

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2016/205216_OV
Zaaknummer: 15.0327.31.1.03
Datum: 30 augustus 2016

1 Samenvatting

1. Besluit van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) op het bezwaar van CEO Daalimpex 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 Daalimplex Logistics B.V., Daalimpex Holding B.V. en Daalimpex Beheer B.V. rechtstreeks betrokken waren bij gedragingen waarmee artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU is overtreden. ACM handhaaft verder haar conclusie dat CEO Daalimpex feitelijk leiding heeft gegeven aan die gedragingen. In heroverweging is ACM van oordeel dat de hoogte van de opgelegde boete CEO Daalimpex niet onevenredig treft.

2 Inleiding

2.1 Verloop van de procedure

3. Voor het verloop van de procedure tot aan het bestreden besluit, verwijst ACM naar §1.1 van dat besluit.
4. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het bestreden besluit op 22 december 2015 is op hoofdlijnen als volgt.
5. Bij brief van 29 januari 2016 heeft CEO Daalimpex, op nader aan te voeren gronden, bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. ACM heeft op 5 februari 2016 de ontvangst van het bezwaarschrift van CEO Daalimpex bevestigd en haar een termijn gesteld om vóór 1 april 2016 de gronden van bezwaar in te dienen.² Deze termijn is op verzoek van CEO Daalimpex verlengd tot en met 2 mei 2016. Op 29 april 2016 heeft ACM de gronden van bezwaar van CEO Daalimpex (hierna: het bezwaarschrift) ontvangen.³
6. CEO Daalimpex heeft verschillende verzoeken aan ACM gericht om inzage te verkrijgen in stukken die niet behoren tot de stukken die ACM heeft aangemerkt als op de zaak betrekking hebbend.⁴ In reactie op deze verzoeken heeft ACM CEO Daalimpex in de gelegenheid gesteld

¹ Besluit van 22 december 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/207578.

² Kenmerk: ACM/DJZ/2016/200706.

³ Registratienummer ACM: 2016100987

⁴ Brief van 1 april 2015 (dossierstuk 123), brief van 15 juli 2015 (dossierstuk 124) en brief van 1 maart 2016 (dossierstuk 162).

Besluit Openbaar

om haar verzoeken nader te motiveren en te specificeren.⁵ CEO Daalimpex heeft op 9 mei 2016 aangegeven geen gebruik te zullen maken van deze mogelijkheid en een verdergaand verzoek om inzage gedaan.⁶ ACM heeft op 3 juni 2016 laten weten niet met het laatste verzoek van CEO Daalimpex te kunnen instemmen.⁷

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

2.2 Het bestreden besluit

- ACM stelt in het bestreden besluit vast dat Daalimpex Logistics B.V., Daalimpex Holding B.V. en Daalimpex Beheer B.V. rechtstreek waren betrokken bij gedragingen waarmee artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU is overtreden.
- In het bestreden besluit komt ACM tot de conclusie dat CEO Daalimpex feitelijk leiding heeft gegeven aan gedragingen waarmee artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU is overtreden. Voor deze overtreding is aan CEO Daalimpex een boete opgelegd van EUR [vertrouwelijk].

2.3 Juridisch kader

- Voor de beschrijving van het relevante juridisch kader verwijst ACM naar het bestreden besluit, hoofdstuk 4, randnummers 225-226, 228-234, 248-254, 274-280, 310, 315-320, 331-332, 359-365 en 385-387.

3 Beoordeling bezwaargronden

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

3.1 Afbakening bezwaarschrift

- Bij het bestreden besluit is niet alleen een bestuurlijke boete aan CEO Daalimpex opgelegd, maar ook aan Blankendaal Beheer B.V. en aan Eimskip Holding B.V. Tijdens de hoorzitting heeft CEO Daalimpex verklaard geen bezwaar te hebben gemaakt tegen het opleggen van een bestuurlijke boete aan deze twee vennootschappen. ACM stelt vast dat CEO Daalimpex alleen opkomt tegen de overtreding die haar wordt verweten en het opleggen van een bestuurlijke boete aan haarzelf.

⁵ Zie: e-mailbericht van 4 mei 2016 (dossierstuk 180).

⁶ E-mailbericht van 9 mei 2016 (dossierstuk 181).

⁷ Brief van 3 juni 2016, met kenmerk: ACM/DJZ/2016/202816.

⁸ Kenmerk: ACM/DJZ/2016/205029.

Besluit Openbaar

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

3.2 Overtreding

3.2.1 Bezwaren CEO Daalimpex

14. In haar bezwaarschrift gaat CEO Daalimpex in op de bewijsmiddelen die door ACM in het bestreden besluit zijn gebruikt voor het vaststellen van de overtreding gepleegd door Daalimpex. Het gaat om bewijsmiddelen van twee categorieën van gedragingen die samen een één enkele en voortdurende inbreuk vormden: de informatie-uitwisseling over voorgenomen prijsverhogingen en de afspraak om elkaars klanten te respecteren. CEO Daalimpex betwist dat deze bewijsmiddelen ten grondslag kunnen worden gelegd aan de overtreding gepleegd door Daalimpex. ACM gaat hierna in op deze bezwaren.
15. Ten aanzien van de bewijsmiddelen die zien op de uitvoering van de afspraak om elkaars klanten te respecteren (en die zien op het afstemmen van tarieven bij aanvragen van individuele klanten) bestrijdt CEO Daalimpex niet dat deze terecht ten grondslag zijn gelegd aan de overtreding gepleegd door Daalimpex, maar betwist zij wel dat zij wetenschap had van deze gedragingen of dat zij daartoe opdracht heeft gegeven.⁹ Dit bezwaar van CEO Daalimpex ziet derhalve niet op de vraag of deze bewijsmiddelen de overtreding gepleegd door Daalimpex bewijzen, maar op de vraag of deze gedragingen aan haar als feitelijk leidinggever kunnen worden toegerekend. Op die vraag wordt hieronder (*infra* §3.3.3) nader ingegaan.
- Afspraken over prijsverhogingen
16. De in randnummers 100-109 van het bestreden besluit opgenomen bewijsmiddelen geven volgens CEO Daalimpex in het bijzonder de opvatting van de directie van Kloosterboer weer. Met haar uitlatingen zou CEO Daalimpex Kloosterboer slechts op het verkeerde been hebben willen zetten. De tarieven zijn in werkelijkheid ook niet verhoogd.
17. De informatie van het [vertrouwelijk]-tarief (randnummer 101 bestreden besluit) moet afkomstig zijn van Eimskip dat er op aandrong om dit te delen met Kloosterboer.
18. De in randnummers 110-112 van het bestreden besluit genoemde tariefsverhoging van [vertrouwelijk]% was in die tijd volstrekt ongeloofwaardig. De tarieven zijn in werkelijkheid ook niet verhoogd.
19. In randnummers 113-119 van het bestreden besluit wordt verwezen naar interne

⁹ De bewijsmiddelen zoals genoemd in randnummers 144-221 van het bestreden besluit.

Besluit Openbaar

correspondentie binnen Kloosterboer. In die periode was de overname van Daalimpex door Kloosterboer de facto rond. Na de doorstart van Daalimpex zijn alle contracten met klanten gerespecteerd. De tarieven zijn in werkelijkheid ook niet verhoogd.

20. De in randnummers 122-123 van het bestreden besluit opgenomen correspondentie tussen Kloosterboer en CEO Daalimpex, had volgens CEO Daalimpex betrekking op de eventuele samenwerking met [vertrouwelijk]. Deze klant wilde dat Kloosterboer en Daalimpex zouden samenwerken op het gebied van stuwadoren. Dat zij in dit in verband spreekt over het voorkomen van een prijzenslag was misleidend bedoeld.

