

PUBLIEKE VERSIE

Auditoraat

Beslissing n° BMA-2017-I/O-07-AUD van 22 maart 2017

Zaak MEDE-I/O-13/0001 : Algist Bruggeman N.V.

Inhoudsopgave

I. BETROKKEN ONDERNEMING	3
II. PROCEDURE	3
III. ONDERZOEK	4
III.1 BETROKKEN PRODUCTEN	4
III.2 MARKTSITUERING	5
<i>III.2.1 Leveranciers van gist</i>	5
<i>III.2.2 Distributiekkanalen en afnemers van verse gist</i>	6
III.3 AANGEKLAAGDE PRAKTIJEN	7
<i>III.3.1 Aard en omvang van de inbreuken</i>	7
<i>III.3.2 Functionering van de inbreuken</i>	8
III.3.2.a Beperking van de intrabrand mededinging middels verticale prijsbinding en klantentoewijzing	8
III.3.2.b Beperking van de interbrand mededinging	9
III.4 GEOGRAFISCHE OMVANG VAN DE AANGEKLAAGDE PRAKTIJEN	14
III.5 DUUR VAN DE PRAKTIJEN	14
III.6 BEWIJZEN	14
IV. JURIDISCHE ANALYSE	15
IV.1 DEFINITIE VAN DE RELEVANTE MARKT	15
<i>IV.1.1 De relevante productmarkt</i>	15
IV.1.1.a Beschikkingspraktijk van de Europese Commissie	15
IV.1.1.b Eigen onderzoek	15
IV.1.1.c Algemene conclusie met betrekking tot de relevante productmarkt	16
<i>IV.1.2 De relevante geografische markt</i>	16
IV.1.2.a Beschikkingspraktijk van de Europese Commissie	16
IV.1.2.b Eigen onderzoek	17
IV.2 MARKTAANDELEN	18
IV.3 TOEPASSING VAN ARTIKEL 101 VWEU EN/OF ARTIKEL IV.1 WER	18
<i>IV.3.1 Verticale overeenkomsten</i>	18
IV.3.1.a Inleiding	18
IV.3.1.b Verticale prijsbinding	20

IV.3.1.c Klantentoewijzing	21
IV.3.1.d Exclusieve afnameovereenkomsten op lange termijn met bakkerijen	22
IV.4 NIET-TOEPASBAARHEID VAN ARTIKEL IV.1 §3 EN/OF ARTIKEL 101, LID 3 VWEU	23
IV.5 TOEPASSING VAN ARTIKEL 102 VWEU EN/OF ARTIKEL IV.2 WER	24
<i>IV.5.1 Machtspositie</i>	<i>24</i>
IV.5.1.a Principes	24
IV.5.1.b Toepassing op onderhavige zaak	24
<i>IV.5.2 Misbruik van machtspositie</i>	<i>25</i>
IV.5.2.a Exclusiviteits- en loyaliteitskortingen t.a.v. distributeurs	26
IV.5.2.b Geïndividualiseerde doelkortingen ten aanzien van distributeurs	27
IV.5.2.c Exclusieve afnameovereenkomsten op lange termijn met bakkerijen	27
IV.5.2.d Selectieve prijskortingen ten aanzien van bakkerijen	28
IV.5.2.e Ondermijning van reputatie van Enzym-gist	29
IV.5.2.f De vermelding als distributeur van Enzym-gist	30
IV.5.2.g Conclusie	31
V. MERKBARE BEÏNVLOEDING VAN DE MEDEDINGING OP DE BELGISCHE MARKT EN EFFECT OP DE HANDEL TUSSEN LIDSTATEN	31
V.1 PRINCIPES	31
V.2 TOEPASSING OP DE ZAAK	32
VI. ENKELE EN VOORTDURENDE INBREUK	33
VI.1 PRINCIPES	33
VI.2 TOEPASSING VAN DE PRINCIPES IN DE ZAAK	33
VII. SANCTIE	34
VII.1 TOEPASSELIJKE RICHTSNOEREN	34
VII.2 BOETEBEREKENING	34
<i>VII.2.1 Principe van bepaling van boetes</i>	<i>34</i>
<i>VII.2.2 Basisbedrag van de boete</i>	<i>34</i>
VII.2.2.a Berekeningsbasis en referentiejaar	34
VII.2.2.b Ernst van de inbreuk	35
VII.2.2.c Duur van de inbreuk	35
VII.2.2.d Berekening van het basisbedrag	35
VII.2.2.e Aanpassing in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden	35
VII.3 WETTELIJK MAXIMUM VAN DE BOETE	35
VII.4 VERMINDERING BOETE VANWEGE TRANSACTIE	36
VII.5 [...]	36
VII.6 UITEINDELIJKE BOETE OPGELEGD AAN DE ONDERNEMING IN HET KADER VAN HUIDIGE TRANSACTIEPROCEDURE	36
VII.7 STOPZETTING INBREUK	36
VIII. BESLISSING	37

