e.v.

¹⁸⁹ Bezwaarschrift, nr. 19 e.v.

¹⁹⁰ Bestreden besluit, nr. 1-4.

bedrijfsbezoeken plaatsgevonden. Allereerst heeft ACM op 18 januari 2012 bedrijfsbezoeken afgelegd bij Kloosterboer en PLE. Dit onderzoek richtte zich op de overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU door ondernemingen die actief zijn op het gebied van de realisatie en exploitatie van automatisch hoogbouw vrieshuizen. Tijdens deze bedrijfsbezoeken zijn analoge documenten aangetroffen, die aanleiding vormden om het onderzoek ook te richten op H&S, actief op het gebied van de verwerking en opslag van vruchtensappen en -concentraten. Vervolgens heeft ACM op 30 oktober 2012 een bedrijfsbezoek afgelegd bij onder andere H&S.

175. Niet in geding is dat de bij genoemde bedrijfsbezoeken betrokken ambtenaren door ACM zijn aangewezen als toezichthouder in de zin van artikel 50, eerste lid, Mw.¹⁹¹ De betrokken ambtenaren beschikten daarmee over de bevoegdheden die aan toezichthouders zijn toegekend in artikel 5:15 Awb en artikel 5:17 Awb. Zij waren bevoegd tot het betreden van de betrokken bedrijfspanden en om gegevens en bescheiden, met inbegrip van elektronische gegevens, te kopiëren. Bovendien handelden de betrokken ambtenaren bij het uitoefenen van deze bevoegdheden in overeenstemming met artikel 5:13 Awb, door slechts gebruik te maken van de bevoegdheden voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

176. Voor het bestaan van de bevoegdheid van artikel 5:15 Awb, en de uitoefening ervan in overeenstemming met artikel 5:13 Awb, geldt, anders dan H&S stelt, niet als voorwaarde dat sprake is van een aanwijzing van een overtreding¹⁹² of van een redelijk vermoeden dat een overtreding is gepleegd.¹⁹³

¹⁹¹ Zie artikel 23 van Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009, Stc. 1 oktober 2009, nr. 14819.

¹⁹² Tijdens de parlementaire behandeling van afdeling 5.1 Awb beantwoordt de minister de vraag "Moet duidelijker tot uitdrukking worden gebracht dat de toezichtsbevoegdheden in beginsel alleen mogen worden uitgeoefend als er aanwijzingen zijn van een overtreding of bij een proefsgewijze controle?" ontkennend. De minister antwoordt (Nota naar aanleiding van het verslag bij de derde tranche Awb, 23 700, nr. 5, p. 72, pt. 6.37): "(...) Wij onderschrijven de stelling dat de in afdeling 5.1 opgenomen toezichtsbevoegdheden niet te allen tijde kunnen worden uitgeoefend. De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit verzetten zich daartegen. Naar ons oordeel biedt artikel [5.13 Awb] een adequaat kader om recht te doen aan deze beginselen, ook al is de daarin neergelegde norm in algemene bewoordingen gesteld. De concrete uitwerking ervan is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. *Een in de wet opgenomen beperking, inhoudende dat toezichtsbevoegdheden alleen mogen worden uitgeoefend als er aanwijzingen zijn van een overtreding of bij een steekproefsgewijze controle, zou onvoldoende rekening houden met de variëteit van de omstandigheden waaronder toezicht op de naleving pleegt plaats te vinden en zou de praktijk van het nalevingstoezicht onnodig belemmeren.*" (curs. ACM). Zie ook: Nota naar aanleiding van het verslag bij de derde tranche Awb, 23 700, nr. 5, p. 51, pt. 6.4: "Het vereiste van een (concreet) vermoeden, zou (...) een belemmering kunnen vormen voor een adequate uitoefening van het toezicht op de naleving". Zie hiervoor ook Gerechtshof Den Haag, 24 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041, r.o. 2.3 en Rb. Den Haag, 12 oktober 2016, C/09/4961 07 / HA ZA 15-1046, r.o. 4.20 (nog niet gepubliceerd).