Afspraak om elkaars klanten te respecteren

21. In de in randnummers 124-135 van het bestreden besluit opgenomen correspondentie vraagt een directeur van de onderneming Kloosterboer aan CEO Daalimpex een bevestiging van de tarieven die concurrenten aan [vertrouwelijk] hebben afgegeven. CEO Daalimpex heeft aan deze directeur van Kloosterboer doorgegeven dat Daalimpex hoger offereerde. CEO Daalimpex voelde zich door de CFO van Eimskip gedwongen om te reageren op dergelijke verzoeken van Kloosterboer en wilde de schijn op houden dat Daalimpex hen niet stevig beconcurrerde.
22. Ten aanzien van de correspondentie in randnummers 124-135 van het bestreden besluit die ziet op [vertrouwelijk], merkt CEO Daalimpex op dat deze moet worden gezien in het licht van een betalingsachterstand van [vertrouwelijk]. Omdat Daalimpex geen lading meer van [vertrouwelijk] had kon Daalimpex geen beslag leggen op goederen van [vertrouwelijk]. Daarom heeft CEO Daalimpex contact gezocht met [vertrouwelijk] om een lading van [vertrouwelijk] te verkrijgen waarop beslag gelegd zou kunnen worden.
23. Het klopt volgens CEO Daalimpex dat er een lunch is geweest met [vertrouwelijk], [vertrouwelijk] (hierna: commercieel manager Kloosterboer), [vertrouwelijk] (hierna: commercieel manager Daalimpex) en CEO Daalimpex (randnummers 137 en 138 bestreden besluit). Eimskip drong er bij CEO Daalimpex op aan om de verstandhouding met Kloosterboer goed te houden, in die context moet deze lunch worden beoordeeld.

Context: overname van Daalimpex

24. CEO Daalimpex wijst in haar bezwaarschrift (hoofdstuk 3) op de juridische en economische context waarbinnen haar gedragingen plaatsvonden. In dit verband noemt CEO Daalimpex de slechte financiële positie waarin Daalimpex in 2008 verkeerde, de wens van Eimskip om Daalimpex te verkopen en de belangstelling van Kloosterboer om Daalimpex over te nemen.
25. Volgens CEO Daalimpex was er sinds 2008 geregeld contact tussen de bestuurders van Eimskip en Kloosterboer over een mogelijke overname van Daalimpex door Kloosterboer. CEO Daalimpex was op de hoogte van deze overnamegesprekken, maar zij mocht (als niet eigenaar) niet aan deze gesprekken deelnemen en werd niet geïnformeerd over de voortgang van deze gesprekken. CEO Daalimpex vermoedt dat tijdens deze overnamegesprekken tussen de bestuurders van Kloosterboer en Eimskip concurrentiegevoelige informatie is uitgewisseld en/of afspraken zijn gemaakt om elkaar niet al te stevig te beconcurreren.

Besluit Openbaar

26. De bestuurders van Eimskip drongen er bij CEO Daalimpex op aan om vooral met Kloosterboer samen te werken. Volgens CEO Daalimpex heeft zij echter nooit daadwerkelijk met Kloosterboer samengewerkt in concurrentie. Wel hield zij voor Eimskip de schijn op dat zij dit deed en vermeed zij gedrag dat het overnameproces zou kunnen verstoren. De gedragingen van CEO Daalimpex vonden niet plaats in de context van een kwaadwillend kartel, maar in het kader van de overname van Daalimpex en de ambities van Kloosterboer. CEO Daalimpex stelt in dit verband dat de informatie die is gedeeld nodig was voor de waardebeoordeling van Daalimpex.

3.2.2 Beoordeling ACM

27. De grondgedachte van het mededingingsrecht is dat iedere onderneming zelfstandig moet bepalen welk beleid zij op de markt zal voeren.¹⁰ Deze eis van zelfstandigheid staat in de weg aan contact tussen ondernemingen, indien dat contact tot doel heeft het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent te beïnvloeden of kennis te geven aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag.¹¹
28. In het bestreden besluit is vastgesteld dat gesprekken tussen de ondernemingen Kloosterboer en Daalimpex er uiteindelijk toe hebben geleid dat voorgenomen prijsverhogingen voor de jaren 2007, 2008 en 2009 zijn uitgewisseld. Daarnaast is in het bestreden besluit vastgesteld dat de ondernemingen Kloosterboer en Daalimpex met elkaar tot een afspraak kwamen om elkaars klanten te respecteren. In het bestreden besluit is (per klant) beschreven dat de betrokken ondernemingen ook uitvoering hebben gegeven aan deze afspraak. De verschillende gedragingen die zagen op het uitwisselen van informatie over voorgenomen prijsverhogingen voor de jaren 2007, 2008 en 2009 en het afstemmen van individuele tarieven en uitwisselen van informatie over individuele klanten zijn in het bestreden besluit aangemerkt als één enkele voortdurende inbreuk die tot doel had om de concurrentiedruk te verminderen om zo tarieven te verhogen en/of te voorkomen dat tarieven werden verlaagd.
29. Volgens vaste rechtspraak is voor het vaststellen van een één enkele voortdurende inbreuk niet vereist dat iedere gedraging die onderdeel uitmaakt van deze inbreuk afzonderlijk beschouwd een ingevolge artikel 6, eerste lid, Mw en/of artikel 101, eerste lid VWEU verboden overeenkomst of onderling afgestemde gedraging vormt. Doorslaggevend is of de verschillende handelingen wegens hun gemeenschappelijke doel deel uitmaken van een "totaalplan", waarvan de elementen, gezamenlijk beschouwd, een dergelijke overeenkomst of een dergelijke onderling afgestemde gedraging vormen.¹²
30. De toets die moet worden aangelegd is dan ook of de verschillende gedragingen deel uitmaakten van een totaalplan en tezamen een overeenkomst of onderling afgestemde

¹⁰ Gerecht 15 maart 2000, zaak T-25/95 (*Cement*), r.o. 1852.

¹¹ HvJ EG 16 december 1975 (*Suiker Unie*), r.o. 173-174 en HvJ 4 juni 2009 (*T-Mobile Netherlands e.a.*) r.o. 32 en 33.

¹² College van Beroep voor het bedrijfsleven 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:65 (*Zilveruijen*), r.o. 4.8.3. Zie ook College van Beroep voor het bedrijfsleven 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118 en 119 (*Boomkwekerijen*), r.o. 4.6.3 resp. r.o. 4.5.3 en College van Beroep voor het bedrijfsleven 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:188 (*Meel*), r.o. 5.3.24.

Besluit Openbaar

gedraging vormden die in strijd is met artikel 6 Mw of artikel 101 VWEU. Voor deze toets geldt niet het vereiste dat de betreffende gedragingen complementair aan elkaar waren.¹³

31. CEO Daalimpex komt in haar bezwaarschrift niet expliciet op tegen de kwalificatie van het geheel van gedragingen als één enkele voortdurende inbreuk. Wel betwist CEO Daalimpex ten aanzien van een aantal individuele gedragingen dat deze ten doel hadden om de mededinging te beperken en in die zin dus onderdeel zouden uitmaken van de één enkele inbreuk. Deze specifieke gedragingen hadden volgens CEO Daalimpex een ander doel (zand in de ogen strooien van Kloosterboer, samenwerking op verzoek van een klant of het binnenhalen van een lading om beslag op te leggen) of moeten in een andere context worden gezien (overnamegesprekken tussen Daalimpex en Kloosterboer).
32. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) volgt dat het aan de mededingingsautoriteit is om nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen aan te voeren die het bestaan van de overtreding aantonen. Echter, niet elk aangevoerd bewijsmiddel hoeft noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de overtreding aan deze criteria te voldoen. Wanneer de mededingingsautoriteit stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zijn deze doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst daarom worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.¹⁴
33. Gezien het vorenstaande zal ACM hieronder beoordelen of de in het bezwaarschrift genoemde gedragingen deel uitmaakten van een totaalplan met als doel: het verminderen van de concurrentiedruk om zo tarieven voor de opslag en verwerking van vruchtensappen en concentraten in koel- en vrieshuizen te verhogen en/of te voorkomen dat tarieven werden verlaagd. Wanneer enkele van deze gedragingen - gezien het doel van die gedragingen - geen onderdeel zouden uitmaken van het totaalplan, zal ACM moeten beoordelen of de overige gedragingen voldoende zijn om het bestaan van een één enkele inbreuk aan te nemen.

Delen van informatie over voorgenomen prijsverhogingen

34. Door CEO Daalimpex wordt niet betwist dat informatie over voorgenomen prijsverhogingen is uitgewisseld, maar wel dat deze prijsverhogingen in de praktijk zijn doorgevoerd (randnummers 4.6 en 4.7 bezwaarschrift). Daarnaast voert CEO Daalimpex aan dat de uitwisseling van de voorgenomen tarieven was bedoeld om Kloosterboer op het verkeerde been te zetten en dat de uitgewisselde percentages niet realistisch waren (randnummers 4.4 en 4.6 bezwaarschrift).