I. Betrokken onderneming

1. De betrokken onderneming betreft Algist Bruggeman N.V.¹ met maatschappelijke zetel gelegen te Langerbruggekaai 37, 9000 Gent evenals de moederonderneming L.H.B. S.A./N.V., geregistreerd in België, haar respectievelijke moederonderneming Compagnie des Levures Lesaffre S.A., geregistreerd in Frankrijk, en haar respectievelijke moederonderneming Lesaffre et Compagnie S.A., geregistreerd in Frankrijk (hierna gezamenlijk : “Algist Bruggeman”).

II. Procedure

2. In de loop van 2012 ontving het toenmalige Auditoraat bij de Raad voor de Mededinging informatie omtrent vermeend mededingingsbeperkend gedrag door Algist Bruggeman wat betreft de verkoop van bakkersgist in België, al dan niet in overleg met bepaalde distributeurs.
3. Op basis van deze informatie werd op 3 januari 2013 een ambtshalve onderzoek geopend onder zaaknummer MEDE-I/O-13/0001. Van 18 juni tot en met 24 juni 2013 vonden er huiszoeken plaats bij Algist Bruggeman en bij één van haar distributeurs.
4. Bij brief van 2 februari 2016 heeft het Auditoraat, in toepassing van artikel IV.51 WER², de betrokken onderneming uitgenodigd om aan te geven of deze bereid was gesprekken te voeren met het oog op een transactie.
5. Bij brief van 10 februari 2016 heeft de betrokken onderneming bevestigd dat zij bereid was gesprekken te voeren met het oog op een transactie.
6. Bij brief van 11 februari 2016 heeft het Auditoraat, in toepassing van artikel IV.52 WER, het voornemen bevestigd om gesprekken te voeren in het kader van een transactieprocedure en heeft daarbij de betrokken onderneming het minimum- en maximumbedrag van de geldboete meegedeeld die het overwoog voor te stellen aan het Mededingingscollege. In bijlage bij voormelde brief werd conform artikel IV.52 WER de mededeling van bezwaren meegedeeld alsook de toegang tot het bewijsmateriaal dat hiervoor werd gebruikt, evenals alle niet-vertrouwelijke versies van documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek werden verkregen.
7. Transactiesprekken met betrekking tot de bezwaren hebben plaatsgevonden van april 2016 tot en met juli 2016.
8. Op 22 december 2016 heeft het Auditoraat de mededeling ex artikel IV.53 en IV.54 WER gedaan en tevens ex artikel IV.53 WER gevraagd een transactieverklaring over te maken uiterlijk op 6 januari 2017.

¹ Ondernemingsnummer: 0434.963.737.

² Boek IV “Bescherming van de mededinging” van het Wetboek van Economisch Recht, inwerkingtreding op 6 september 2013 (B.S. 6 september 2013, blz. 63089 e.v.) (hierna: “WER”).

9. Op 6 januari 2017 heeft Algist Bruggeman een transactieverklaring afgelegd waarin zij haar betrokkenheid en verantwoordelijkheid bij de aangehaalde inbreuk erkennen en de voorgestelde sanctie van het Auditoraat aanvaarden.
10. Op 12 januari 2017 heeft het Auditoraat, in toepassing van artikel IV.55 WER, de Europese Commissie in kennis gesteld van het ontwerp van de transactiebeslissing.
11. Op 22 februari 2017 heeft het Auditoraat, in toepassing van artikel IV.54 WER, een ontwerp van transactiebeslissing aan Algist Bruggeman overgemaakt waarbij de geldboete werd bepaald.
12. Op 8 maart 2017, heeft Algist Bruggeman erkend dat de ontwerpbeslissing de inhoud weergeeft van de door hen met het oog op een transactie gedane verklaringen, en dat zij de in het ontwerp bepaalde sanctie aanvaarden.
13. Het onderzoek werd gevoerd door de heer Jellis De Coninck en mevrouw Katrijn De Vliegheer, attachés bij de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna: "BMA"). De heer Antoon Kyndt werd als bevoegde auditeur aangesteld in onderhavige zaak. Overeenkomstig artikel IV.29 WER, werd de heer Bert Stulens, auditeur bij de BMA, op 6 september 2013 aangeduid als tweede auditeur die deel uitmaakt van de cel die wordt samengesteld voor elke zaak die de BMA beslist te behandelen.