¹⁹³ Onder toezicht (artikel 50 Mw) moet volgens de memorie van toelichting bij de Mededingingswet worden verstaan "controle op de naleving van de wet en de daarop berustende bepalingen *zonder dat sprake hoeft te zijn van concrete «naspeuringen» of al dan niet een overtreding is begaan*" (TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 81; curs. ACM); Van onderzoek (artikel 52 Mw[oud]) "(...) is sprake als de activiteiten van de desbetreffende ambtenaren erop zijn gericht vast te stellen of al dan niet sprake is van een overtreding. Dat wil nog niet zeggen dat reeds sprake is van een vermoeden dat er inderdaad een overtreding is gepleegd. *Het onderzoek is er juist op gericht daaromtrent een oordeel te vormen.*" (TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 83; curs. ACM). In het Nader Rapport merkt de minister op: "Het onderscheid tussen toezicht en onderzoek ligt (...) anders dan het onderscheid tussen toezicht en opsporing in de zin van artikel 27 van het Wetboek van Strafvordering. Van opsporing in de zin van dat artikel is sprake ingeval van een redelijk vermoeden van schuld van een verdachte aan het plegen van een strafbaar feit. (...) Het ligt naar mijn mening

177. Wat betreft de stelling van H&S dat er sprake was van een *fishing expedition*, verwijst ACM allereerst naar haar reactie in randnummers 20-24 van het bestreden besluit. In aanvulling hierop kan het volgende worden opgemerkt.
178. Het eerste bedrijfsbezoek aan de ondernemingen PLE en Kloosterboer viel binnen de bevoegdheden van ACM. Ook de twee analoge documenten, die zagen op de samenwerking tussen PLE en Kloosterboer in Medel (op het gebied van de realisatie en exploitatie van AHV's), vielen binnen het onderzoeksdoel zoals overhandigd tijdens de bedrijfsbezoeken aan PLE en Kloosterboer.
179. Daarnaast was ook het digitale onderzoek van de dataset legitiem. De zoektermenlijst is opgesteld na de eerste bedrijfsbezoeken op 18 januari 2012. Hierbij zijn ook de eerste resultaten van de bedrijfsbezoeken, en derhalve de informatie van de aangetroffen analoge documenten, meegenomen. Dit was geoorloofd binnen het onderzoeksdoel. Het verslag van ambtshandeling verwoordt dit als volgt:
- “Het opstellen van de zoektermenlijsten heeft plaatsgevonden na afloop van de bedrijfsbezoeken. Bij het opstellen van de zoektermenlijst heeft het onderzoeksteam derhalve ook de informatie voortkomend uit de bedrijfsbezoeken meegenomen (naast de informatie afkomstig van de informant). De twee aangetroffen analoge documenten waren aanleiding om het digitale onderzoek ook te richten op de samenwerking tussen H&S, PLE en Kloosterboer. In dat kader zijn de volgende zoektermen opgenomen in de zoektermenlijst: (i) Hempenius, (2) Hebo, (3) H&S, (4) Beneden Leeuwen en (5) samenwerkingsovereenkomst.”¹⁹⁴*
180. Voor ACM bestaat, anders dan H&S stelt, geen enkele verplichting om “H&S” in combinatie met andere zoektermen zoals “automatische hoogbouwvrieshuizen” of “AHV” te gebruiken. Dat ACM de term “H&S” heeft gebruikt als zoekterm, maakt nog niet dat er sprake is van een *fishing expedition*. Het ligt juist voor de hand om de namen van concurrerende ondernemingen als zoekterm op te nemen, om ongeoorloofd contact tussen ondernemingen op te sporen. Voor het digitale onderzoek zelf is de digitale werkwijze van ACM gevolgd en ACM is daarmee niet buiten haar bevoegdheden getreden.
181. Tenslotte viel het bedrijfsbezoek aan H&S op 30 oktober 2012 binnen de bevoegdheden van ACM. ACM merkt op dat het onderzoek naar H&S geheel binnen het onderzoeksdoel viel dat op 30 oktober 2012 tijdens de bedrijfsbezoeken is overhandigd. ACM heeft voordat zij haar onderzoek naar de overtreding door H&S heeft voortgezet voor de aanvullende bedrijfsbezoeken haar bedrijfsbezoekopdracht gespecificeerd naar activiteiten op het gebied van vruchtensappen en -concentraten.¹⁹⁵
182. Gezien het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat ACM binnen de bevoegdheden

voor de hand bij bestuursrechtelijk te handhaven economische ordeningswetgeving, zoals het voorstel een Mededingingswet, (...) te kiezen voor een eigen, specifiek (onderzoeks-)begrip. (...) [De onderzoeksbevoegdheden van artikel 54 en 55 Mw] zijn (...) niet zo uitzonderlijk, dat om die redenen een clausulering als door de raad [van State] voorgesteld [nl. het opnemen van het redelijk vermoeden] wenselijk zou zijn (TK, 1995-1996, 24 707, A, p. 20).