¹³ HvJ EU 19 december 2013, ECLI:EU:2013:C:866, (*Siemens*), r.o. 247-248.

¹⁴ Zie CBb 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:188, r.o. 4.2 en de in dat arrest genoemde jurisprudentie: HvJ 19 december 2013, ECLI:EU:C:2013:866, (*Siemens*), r.o. 133, en HvJ 25 januari 2007, ECLI:EU:C:2007:52 (*Sumitomo Metal Industries*), r.o. 42-51.

Besluit Openbaar

35. Ten aanzien van de voorgenomen prijsverhogingen voor 2007 stelt CEO Daalimpex dat wat zij daarover heeft gezegd tegen Kloosterboer valt onder de categorie “zand in de ogen strooien”, met andere woorden Daalimpex zou niet daadwerkelijk voornemens zijn geweest om de tarieven met [vertrouwelijk]% te verhogen (randnummers 4.4 bezwaarschrift).
36. Uit het bewijsmateriaal volgt dat er contact heeft plaatsgevonden tussen de ondernemingen Daalimpex en Kloosterboer waarbij informatie is uitgewisseld over voorgenomen prijsverhogingen onder meer voor het jaar 2007.¹⁵ Deze contacten volgden op gesprekken die in 2006 zijn gevoerd tussen de ondernemingen Daalimpex en Kloosterboer over samenwerking.¹⁶ Uit een verslag van deze gesprekken blijkt dat door beide ondernemingen een prijsverhoging van [vertrouwelijk]% noodzakelijk wordt geacht.¹⁷ In de e-mailcontacten die op deze gesprekken volgde is tussen Kloosterboer en Daalimpex ook daadwerkelijk informatie over voorgenomen tariefsverhogingen uitgewisseld. Een medewerker van Kloosterboer vraagt op 7 december 2006 aan CEO Daalimpex wat zij met hun prijzen gaan doen.¹⁸ CEO Daalimpex antwoordt daarop: *Wij denken aan minimaal [vertrouwelijk]% plus bijvrieskosten belasten(...)*.¹⁹ Het feitelijk uitwisselen van deze informatie past binnen gesprekken die daarover eerder tussen de betreffende ondernemingen hebben plaatsgevonden. Daarmee werd de concurrentie beïnvloed en kan van zelfstandig gedrag geen sprake meer zijn. Naar het oordeel van ACM kan het uitwisselen van de voorgenomen tariefsverhogingen in deze context geen ander doel hebben dan de concurrentiedruk te verminderen. Er is ook geen bewijsmateriaal aangetroffen dat duidt op een ander doel.
37. Dat Daalimpex met het noemen van de voorgenomen prijsverhoging van [vertrouwelijk]% slechts ‘zand in de ogen van Kloosterboer wilde strooien’ is niet aannemelijk. Hoewel niet uit het beschikbare bewijsmateriaal blijkt dat Daalimpex haar prijzen met [vertrouwelijk]% heeft verhoogd, blijkt daaruit wel dat Kloosterboer de informatie die zij van Daalimpex heeft ontvangen betreft bij haar eigen prijsverhoging en uiteindelijk ook daadwerkelijk haar prijzen met [vertrouwelijk]% heeft verhoogd.²⁰ Daar komt bij dat ondernemingen die hun gedragingen afstemmen (bijvoorbeeld door het uitwisselen van voorgenomen prijsverhogingen) en op de markt actief blijven, geacht worden bij de bepaling van hun gedrag op deze markt rekening te houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld.²¹ Daarmee kan van zelfstandig gedrag op de markt geen sprake meer zijn. Of Daalimpex haar tarieven in 2007 daadwerkelijk overeenkomstig heeft verhoogd is dan ook niet relevant.
38. Naar het oordeel van ACM is het overigens niet aannemelijk dat wanneer Daalimpex haar tarieven voor 2007 niet overeenkomstig het met Kloosterboer gedeelde tarief heeft verhoogd, de betrokken ondernemingen in de daarop volgende jaren de voorgenomen tariefsverhogingen zouden zijn blijven uitwisselen.

¹⁵ Onderzoeksrapport (dossierstuk 100) randnummers 112-117.

¹⁶ Dossierstuk 97, bijlage 1, 2 en 4.

¹⁷ Dossierstuk 97, bijlage 5

¹⁸ Dossierstuk 97, bijlage 8.

¹⁹ Dossierstuk 97, bijlage 9

²⁰ Onderzoeksrapport (dossierstuk 100) randnummer 117.

²¹ HvJ 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*), r.o. 51.

Besluit Openbaar

8/22

39. De opmerking van CEO Daalimpex in haar bezwaarschrift dat de informatie over het [vertrouwelijk]-tarief van Eimskip afkomstig was, is mededingingsrechtelijk niet relevant. Daalimpex wisselde informatie over de voorgenomen prijsverhoging van een concurrent uit met een andere concurrent (Kloosterboer). Het doel van deze informatie-uitwisseling kan in het licht van de daarop volgende e-mailcontacten over het afstemmen van voorgenomen prijsverhogingen voor 2007 niet anders zijn dan het verminderen van de concurrentiedruk om zo tarieven te verhogen en/of te voorkomen dat tarieven werden verlaagd. Hetgeen wordt bevestigd door interne communicatie binnen Kloosterboer, waarin naar aanleiding van het bericht van CEO Daalimpex over de voorgenomen verhoging van [vertrouwelijk] wordt voorgesteld om dit te bespreken en het volgende wordt vermeld: *“Daarbij aandacht voor mogelijkheden om tot een minimum prijsverhoging te komen die alle grote vrieshuizen hanteren. Bijvoorbeeld [vertrouwelijk]%. [...] Wel is het van belang dat de concurrentie hetzelfde doet.”*
40. Uit de interne correspondentie binnen Kloosterboer blijkt dat CEO Daalimpex in eerste instantie een voorgenomen prijsverhoging voor het jaar 2008 van [vertrouwelijk]% heeft genoemd aan Kloosterboer. In haar bezwaarschrift stelt CEO Daalimpex dat een tariefsverhoging van [vertrouwelijk]% voor het jaar 2008 volstrekt ongeloofwaardig is. Uit verdere correspondentie binnen Kloosterboer blijkt echter dat later ook nog gesproken zou worden tussen CEO Daalimpex en Kloosterboer over deze voorgenomen prijsverhogingen. Vast staat dat CEO Daalimpex duidelijk heeft gemaakt dat Daalimpex haar tarieven voor 2008 fors zou verhogen, hetgeen Kloosterboer comfort gaf om haar eigen tarieven ook te verhogen. Het uitwisselen van voorgenomen prijsverhogingen past ook binnen het interne ontwikkelplan van Daalimpex voor de jaren 2007, 2008 en 2009 (*Three year development plan Daalimpex Colstores B.V.*) waarin voor het jaar 2008 wordt genoemd: *“Develop relationship with Kloosterboer to avoid further price wars in the future.”*²² Mede tegen de achtergrond van dit ontwikkelingsplan is ACM van oordeel dat ook de correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer over de voorgenomen prijsverhogingen in 2008 tot doel hadden om de concurrentiedruk te verminderen om zo tarieven te verhogen en/of te voorkomen dat tarieven werden verlaagd.
41. Ook bij de tariefsverhogingen voor 2009 blijkt dat Kloosterboer bij het vaststellen van haar tariefsverhoging daadwerkelijk rekening houdt met de voorgenomen tariefsverhogingen van Daalimpex. Het uitwisselen van voorgenomen prijsverhogingen, kan naar het oordeel van ACM, ook enkele maanden voor het faillissement van Daalimpex geen ander doel hebben gehad dan het verminderen van de concurrentiedruk om zo tarieven te verhogen en/of te voorkomen dat tarieven werden verlaagd. Ook hier geldt dat het uitwisselen van voorgenomen prijsverhogingen paste binnen het hiervoor genoemde interne ontwikkelplan van Daalimpex voor de jaren 2007, 2008 en 2009 (*Three year development plan Daalimpex Colstores B.V.*).²³

Respecteren van elkaars klanten

42. In randnummer 122 en 123 van het bestreden besluit heeft ACM de totstandkoming van de afspraak tussen Daalimpex en Kloosterboer om elkaars klanten te respecteren beschreven.