¹⁹⁴ Dossierstuk 106, bijlage, p. 3.

¹⁹⁵ Dossierstuk 6.

van artikel 5:15 en 5:17 Awb heeft gehandeld, en dat de uitoefening ervan in overeenstemming was met artikel 5:13 Awb.

5.4.2 Verwijzing naar H&S (i.p.v. Van Bon)

5.4.2.1 Bezwaar H&S

183. H&S stelt dat ACM in strijd met de algemene beginselen van bestuur, meer specifiek het zorgvuldigheidsbeginsel, heeft gehandeld door in haar besluit te verwijzen naar H&S, in plaats van Van Bon. Hiermee wekt ACM ten onrechte de suggestie dat de vermeende overtreding door H&S Coldstores en H&S (als groep) is gepleegd.¹⁹⁶

5.4.2.2 Beoordeling ACM

184. ACM legt op grond van artikel 56 Mw een boete op aan de overtreder. Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.¹⁹⁷ Op grond van het mededingingsrecht is de situatie ten tijde van de overtreding hiervoor doorslaggevend. Bekeken wordt uit welke vennootschappen de economische eenheid ten tijde van de overtreding bestond en of deze vennootschappen thans nog steeds bestaan. Op grond van artikel 2:309 BW (het verkrijgen van het gehele vermogen onder algemene titel) zal ACM de rechtsopvolger aanspreken.¹⁹⁸ In het onderhavige geval is sprake van een vennootschap (Van Bon) die niet is opgehouden te bestaan. De rechtsopvolgende vennootschap is H&S en zij is dan ook verantwoordelijk voor de door haar rechtsvoorganger in het verleden begane overtreding. ACM doet hiermee recht aan de basisgedachte in het mededingingsrecht om boetes op te leggen aan degene die het mededingingsrecht heeft overtreden.¹⁹⁹

185. Artikel 12v van de Instellingswet ACM bepaalt dat de naam van de overtredende marktorganisatie altijd openbaar wordt gemaakt, ook indien de naam van een natuurlijke persoon van die naam deel uitmaakt. De naam van H&S als overtreder is derhalve terecht openbaar gemaakt.

5.4.3 Onjuiste vaststelling feiten en omstandigheden

5.4.3.1 Bezwaar H&S

186. H&S meent dat er sprake is van twee verschillende gedragingen. Enerzijds was er contact tussen Kloosterboer en de aandeelhouders van H&S over een mogelijke samenwerking (en later een eventuele verkoop), en is in het kader van *due diligence* informatie uitgewisseld. Dit was geen informatie over toekomstig marktgedrag of prijzen.²⁰⁰ De contacten vonden op aandeelhoudersniveau plaats tussen Kloosterboer ([vertrouwelijk], een van de directeuren van Kloosterboer), H&S Group (Directeur H&S) en PLE ([vertrouwelijk], tevens een van de

¹⁹⁶ Bezwaarschrift, nmr. 29-36.

¹⁹⁷ Art. 5: 1 lid 2 Awb.

¹⁹⁸ Rb Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8642, r.o. 1; CbB 9 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ7886, r.o. 5.1 e.v.; HvJ 11 december 2007, zaak C-280/06 (ETI e.a.), ECLI:EU:C:2007:775, r.o. 40 e.v.

¹⁹⁹ Vgl. CbB 9 juni 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ7886

²⁰⁰ Bezwaarschrift, nmr. 130.

directeuren van H&S), hierbij eventueel ondersteund door Directeur Kloosterboer en Operationeel verantwoordelijke H&S. Deze contacten vonden in alle openheid plaats.²⁰¹

187. Anderzijds is er tussen Directeur Kloosterboer en Operationeel verantwoordelijke H&S (of Vestigingsmanager H&S) contact geweest over een aantal offerteaanvragen van klanten waarbij informatie is uitgewisseld.²⁰² Deze contacten hebben Directeur Kloosterboer en Operationeel verantwoordelijke H&S op eigen initiatief verricht. H&S is hier niet bij betrokken geweest en heeft hier ook geen weet van gehad (laat staan opdracht toe gegeven). Er speelden waarschijnlijk persoonlijke belangen voor Operationeel verantwoordelijke H&S.²⁰³

5.4.3.2 Beoordeling ACM

188. Dat de betrokken ondernemingen gesprekken voerden over een legitieme samenwerking, betekent niet dat in het kader van deze gesprekken tarieven mogen worden afgestemd of concurrentiegevoelige informatie mag worden uitgewisseld. Ook in een situatie waarin ondernemingen de mogelijkheid verkennen om samen te werken zijn artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU van toepassing. Wat betreft de stelling van H&S dat de concurrentiegevoelige informatie is uitgewisseld in het kader van een *due diligence* onderzoek en daarom geen sprake is van een overtreding, volgt ACM H&S niet. De informatie die tussen ondernemingen is uitgewisseld betrof actuele concurrentiegevoelige informatie over specifieke klanten. Die informatie werd (tevens) gebruikt voor het afstemmen van tarieven of was behulpzaam daaraan. Bovendien is er volgens [vertrouwelijk] nooit sprake geweest van een *due diligence* onderzoek²⁰⁴
189. Wat betreft de stelling van H&S dat de contacten tussen Directeur Kloosterboer en Operationeel verantwoordelijke H&S zonder betrokkenheid van H&S zijn verricht, verwijst ACM naar paragraaf 5.2.2. van dit besluit.

5.4.4 Toegang tot dossierstukken

5.4.4.1 Bezwaar H&S

190. Bij brief van 29 april 2016 heeft H&S verzocht om integrale inzage in dossierstuk 1, 37 en 38 van het onderhavige dossier, welke deels als vertrouwelijk zijn aangemerkt. Verder heeft H&S verzocht om integrale inzage in de dossiers die ten grondslag liggen aan de besluiten 'Kloosterboer Betuwe', 'Kloosterboer Vlissingen' en 'Eimskip/Daalimpex Vlissingen'.²⁰⁵
191. Na een herbeoordeling heeft ACM destijds besloten dat de vertrouwelijkheid van dossierstuk 1 ongewijzigd blijft. Voor dossierstuk 37 en 38 geldt dat enkele passages niet meer als vertrouwelijk zijn aangemerkt.²⁰⁶
192. Tijdens de hoorzitting van 15 september 2016 heeft H&S haar verzoek tot integrale toegang

²⁰¹ Bezwaarschrift, nr. 202.

²⁰² Bezwaarschrift, nr. 202.

²⁰³ Bezwaarschrift, nr. 131.

²⁰⁴ Dossierstuk 9, p.18.

²⁰⁵ Brieven met kenmerk 2016101010 en 2016101008.

²⁰⁶ Brief met kenmerk ACM/DJZ/2016/203795.

in de stukken van het onderhavige dossier en integrale toegang in de dossiers die ten grondslag liggen aan de besluiten 'Kloosterboer Betuwe', 'Kloosterboer Vlissingen' en 'Eimskip/Daalimpex Vlissingen' herhaald.²⁰⁷

193. Zij betoogt dat ACM ten onrechte de reeds openbaargemaakte passages als vertrouwelijk had aangemerkt. ACM heeft hiermee relevante informatie achtergehouden. H&S heeft het vermoeden dat hetzelfde geldt voor andere passages die nog steeds als vertrouwelijk zijn aangemerkt door ACM. Toegang tot de drie hiervoor genoemde dossierstukken vindt H&S van belang om te kunnen controleren of hier stukken in zitten die voor haar ontlastend zijn.
194. H&S beroept zich op het verdedigingsbeginsel, dat in deze gevallen zwaarder zou moeten wegen dan andere belangen.