²² Dossierstuk 98, bijlage 18.

²³ Dossierstuk 98, bijlage 18.

Besluit Openbaar

9/22

Nadat op 17 januari 2007 een afspraak tussen afgevaardigden van beide ondernemingen heeft plaatsgevonden, stuurt een directeur van Kloosterboer de volgende dag een e-mailbericht aan CEO Daalimpex met daarin een samenvatting van de gemaakte afspraken. In dit e-mailbericht staat onder meer: *"5. We spreken de intentie uit niet achter elkaars klanten aan te gaan. Graag verneem ik van jullie of bovenstaand resumé de zaken correct heeft weergegeven. Mocht dat niet zo zijn dan zal ik een en ander in een document vastleggen."*²⁴ Op dit e-mailbericht reageert CEO Daalimpex als volgt: *"Onderstaande komt overeen met hetgeen we met elkaar besproken hebben, echter het punt om niet achter elkaars klanten aan te gaan kunnen wij ons niet herinneren. Desalniettemin zijn wij het met je eens dat we hier afspraken over moeten maken zodat we de prijsenslag van de laatste jaren in de toekomst voorkomen. Jouw voorstel in deze vinden wij echter wat beknopt en zal dan ook snel tot irritatie leiden bij jullie of ons. Wij zien graag dat we hier nogmaals over praten zodat we proberen te komen tot "compromisloze tevredenheid" voor beide partijen (...)"*²⁵

43. In haar bezwaarschrift stelt CEO Daalimpex dat deze correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer betrekking had op de eventuele samenwerking met [vertrouwelijk]: een grote klant die wilde dat Kloosterboer en Daalimpex zouden samenwerken op het gebied van stuwadoren.
44. Naar het oordeel van ACM is het niet aannemelijk dat deze correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer ziet op de samenwerking voor stuwadoren ten aanzien van één specifieke klant ([vertrouwelijk]). Er wordt in deze correspondentie immers gesproken over de intentie om niet *"achter elkaars klanten aan te gaan"* zodat de prijsenslag van de laatste jaren in de toekomst kan worden voorkomen. Uit het woord *"klanten"* blijkt al dat de hier uitgesproken intentie niet alleen op een individuele klant betrekking had. Ook de prijsenslag van de afgelopen jaren waar CEO Daalimpex aan refereert, duidt op een bredere intentie om elkaars klanten te respecteren om een prijsenslag tegen te gaan en niet slechts zag op een individuele klant ([vertrouwelijk]). In deze correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer over het respecteren van elkaars klanten wordt [vertrouwelijk] ook niet genoemd. Anders dan CEO Daalimpex stelt in haar e-mailbericht van 6 juli 2016, gaat het hier ook duidelijk niet om de huur van kranen door Daalimpex bij Kloosterboer voor het lossen van de schepen van [vertrouwelijk]. De verklaring van de heer [vertrouwelijk] (d.d. 30 oktober 2012)²⁶ waar CEO Daalimpex in dit verband naar verwijst, is niet relevant nu de heer [vertrouwelijk] verwijst naar een samenwerkingsverband met Kloosterboer in de periode 2004-2005, derhalve voor de datum waarop de in randnummers 122 en 123 van het bestreden besluit genoemde correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer plaatsvond.
45. Ten aanzien van de correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer over de tarieven die aan de klant [vertrouwelijk] zijn afgegeven, betwist CEO Daalimpex niet dat het uitwisselen van deze prijzen tot doel had om de concurrentiedruk te verminderen, maar stelt zij dat zij door de CFO van Eimskip werd gedwongen om te reageren op de verzoeken van Kloosterboer om tarieven uit te wisselen. Het bezwaar van CEO Daalimpex ziet derhalve niet op het doel dat met deze

²⁴ Dossierstuk 97, bijlage 10.

²⁵ Dossierstuk 97, bijlage 10

²⁶ Dossierstuk 6.

Besluit Openbaar

gedraging werd nagestreefd, maar op de vraag of deze gedraging aan haar als feitelijk leidinggever kan worden toegerekend. Op die vraag wordt hieronder (*infra* §3.3.3) nader ingegaan.

46. Ten aanzien van de correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer over de klant [vertrouwelijk], stelt CEO Daalimpex zich op het standpunt dat Daalimpex graag lading van deze klant wilde binnenhalen om daar beslag op te leggen in verband met een betalingsachterstand van [vertrouwelijk] bij Daalimpex. Dit standpunt van CEO Daalimpex wordt echter niet bevestigd door de betreffende correspondentie. Deze correspondentie start met een e-mail van CEO Daalimpex van 12 november 2008 waarin zij opmerkt zware discussies met [vertrouwelijk] te hebben en vraagt welke tarieven door Kloosterboer zijn aangeboden:

"[vertrouwelijk],

Heb zware discussies met [vertrouwelijk].... Volgens hen zijn jullie tarieven zeer concurrerend...

Wat hebben jullie hen aangeboden?

Hoor je graag.

Groetjes, [vertrouwelijk]."²⁷

47. Een directeur van Kloosterboer reageert op dit verzoek met de mededeling dat door Kloosterboer nog geen tarieven zijn afgegeven, maar dat daarom wel door [vertrouwelijk] is verzocht.²⁸ Vervolgens blijkt uit een e-mailbericht van CEO Daalimpex van 6 maart 2008 dat Daalimpex er vanuit gaat dat Kloosterboer de klant [vertrouwelijk] van Daalimpex respecteert, zoals Daalimpex de klant [vertrouwelijk] van Kloosterboer respecteert:

"[vertrouwelijk] blijft momenteel erg drammen bij ons voor lossing boot (...) (ze willen zelfs nu weer meer betalen.. Het kan verkeren) Wij blijven bij ons standpunt dat wij geen ruimte hebben. Ga er van uit dat jullie je hetzelfde opstellen naar [vertrouwelijk] toe."²⁹

48. Naar het oordeel van ACM past ook de correspondentie tussen Daalimpex en Kloosterboer over het respecteren van de klant [vertrouwelijk], naar haar aard, binnen het doel van het totaalplan om de concurrentiedruk te verminderen om zo tarieven te verhogen en/of te voorkomen dat tarieven werden verlaagd. Dat Daalimpex ook een ander doel nastreefde (lading binnen halen om beslag op te leggen) blijkt nergens uit. Ook al zou met deze gedragingen dit andere doel zijn nagestreefd, betekent dat niet dat deze gedragingen niet ook tot doel hadden om de concurrentiedruk te verminderen.

²⁷ Dossierstuk 97, bijlage 17.

²⁸ Dossierstuk 97, bijlage 17.

²⁹ Dossierstuk 97, bijlage 24.

Besluit Openbaar

11/22

49. Ten aanzien van de lunchbijeenkomst die heeft plaatsgevonden tussen medewerkers van Daalimpex en Kloosterboer, merkt CEO Daalimpex op dat deze afspraak heeft plaatsgevonden na aandringen van Eimskip om de verhouding tussen Daalimpex en Kloosterboer goed te houden. Wat daar ook van zij, volgens ACM was deze bijeenkomst in ieder geval ook bedoeld om de eerder gemaakte afspraak om elkaars klanten te respecteren uit te werken. Dit blijkt uit correspondentie binnen Kloosterboer waarin een samenvatting wordt gegeven van hetgeen tijdens deze bijeenkomst is besproken: *“bij aanvragen van klanten over en weer eerst contact wordt opgenomen zodat prijzen niet keer op keer verlaagd worden (...)”*³⁰ Dit wordt bevestigd door een verslag van een bijeenkomst tussen CEO Daalimpex en de CFO van Eimskip: *“[vertrouwelijk] says that she talks to Kloosterboer every two/three months to keep up and increase rates and to avoid that customers are playing us against each other again.”*³¹ Deze afspraak om elkaars klanten te respecteren past daarmee binnen het bredere doel dat Daalimpex en Kloosterboer nastreefden om de concurrentiedruk te verminderen.

Context

50. De stelling van CEO Daalimpex dat de informatie die eind 2008 is uitgewisseld met Kloosterboer nodig was voor de waardebeoordeling van Daalimpex is naar het oordeel van ACM onjuist en niet relevant. Ten eerste is het voor de waardebeoordeling van een onderneming niet nodig om op klantniveau informatie over prijzen uit te wisselen. Ten tweede is juridisch niet relevant dat de twee betrokken ondernemingen gedurende een gedeelte van de overtrekking zouden hebben gesproken over een mogelijke overname, immers ook tijdens overnamegesprekken gelden de verboden uit artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU onverkort.³²
51. Ook de slechte financiële positie waarin Daalimpex eind 2008 verkeerde, vormt geen rechtvaardiging voor het overtreden van de verboden uit artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU.

Tussenconclusie

52. Hiervoor heeft ACM beoordeeld of de in het bezwaarschrift van CEO Daalimpex genoemde gedragingen onderdeel uitmaakten van een totaalplan waarmee hetzelfde (mededingingsbeperkende) doel werd nagestreefd. Zowel ten aanzien van de gedragingen die zagen op het delen van informatie over de voorgenomen prijsverhogingen in 2007, 2008 en 2009, als ten aanzien van de gedragingen die zagen op de afspraak om elkaars klanten te respecteren, is ACM ook in heroverweging van oordeel dat met deze gedragingen een overeenkomstig doel werd nagestreefd. Dat doel was steeds: het verminderen van de concurrentiedruk om zo tarieven te verhogen en/of te voorkomen dat tarieven werden verlaagd. Ook als het betoog van CEO Daalimpex zou slagen en een gedeelte van de gedragingen een ander doel zouden hebben gehad, resteert een groot aantal gedragingen (alle gedragingen die zien op de uitvoering van de afspraak om elkaars klanten te respecteren) waarvan niet wordt betwist dat deze tot doel hadden om de concurrentiedruk te verminderen.³³ Naar het oordeel van

³⁰ Dossierstuk 97, bijlage 25.

³¹ Dossierstuk 90, bijlage 3.

³² Zie Rechtbank Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912, r.o. 8.

³³ Bestreden besluit randnummers 144-221.

Besluit Openbaar

ACM bewijzen deze gedragingen op zichzelf al het bestaan van een één enkele inbreuk.

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

3.3 CEO Daalimpex als feitelijk leidinggever

3.3.1 Algemeen

54. Nu de heroverweging geen aanleiding geeft de vaststelling van de overtreding of het daderschap van de rechtspersonen aan de overtreding te herroepen, komt ACM vervolgens toe aan de bezwaren van CEO Daalimpex tegen de vaststelling dat zij aan de door Daalimpex gepleegde overtredingen, feitelijk leiding heeft gegeven.
55. Op 26 april 2016 heeft de Hoge Raad een overzichtsarrest (ECLI:NL:HR:2016:733) gewezen over “feitelijk leidinggeven”. In dit arrest heeft de Hoge Raad het beoordelingskader dat hij eerder had gegeven ten aanzien van de vraag of een verdachte strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld ter zake van het feitelijk leidinggeven aan een door een rechtspersoon verrichte verboden gedraging, herhaald en verduidelijkt. Dit beslissingskader is voor de toepassing door ACM van het begrip feitelijk leidinggeven van overeenkomstige toepassing.
56. Bij de beoordeling van de vraag of iemand als feitelijk leidinggever strafrechtelijk aansprakelijk is voor een door een rechtspersoon begaan strafbaar feit, moet voorop worden gesteld dat uit de taalkundige betekenis van het begrip feitelijk leidinggeven enerzijds voortvloeit dat de enkele omstandigheid dat de verdachte bijvoorbeeld bestuurder van een rechtspersoon is, niet voldoende is om hem aan te merken als feitelijk leidinggever aan een door die rechtspersoon begaan strafbaar feit. Maar anderzijds is een dergelijke juridische positie geen vereiste, terwijl ook iemand die geen dienstverband heeft met de rechtspersoon feitelijk leidinggever kan zijn aan een door de rechtspersoon begaan strafbaar feit.
57. In dat kader heeft de Hoge Raad vier omstandigheden uiteengezet waaruit het feitelijk leidinggeven kan worden afgeleid:
1. actief en effectief gedrag van de verdachte dat onmiskenbaar binnen de gewone betekenis van het begrip feitelijk leidinggeven valt;
 2. indien de verboden gedraging het onvermijdelijke gevolg is van het algemene, door de verdachte (bijvoorbeeld als bestuurder) gevoerde beleid;
 3. het door de verdachte leveren van een zodanige bijdrage aan een complex van gedragingen dat heeft geleid tot de verboden gedraging en het daarbij nemen van een zodanig initiatief dat de verdachte geacht moet worden aan die verboden gedraging feitelijk leiding te hebben gegeven;
 4. indien door een meer passieve rol een verboden gedraging zodanig is bevorderd dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken. Dat kan in het bijzonder het geval zijn bij de

12/22

Besluit Openbaar

verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat.

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

3.3.2 Bezwaren CEO Daalimpex

59. CEO Daalimpex voert aan dat zij niet kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggevende. Zij betoogt geen leiding te hebben geven aan de verboden gedragingen die door Daalimpex zijn begaan. Volgens haar wist ze niet van de inhoud van de overnamegesprekken en werd ze gedwongen om samen te werken in plaats van te concurreren. Zij wijst er daarbij op dat een ander de werkelijke leiding had, dat ze geen schuld had aan de overtredingen en haar geen verwijtbaarheid treft en dat zij formeel noch informeel bestuurder was. Daarnaast wijst CEO Daalimpex er op dat zij geen wetenschap had van de inhoud van de contacten tussen de commercieel manager Daalimpex en de commercieel manager Kloosterboer.

3.3.3 Beoordeling ACM

60. Onbestreden is dat CEO Daalimpex in de periode van 12 februari 2008 tot 10 februari 2009 algemeen directeur en enig directielid was van Daalimpex Logistics B.V., Daalimpex Beheer B.V. en Daalimpex Holding B.V. Na het faillissement van de hiervoor genoemde vennootschappen (op 10 februari 2009) was CEO Daalimpex van 1 april 2009 tot 30 december 2010 directeur bij de Daalimpex-vennootschappen die door Kloosterboer zijn opgericht om een deel van de activiteiten van Daalimpex voort te zetten: Daalimpex Harlingen B.V., Daalimpex Vlissingen B.V. en Daalimpex Velsen B.V. De enkele omstandigheid dat CEO Daalimpex deze posities had binnen deze rechtspersonen is als zodanig niet voldoende om haar aan te merken als feitelijk leidinggever aan een door die rechtspersonen gepleegde verboden gedragingen. In het bestreden besluit zijn evenwel de omstandigheden opgesomd die – ook als haar rol als meer passief moet worden beschouwd - leiden tot de conclusie dat CEO Daalimpex de (voortdurende) verboden gedragingen zodanig heeft bevorderd dat sprake is geweest van feitelijk leidinggeven. CEO Daalimpex was immers bevoegd en ook redelijkerwijs gehouden maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen, maar heeft het nemen van zulke maatregelen achterwege gelaten.
61. ACM is van oordeel dat uit het dossier voldoende blijkt dat CEO Daalimpex op de hoogte was van de gedragingen door de rechtspersonen waarvan zij algemeen directeur en directielid was en welke gedragingen tezamen een enkele inbreuk vormden waarmee artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU is overtreden. Uit de in het bestreden besluit aangehaalde e-mailberichten en

Besluit Openbaar

documenten kan worden opgemaakt dat CEO Daalimpex - ondanks haar beweerde ondergeschikte positie - op de hoogte was van (het doel van) de verboden gedragingen die tezamen de één enkele inbreuk vormden en een aantal van deze gedragingen ook zelf heeft uitgevoerd.