5.4.4.2 Beoordeling ACM

195. In beginsel bestaat een recht op kennisname van al het relevante bewijsmateriaal. Echter, volgens vaste jurisprudentie kunnen andere belangen zich daartegen verzetten. Dit vergt een concrete, op de omstandigheden van het geval toegespitste afweging van de belangen.²⁰⁸ Hierna gaat ACM in op de belangenafweging die gemaakt is met betrekking tot de vertrouwelijke passages in dossierstuk 1, 37 en 38.

Dossierstuk 1

196. Dossierstuk 1 is een bedrijfsbezoekopdracht en is deels openbaargemaakt aan H&S. H&S betoogt dat zij belang heeft bij integrale inzage hiervan, en de hieraan ten grondslag liggende stukken, om te kunnen controleren in hoeverre sprake is geweest van een rechtmatige start en uitbreiding van het initiële onderzoek van ACM. De identiteit van de informant en de door deze informant aangeleverde informatie is daarbij van belang om de betrouwbaarheid te kunnen beoordelen. H&S beroept zich hier op haar belang om zich te kunnen verdedigen en om de werkwijze van ACM te kunnen controleren.
197. ACM stelt voorop dat een bedrijfsbezoekopdracht, ook vanwege de aard van het document, vertrouwelijke gegevens kan bevatten over de wijze waarop ACM gebruik maakt van haar bevoegdheden in het kader van de aan haar opgedragen wettelijke taken, bijvoorbeeld in het belang van inspectie, toezicht en opsporing van strafbare feiten. ACM kent veel gewicht toe aan deze belangen en stelt dat deze belangen zwaarder wegen dan het belang van H&S om kennis te nemen van de vertrouwelijke passages. Dit geldt ook voor de identiteit van de informant die zich had gemeld bij ACM.
198. Het gaat ook om persoonsnamen die ACM niet verstrekt in het kader van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, hetgeen een zwaarwegend belang is. Het belang van H&S weegt ook niet op tegen dit belang.

²⁰⁷ Zie de mondelinge zienswijze van H&S (bijlage bij het hoorzittingsverslag): nmr. 11-20.

²⁰⁸ CBb 22 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH6932, r.o. 2.4.6. en 2.4.7.

199. ACM wijst inzage in de vertrouwelijke passages en onderliggende stukken van dossierstuk 1 af.

Dossierstuk 37 en 38

200. Dossierstuk 37 is een reactie van een concurrent van H&S op vragen van ACM. Dossierstuk 38 is een verslag van ambtshandelingen met een verklaring van dezelfde concurrent als in dossierstuk 37. H&S beroept zich op het verdedigingsbeginsel en stelt dat zij belang heeft bij kennisname van de identiteit van de concurrent om de betrouwbaarheid van de verklaring en de antwoorden te kunnen beoordelen. Het belang van H&S om zich adequaat te kunnen verdedigen zou zwaarder moeten wegen dan het belang van de concurrent op anonimiteit.

201. ACM volgt H&S niet. Beide stukken bevatten voor een deel vertrouwelijke gegevens. Het gaat om bedrijfsgegevens die in vertrouwen zijn meegedeeld aan ACM en daarom als vertrouwelijk zijn aangemerkt. Verder gaat het ook om (bedrijfs)informatie die de betrokkenen onevenredig kan bevoordelen of benadelen. ACM vindt dit een zwaarwegend belang en komt tot de conclusie dat het belang van H&S hier niet tegen opweegt.

202. Wat betreft de identiteit van de concurrent merkt ACM op dat de concurrent heeft meegewerkt onder het voorbehoud dat ACM zijn identiteit niet openbaar maakt. Vanwege het belang van toezicht en opsporing, heeft ACM anonimiteit toegezegd. Het verdedigingsbeginsel van H&S is daarmee niet geschonden. De inhoud van de verklaring is immers niet als vertrouwelijk aangemerkt. Daar komt bij dat het belang van toezicht van ACM in dit geval zwaarder moet wegen dan het belang van H&S om achter de identiteit van de concurrent te komen.

203. Tot slot gaat het ook om persoonsnamen die ACM niet verstrekt in het kader van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, hetgeen een zwaarwegend belang is. Het belang van H&S weegt ook niet op tegen dit belang.

204. ACM merkt op dat de vertrouwelijke passages niet zijn gebruikt als onderbouwing van het besluit en de vertrouwelijkheid van deze passages belemmert H&S niet om de betrouwbaarheid van de stukken te betwisten. Volledigheidshalve merkt ACM op dat H&S deze stukken inhoudelijk niet betwist met argumenten.