62. Het bezwaar van CEO Daalimpex dat zij niet op de hoogte was van de inhoud van de correspondentie tussen de commercieel manager Daalimpex en de commercieel manager Kloosterboer doet aan het voorgaande niet af. CEO Daalimpex was immers wel op de hoogte van de afspraak tussen Daalimpex en Kloosterboer om elkaars klanten te respecteren en dat daarover contact plaatsvond tussen de commercieel manager Daalimpex en de commercieel manager Kloosterboer. Dat blijkt onder meer uit de in randnummer 137 van het bestreden besluit genoemde lunchafspraak die er op was gericht om de uitvoering van de afspraak tussen Daalimpex en Kloosterboer om elkaars klanten te respecteren goed te laten verlopen. Deze bijeenkomst werd door CEO Daalimpex georganiseerd en daarbij waren naast CEO Daalimpex ook [vertrouwelijk] en de commercieel managers van Daalimpex en Kloosterboer aanwezig. Uit een intern e-mailbericht van Kloosterboer waarin verslag wordt gedaan van deze lunchbijeenkomst blijkt dat is afgesproken dat bij aanvragen van klanten over en weer eerst contact zal worden opgenomen.³⁴ Dat deze afspraak voor een belangrijk deel werd uitgevoerd door de commercieel manager Daalimpex en de commercieel manager Kloosterboer, laat onverlet dat CEO Daalimpex daarvan op de hoogte was. De commercieel manager Daalimpex heeft verklaard dat hij gemiddeld één keer per dag bij CEO Daalimpex binnen liep om de lopende zaken te bespreken en dat de meeste offertes die werden afgegeven met CEO Daalimpex werden besproken.³⁵ De offertes die Kloosterboer-klanten aanvroegen bij Daalimpex moesten zelfs altijd met CEO Daalimpex worden besproken.³⁶ Daarnaast heeft CEO Daalimpex bevestigd dat zij eindverantwoordelijk was voor alle operaties binnen Daalimpex, dat zij het management team aanstuurde en dat de commercieel manager Daalimpex regelmatig aan haar "terugkoppelde".³⁷
63. In haar bezwaarschrift (randnummer 3.2) stelt CEO Daalimpex verder dat Eimskip de werkelijke leiding over Daalimpex voerde, in het bijzonder de CFO van Eimskip. Zoals in het bestreden besluit is opgemerkt (randnummer 364) staat het enkele feit dat er (hiërarchisch) hogere of meer verantwoordelijke leidinggevers zijn er niet aan in de weg om als leidinggever te kunnen worden aangemerkt.³⁸ Van een situatie waarin CEO Daalimpex niet bevoegd was maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen was geen sprake. CEO Daalimpex was als enig directeur zelfstandig bevoegd om namens Daalimpex te handelen en gaf ook in de praktijk leiding aan Daalimpex.³⁹ De directeur van Eimskip Nederland heeft in dit verband verklaard dat er weinig aansturing was vanuit Eimskip en dat Daalimpex alleen de financiële gegevens moest aanleveren.⁴⁰ Daarnaast blijkt uit een verslag van een bijeenkomst tussen

14/22

³⁴ Bestreden besluit randnummer 138.

³⁵ Dossierstuk 30, p. 2.

³⁶ Dossierstuk 30, p. 3

³⁷ Dossierstuk 8, p. 4.

³⁸ Hoge Raad 21 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC8948, r.o. 5.1.

³⁹ Dossierstuk 8, p.4.

⁴⁰ Dossierstuk 27, p. 7.

Besluit Openbaar

15/22

Daalimpex en Eimskip dat er gedurende 1,5 jaar geen vergadering is geweest met Daalimpex en de IJslandse aandeelhouder Eimskip.⁴¹

64. Ook het bezwaar van CEO Daalimpex dat zij altijd buiten de overname gesprekken is gehouden door Eimskip, doet geen afbreuk aan haar rol als feitelijk leidinggever van Daalimpex. Juridisch is slechts relevant of CEO Daalimpex op de hoogte was dat de gedragingen plaatsvonden en of zij bevoegd en redelijkerwijs gehouden was om maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedragingen en die maatregelen achterwege heeft gelaten. Hiervoor kwam ACM reeds tot de conclusie dat CEO Daalimpex op de hoogte was van de gedragingen en zij ook bevoegd en redelijkerwijs gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van de verboden gedragingen. Het verweer van CEO Daalimpex dat ze gedwongen zou zijn om samen te werken in plaats van te concurreren, slaagt evenmin, omdat daar op geen enkele manier van is gebleken, en CEO Daalimpex bovendien ook al voor die gestelde dwang betrokken was bij de verboden gedragingen.
65. Overigens constateert ACM dat uit bewijsmiddelen in het dossier wel degelijk blijkt dat CEO Daalimpex betrokken werd bij de overname gesprekken. Zo heeft CEO Daalimpex zelf verklaard soms wel bij deze gesprekken aanwezig te zijn geweest.⁴² Daarnaast blijkt uit een verslag van een vergadering tussen Eimskip en Daalimpex dat de directie van Eimskip voornemens is om samen met CEO Daalimpex af te spreken met Kloosterboer:

[vertrouwelijk] is asking whether Eimskip is meeting Kloosterboer. [vertrouwelijk] says not yet but that they probably will. [vertrouwelijk] mentions that it might be good to meet them together as this will concern Daalimpex and [vertrouwelijk] is responsible for Daalimpex. [vertrouwelijk] and [vertrouwelijk] both agree with this.⁴³

66. ACM komt in heroverweging dan ook tot de conclusie dat aan de vereisten voor feitelijk leidinggeven zoals ook in het hiervoor genoemde overzichtsarrest van de Hoge Raad zijn geformuleerd is voldaan. CEO Daalimpex is naar het oordeel van ACM terecht als feitelijk leidinggever aan de overtreding is aangemerkt. Er is geen grond voor het oordeel dat haar als feitelijk leidinggever geen verwijt kan worden gemaakt van de overtreding.

3.4 Beboeting

3.4.1 Bezwaren CEO Daalimpex

67. CEO Daalimpex stelt in haar bezwaarschrift (hoofdstuk 6) dat zij niet over voldoende draagkracht beschikt om de opgelegde boete(s) te kunnen voldoen. Ter onderbouwing van dit standpunt heeft CEO Daalimpex inzicht gegeven in haar financiële positie.
68. Daarnaast stelt CEO Daalimpex dat ACM het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door haar financiële positie af te leiden uit haar aanslag inkomstenbelasting 2013 (randnummer 6.4

⁴¹ Dossierstuk 90, bijlage 3.

⁴² Dossierstuk 76, p.2, p.4

⁴³ Dossierstuk 90, bijlage 3.

Besluit Openbaar

bezwaarschrift).

3.4.2 Beoordeling ACM

69. ACM is in het bestreden besluit voor de bepaling van de hoogte van de boete uitgegaan van de systematiek uit de Boetecode 2007.⁴⁴ ACM heeft de boetegrondslag vastgesteld aan de onderkant van de in randnummer 50 van de Boetecode 2007 genoemde bandbreedte van € 50.000 tot € 400.000. De rechtbank heeft op 30 juni 2016 geoordeeld dat de in de Boetecode 2007 gemaakte keuze ten aanzien van het vaststellen van de boetegrondslag in beginsel niet in strijd is met artikel 57 van de Mw en evenmin onredelijk is.⁴⁵
70. CEO Daalimpex heeft ook niet betwist dat de boetegrondslag, gezien de ernst en de duur van de overtreding, evenredig en redelijk is. Zij stelt zich uitsluitend op het standpunt dat ACM onvoldoende rekening heeft gehouden met haar draagkracht. Hierna zal ACM daarom alleen ingaan op de vraag of de draagkracht van CEO Daalimpex er toe moet leiden dat de opgelegde boete wordt gematigd.
71. In heroverweging beoordeelt ACM de draagkracht van CEO Daalimpex ex-nunc.⁴⁶ Daarbij geldt wel dat wanneer wijzigingen in de (financiële) positie van de overtreder hebben plaatsgevonden na het moment van de boeteoplegging, ACM in haar beoordeling de context zal betrekken waarbinnen deze wijzigingen hebben plaatsgevonden. De financiële gegevens die CEO Daalimpex op 17 februari 2016 heeft aangeleverd, zullen hierna dan ook, samen met de aanvullende gegevens die CEO Daalimpex op verzoek van ACM heeft overgelegd⁴⁷, worden betrokken bij de heroverweging van de boetehoogte.
72. Bij de heroverweging van de boetehoogte naar aanleiding van het draagkrachtverweer van CEO Daalimpex is het volgende toetsingskader van belang. Uitgangspunt is dat het wettelijk vastgestelde boetemaximum in beginsel voldoende waarborg biedt tegen onevenredige beboeting in verhouding tot de draagkracht van een overtreder.⁴⁸ Daarnaast brengt het rekening houden met de vermogenspositie van een overtreder niet met zich dat ACM gehouden is bij het ontbreken van een relevant vermogen geen of een zeer lage boete op te leggen, omdat daarmee het bestraffende effect van die boete geheel of grotendeels ongedaan zou worden gemaakt.⁴⁹ Tenslotte zal in dit besluit het draagkrachtverweer van CEO Daalimpex in samenhang moeten worden beoordeeld met hetzelfde verweer dat in zaak 15.0328.31 is gevoerd.
73. ACM neemt bij de beoordeling van de draagkracht van CEO Daalimpex in aanmerking haar inkomen uit loon (€ [vertrouwelijk] bruto) en de volgende vermogensbestanddelen:
- Saldo private banking spaarrekening: € [vertrouwelijk]

16/22

⁴⁴ NMa Boetecode 2007, Strc. 29 juni 2007, nr. 123; Strct. 10 oktober 2007, nr. 196.