205. ACM ziet op basis van het bovenstaande geen aanleiding om mee te gaan in het standpunt van H&S dat haar belang zwaarder zou moeten wegen dan de hiervoor genoemde belangen.

Overige dossiers

206. H&S meent verder dat zij recht heeft op integrale inzage in de dossiers die ten grondslag liggen aan de besluiten 'Kloosterboer Betuwe', 'Kloosterboer Vlissingen' en 'Eimskip/Daalimpex Vlissingen' en beroept zich daarbij op het verdedigingsbeginsel.

Besluit Openbaar

51/52

207. Volgens vaste rechtspraak kunnen stukken die volgens een toezichthouder geen rol hebben gespeeld in het besluitvormingsproces dat aan het opleggen van de boete is vooraf gegaan, toch als op de zaak betrekking hebbende stukken worden aangemerkt wanneer een belanghebbende gemotiveerd uiteenzet waarom hij die stukken van belang acht voor zijn verdediging.²⁰⁹
208. ACM erkent het belang van H&S om inzage te kunnen krijgen in alle op de zaak betrekking hebbende stukken.
209. Wat betreft het verzoek van H&S dat ziet op het dossier van 'Kloosterboer Betuwe' merkt ACM nogmaals op dat dit dossier niet verschilt van het dossier van 'H&S Betuwe' dat aan H&S is verstrekt. Volledigheidshalve merkt ACM op dat zij - zoals bekend bij H&S - zowel Kloosterboer als H&S in de gelegenheid heeft gesteld om de zaak vereenvoudigd af te doen. Met beide partijen is over deze mogelijkheid gecommuniceerd. Deze communicatie is niet toegevoegd aan het dossier van H&S en (dus) ook niet aan het dossier van Kloosterboer. Bovendien gaat deze communicatie enkel over het vereenvoudigd af doen van de zaak. De stukken die ten grondslag liggen aan het besluit van H&S en Kloosterboer staan hier los van.
210. Wat betreft de overige twee dossiers volgt ACM H&S niet in haar standpunt dat de stukken in deze dossiers ook op de zaak van H&S betrekking hebben. H&S motiveert weliswaar dat toegang in haar belang is omdat zij dan kan controleren of er stukken zijn die voor haar ontlastend kunnen zijn. Echter, dit verzoek van H&S is te algemeen geformuleerd om deze dossiers of delen daarvan als op de zaak betrekking hebbende stukken aan te merken.²¹⁰ Wat betreft het belang van H&S om op adequate wijze te kunnen reageren op de analyse van de relevante markt en marktpositie van H&S merkt ACM op dat H&S op basis van de beschikbare stukken in haar eigen dossier op adequate wijze kan reageren op het standpunt van ACM, hetgeen zij ook heeft gedaan in deze procedure.²¹¹
211. H&S betoogt verder dat zij ook inzage wil vanwege stukken die relevant kunnen zijn voor mogelijke onderlinge (juridische) samenhang van de door ACM vastgestelde overtredingen. ACM herhaalt hier dat ook dit verzoek te algemeen is geformuleerd om de dossiers of delen daarvan als op de zaak betrekking hebbende stukken aan te merken. Bovendien zijn de overige boetebesluiten die zien op de Vrieshuizensector openbaar.
212. Volgens ACM heeft H&S toegang gehad tot alle (op de zaak betrekking hebbende) stukken.
213. ACM concludeert op basis van het bovenstaande dat de vertrouwelijke passages van dossierstuk 1, 37 en 38 terecht als vertrouwelijk zijn aangemerkt. Het verdedigingsbelang van h&s en het recht op toegang tot het dossier zijn niet geschaad.

²⁰⁹ CbB 6 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK2641, r.o. 6.1.

²¹⁰ CbB 4 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521, r.o. 4.4.3.

²¹¹ Rb Rotterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2015:4885, r.o. 7.5.

6 Dictum

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart ongegrond de bezwaren van H&S Coldstores B.V. en H&S Coldstores Holding B.V.
- 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,

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,
overeenkomstig het door het bestuur op 15 december 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.

52/52