⁴⁵ ECLI:NL:RBROT:2016:4858

⁴⁶ Zie ook: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:685.

⁴⁷ E-mailberichten van 6, 11 en 17 juli 2016.

⁴⁸ Rb. Rotterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4858.

⁴⁹ Rb. Rotterdam 11 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BV6796.

Besluit Openbaar

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

74. Naar het oordeel van ACM brengt de omstandigheid dat CEO Daalimpex wellicht niet direct en in één keer de boetes kan betalen die in het bestreden besluit en het besluit in zaak 15.0328.31 zijn opgelegd, niet met zich dat één van die boetes moet worden gematigd. Er is immers de mogelijkheid om een betalingsregeling te treffen. Relevant is of CEO Daalimpex gezien haar inkomen en vermogen binnen een redelijke termijn die boetes kan voldoen. Daar is volgens ACM sprake van, gezien haar privé vermogen en haar inkomsten uit loon.
75. Naast de hiervoor genoemde vermogensbestanddelen bezit CEO Daalimpex [vertrouwelijk]% van de aandelen in de financiële holding genaamd [vertrouwelijk]. Deze holding waar CEO Daalimpex tevens bestuurder van is, bezit een groot deel van de aandelen ([vertrouwelijk]%) in de financiële holding [vertrouwelijk]. [vertrouwelijk] is op haar beurt weer bestuurder en enig aandeelhouder van een viertal ondernemingen in de logistieksector: [vertrouwelijk]. De waarde van de aandelen [vertrouwelijk] staan, samen met de aandelen in een andere deelneming ([vertrouwelijk]), in de conceptjaarrekening van [vertrouwelijk] over het jaar 2015 voor € [vertrouwelijk] op de balans.⁵⁰ Naar het oordeel van ACM stelt het aandeelhouderschap van CEO Daalimpex in [vertrouwelijk] haar in staat om vermogen aan te trekken.
76. Ten aanzien van het bezwaar van CEO Daalimpex dat ACM het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden door uit te gaan van de draagkracht van CEO Daalimpex zoals bleek uit de belastingaangifte over 2013, merkt ACM het volgende op. Bij het vaststellen van de boetehoogte in het primaire besluit heeft ACM rekening gehouden met de financiële positie van CEO Daalimpex zoals die op dat moment bekend was. Per brief van 3 september 2015 heeft ACM CEO Daalimpex verzocht om in verband met het mogelijk opleggen van een bestuurlijke boete de meest recente informatie omtrent haar inkomen en vermogen te verschaffen.⁵¹ In reactie op deze brief heeft CEO Daalimpex op 14 september 2015 de aanslag inkomstenbelasting over 2013 verstrekt. ACM heeft bij het vaststellen van de financiële positie (en draagkracht) van CEO Daalimpex in het bestreden besluit dan ook gebruik gemaakt van deze door haar aangeleverde informatie.
77. Nadat ACM het bestreden besluit had genomen, is door CEO Daalimpex aanvullende informatie over haar financiële positie aangeleverd.⁵² Het gaat hier om stukken die allemaal reeds beschikbaar waren op het moment waarop ACM CEO Daalimpex heeft verzocht om de meest recente informatie omtrent haar inkomen en vermogen aan te leveren. Aangezien het op de weg lag van CEO Daalimpex om in verband met haar draagkrachtverweer inzicht te geven in haar inkomen en vermogen, is ACM van oordeel dat niet onzorgvuldig is gehandeld door bij de boeteoplegging de gegevens over de inkomens- en vermogenspositie van CEO Daalimpex in

⁵⁰ Over de aandelen [vertrouwelijk] heeft CEO Daalimpex verklaard dat de enige investering van [vertrouwelijk] een investering in [vertrouwelijk] betreft. [vertrouwelijk] is geen winstgevende organisatie en deze aandelen kunnen niet verkocht worden.

⁵¹ Dossierstuk 134.

⁵² Dossierstuk 157.

Besluit Openbaar

2013 te betrekken die zij zelf heeft aangeleverd. De na het bestreden besluit door CEO Daalimpex aangeleverde gegevens heeft ACM logischerwijs niet kunnen betrekken bij de vaststelling van de hoogte van de boete in het bestreden besluit.

3.5 Procedurele aspecten

3.5.1 Bezwaren CEO Daalimpex

Verdedigingsbeginsel

78. CEO Daalimpex stelt in haar rechten van verdediging te zijn geschaad omdat zij niet kan beschikken over al het oorspronkelijk bij Daalimpex gevorderde bewijsmateriaal (randnummer 3.38 bezwaarschrift).

Één zaak / ne bis in idem

79. Volgens CEO Daalimpex worden de bewijsmiddelen die in randnummers 122, 123, 134, 135 en 139 van het bestreden besluit worden genoemd ook opgevoerd in de ‘viszaak’ (zaak met nummer 15.0328.31). Dat zou erop duiden dat ACM de bewijsmiddelen door elkaar haalt of dat beide zaken als één zaak beschouwd moeten worden. In dit geval leidt dit volgens CEO Daalimpex tot de conclusie dat in één van beide zaken de boete is opgelegd in strijd met het ne bis in idem beginsel.

Willekeur

80. ACM heeft volgens CEO Daalimpex gehandeld in strijd met het verbod op willekeur, door in de ‘Betuwe-zaak’ geen boetes op te leggen aan de personen die in het onderzoeksrapport in die zaak zijn geïdentificeerd als feitelijk leidinggevers.⁵³ Daarnaast stelt CEO Daalimpex dat ACM haar niet in de gelegenheid heeft gesteld om in deze zaak een “vereenvoudigde procedure” te doorlopen. Van het aftasten om tot een gedeelde opvatting van de overtreding te komen is geen sprake geweest.

3.5.2 Beoordeling ACM

Verdedigingsbeginsel

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

82. Uit vaste rechtspraak van het College van beroep voor het bedrijfsleven volgt dat ondernemingen die van ACM een boete opgelegd hebben gekregen en zich daartegen verweren, niet zonder meer toegang hebben tot stukken die ACM niet ten grondslag heeft gelegd aan zijn besluit. Alleen als de onderneming (of zoals in dit geval de feitelijk leidinggever) motiveert waarom stukken, die zich bevinden in andere dossiers dan waarop ACM het boetebesluit heeft gebaseerd, voor haar verdediging van belang zijn, kunnen dergelijke stukken

⁵³ Bezwaarschrift r.r. 5.1-5.11.

Besluit Openbaar

worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken zoals bedoeld in artikel 7:4, tweede lid, Awb.⁵⁴

83. In dit geval ziet het integrale verzoek om toegang tot alle bij Daalimpex veiliggestelde stukken op een zeer omvangrijke set van gegevens. Ten aanzien van deze stukken heeft CEO Daalimpex slechts in algemene zin en zeer summier aangegeven waarom deze van belang zouden kunnen zijn voor haar verdediging. Al tijdens de primaire fase heeft ACM CEO Daalimpex verzocht om dit verzoek nader te specificeren en te motiveren, zodat ACM zou kunnen beoordelen welke stukken eventueel aan het dossier hadden kunnen worden toegevoegd. Omdat CEO Daalimpex heeft nagelaten haar verzoek nader te specificeren en te motiveren, is het verzoek door ACM afgewezen.⁵⁵
84. ACM is desondanks tijdens de bezwaarprocedure bereid geweest om aan het verzoek tot inzage in stukken buiten het dossier tegemoet te komen, echter wel op een zodanige wijze dat jegens de eigenaar van deze stukken (Kloosterboer) de geheimhouding van (bedrijfs)vertrouwelijke stukken kon worden gegarandeerd. ACM heeft CEO Daalimpex daarom een voorstel gedaan waarin deze beide belangen waren verenigd.⁵⁶ Dit voorstel hield in dat de advocaat van CEO Daalimpex (onder geheimhouding) toegang zou krijgen tot alle digitale bestanden van CEO Daalimpex die zich in de onderzoeksdataset bevinden (dus de volledige mailbox van CEO Daalimpex en haar documenten, voor zover deze binnen de reikwijdte van het onderzoek vallen en geen geprivilegieerde gegevens bevatten). Deze dataset was op een simpele wijze digitaal te doorzoeken op steekwoorden en met een door ACM ter beschikking gesteld programma had de advocaat van CEO Daalimpex eenvoudig kunnen aangeven en motiveren welke stukken in voorkomend geval aan het dossier zouden moeten worden toegevoegd. Na een vertrouwelijkheidstoets had ACM de gevraagde stukken aan het dossier kunnen toevoegen, zodat CEO Daalimpex zelf de gelegenheid zou hebben tot inzage in deze stukken. Dit voorstel is door CEO Daalimpex afgewezen. CEO Daalimpex heeft vervolgens verzocht om integrale inzage in de bij Daalimpex veiliggestelde informatie.
85. Het verzoek van CEO Daalimpex om integrale inzage is door ACM afgewezen.⁵⁷ Door integrale inzage zou CEO Daalimpex inzicht krijgen in informatie die zich buiten de reikwijdte van het onderzoek bevindt. Deze schifting is immers pas na het veiligstellen van de gegevens door ACM gemaakt met behulp van voor het onderzoek relevante zoekvragen. Er bestaat volgens de hiervoor in randnummer 82 genoemde rechtspraak geen recht op integrale toegang tot gegevens die zich niet in het dossier bevinden. Dat geldt te meer nu CEO Daalimpex heeft nagelaten om te specificeren om welke gegevens het gaat en te motiveren waarom die gegevens van belang zijn voor haar verdediging. Integraal toegang verschaffen tot deze gegevens is bezwaarlijk omdat deze gegevens thans toebehoren aan Kloosterboer en deze gegevens zeer waarschijnlijk passages bevatten die als bedrijfsvertrouwelijk kunnen worden aangemerkt. Dit is des te meer van belang nu CEO Daalimpex inmiddels zelf een onderneming

19/22

⁵⁴ Zie: CbB 4 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521.

⁵⁵ Dossierstuk 131.

⁵⁶ Dossierstuk 180.

⁵⁷ Zie brief ACM van 3 juni 2016 met kenmerk: ACM/DJZ/2016/202816.

Besluit Openbaar

is gestart in de logistiek sector, hetgeen het gevaar van schadelijke gevolgen door de verstrekking van bedrijfsvertrouwelijke gegevens nog groter maakt.

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

Één zaak / ne bis in idem

87. In artikel 5:43 Awb is het beginsel van ne bis in idem neergelegd. Op grond daarvan legt ACM aan een overtreder geen bestuurlijke boete op als aan deze overtreder wegens dezelfde overtreding reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd.
88. Bij het bestreden besluit is CEO Daalimpex een bestuurlijke boete opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU gedurende de periode vanaf 12 februari 2008 tot en met 31 december 2009 op de markt voor de opslag en verwerking van vruchtensappen en –concentraten in koel- en/of vrieshuizen. Bij besluit 15.0328.31 van 22 december 2015 is CEO Daalimpex, gelijktijdig met het bestreden besluit, een bestuurlijke boete opgelegd wegens het feitelijk leidinggeven aan een overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU gedurende de periode van 1 oktober 2007 tot en met 4 juni 2009 op de markt voor de opslag van vis in koel- en/of vrieshuizen. Het betrof verschillende feitelijke gedragingen die plaatsvonden op verschillende, te onderscheiden (deel)markten en bij de verboden gedragingen waren verschillende partijen betrokken. De verboden gedragingen op beide (deel)markten hadden ook afzonderlijk van elkaar kunnen worden begaan. Dat die gedragingen desalniettemin in dezelfde periode plaatsvonden, maakt niet dat sprake is van strijd met artikel 5:43 Awb, nu een situatie als bedoeld in dat artikel zich niet voordoet.
89. Dat in beide zaken een aantal dezelfde bewijsmiddelen zijn opgenomen, doet geen afbreuk aan het vorenstaande. Deze bewijsmiddelen zijn in de onderhavige zaak gebruikt om de meer algemene en overkoepelde afspraak tussen Daalimpex en Kloosterboer om niet achter elkaars klanten aan te gaan te onderbouwen. In de zaak die zag op de opslag van vis (15.0328.31) zijn deze bewijsmiddelen alleen gebruikt ter illustratie van de aanloop naar de verboden gedragingen. In beide zaken is met verschillende onderscheidenlijke gedragingen uitvoer gegeven aan de mededingingsbeperkende afspraken.
90. ACM is dan ook van oordeel dat het opleggen van een bestuurlijke boete bij het bestreden besluit naast het opleggen van een bestuurlijke boete bij het andere besluit van 22 december 2015 geen dubbele bestraffing van dezelfde overtreding oplevert.

20/22

Besluit Openbaar

Willekeur

91. De keuze om een boete op te leggen aan een feitelijk leidinggever behoort tot de discretionaire bevoegdheid van ACM. Naar het oordeel van ACM was er in de door CEO Daalimpex genoemde “Betuwe-zaak” onvoldoende grond om de in het rapport als feitelijk leidinggevers aangemerkte personen daadwerkelijk aan te merken als feitelijk leidinggever en ze daarvoor een boete op te leggen.
92. Voor zover CEO Daalimpex stelt dat zij geen gelegenheid heeft gehad om serieus een zogenaamde “vereenvoudigde procedure” te doorlopen, kan ACM CEO Daalimpex niet volgen. ACM wijst er op dat CEO Daalimpex in deze zaak op 27 maart 2015 is uitgenodigd om deel te nemen aan een “vereenvoudigde afdoening” van de zaak.⁵⁸ CEO Daalimpex heeft deze uitnodiging geaccepteerd en ACM heeft haar een toelichting gegeven op de voor deze procedure geldende voorwaarden. Één van deze voorwaarden was dat ACM de vereenvoudigde afdoening zou beëindigen wanneer ACM tot de conclusie zou komen dat een gedeeld beeld over de feiten en de overtreding niet haalbaar zou zijn. Omdat ACM niet met alle partijen binnen een redelijke termijn tot een op basis van het rapport gedeeld beeld van de overtreding is gekomen, heeft ACM per brief van 21 juli 2015⁵⁹ aan CEO Daalimpex laten weten dat de zaak niet voor vereenvoudigde afdoening in aanmerking kwam en de reguliere procedure te zullen hervatten. Het gegeven dat dit in de andere procedures anders gelopen is, valt niet als schending van het verbod op willekeur te kwalificeren.
93. Met betrekking tot de 10% boetevermindering die ACM wel heeft toegekend aan Kloosbeheer, maar niet aan CEO Daalimpex, merkt ACM op dat de boetevermindering van 10% in die zaak gezien de medewerking van de betreffende partij aan het boete-traject redelijk is. CEO Daalimpex, heeft in tegenstelling tot Kloosbeheer, haar betrokkenheid bij de overtreding niet erkend. Gezien de ongelijkheid van deze gevallen kan er geen sprake kan zijn van schending van het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast is van belang dat ACM - gezien de bijzondere context en het complex van feiten - CEO Daalimpex tot aan de hoorzitting in de gelegenheid heeft gesteld om de juridische procedure tegen de boeteoplegging te beëindigen, waarna ACM de boete met 10% zou hebben gereduceerd. CEO Daalimpex heeft van deze mogelijkheid geen gebruik willen maken.

21/22

⁵⁸ Dossierstuk 122.

⁵⁹ Dossierstuk 125.

**Besluit
Openbaar**

4 Dictum

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart ongegrond de bezwaren van CEO Daalimpex;
- II. wijst het verzoek op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb, tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure af.

Den Haag, 30 augustus 2016

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

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

W.g.

dr. F.J.H. Don
Bestuurslid

22/22

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.