III. Onderzoek

III.1 Betrokken producten

14. Gistproductie bestaat uit reproductie van gistcellen door celdeling (uit een oorspronkelijke "moedergist"). Aan het begin van het proces wordt een fermentor gevuld met melasse (een suikerrijk stroopachtig bijproduct uit de suikerproductie), voedingsstoffen en water. Daarop wordt een specifieke stam van gist geënt. Deze massa groeit dan verder uit tot een basis gistproduct. Na de fermentatie worden de gistcellen gescheiden van de fermentatievloeistof en geconcentreerd. Dit proces resulteert in een gist met ongeveer 15-25%³ droge stof. Deze gist wordt gistroom (Frans: "crème de levure") genoemd. Het wordt beschouwd als een tussenproduct en wordt niet als dusdanig verkocht. Gist wordt daarna gekoeld, opgeslagen en kan daarbij worden verkocht als niet-gestabiliseerde vloeibare (verse) gist in bulkvorm.
15. Gistroom kan verder verwerkt worden via filtering, stabilisering en verwijdering van overtollig water. Gistroom die voortkomt uit het hierboven beschreven productieproces kan aldus verder verwerkt worden tot (gestabiliseerde) vloeibare gist, geperste gist alsook droge gist.
16. Na extrusie en samenpersing verkrijgt men geperste (verse) gist. Vervolgens wordt deze gist versneden, verpakt en gekoeld (en daarbij als "blokgist" verkocht). Blokgist wordt in hoofdzaak aan artisanale bakkerijen verkocht.
17. Huidige zaak betreft verse gist, meer bepaald gestabiliseerde vloeibare en geperste gist. Met vloeibare gist in bulkvorm en droge gist wordt geen rekening gehouden.

³ [...]

ij) Vloeibare (verse) gist⁴

18. Vloeibare gist wordt vooral door industriële klanten gebruikt zoals het wordt geleverd (in bulkvorm) en is daarom geschikt voor een geautomatiseerd productieproces.
19. Vloeibare gist wordt in België echter eveneens verkocht aan (semi-)industriële bakkerijen in een gestabiliseerde vorm in containers (gaande van 300kg tot 1000kg). Daarnaast bestaan er eveneens kleinere (wegwerp)containers - door Algist Bruggeman verkocht onder de naam 'Kastalia'⁵ - die bedoeld zijn voor artisanale bakkerijen en vergelijkbaar zijn met wijnvaatjes met een tapkraan.
20. Vloeibare gist wordt voornamelijk gebruikt door (semi-)industriële bakkerijen aangezien enkel deze bakkerijen zich de kosten van de noodzakelijke uitrusting (gekoelde opslagcontainers) kunnen veroorloven. Er zijn echter (semi-)industriële bakkerijen die eveneens geperste gist gebruiken.

ii) Geperste (verse) gist

21. Geperste gist wordt vooral gebruikt door bakkerijen die niet de vereiste omvang hebben om de nodige apparatuur te kopen of de vereiste volumes hebben om het gebruik van vloeibare gist te rechtvaardigen.⁶

III.2 Marktsituering

III.2.1 Leveranciers van gist

22. Algist Bruggeman is de grootste leverancier van gistproducten in België.
23. Gedurende de inbreukperiode bestond het productportfolio van Algist Bruggeman voor artisanale bakkerijen hoofdzakelijk uit de merken Bruggeman (Plus⁷) en Zymaron evenals het vloeibare gistdoseersysteem Kastalia.
24. De tweede grootste leverancier van gistproducten in België is de onderneming AB Mauri Belgium N.V.⁸, een dochteronderneming van Associated British Foods plc (ABF). Het merkenportfolio van AB Mauri bevat als voornaamste merken Koningsgist, Mondial en het budget-merk Levareal.
25. De derde grootste leverancier van gistproducten in België is de onderneming Ranson N.V.⁹. Ranson verkoopt als distributeur verschillende bakkerijgrondstoffen. Ranson verkoopt naast gistproducten van Algist Bruggeman en AB Mauri ook gist onder een eigen merk, genaamd Atlas. Deze gist wordt huidig door een buitenlandse producent vervaardigd.

⁴ Vloeibare verse gist wordt hierna vermeld als vloeibare gist, ofwel in bulkvorm ofwel gestabiliseerd. Met betrekking tot vloeibare gist betreft de huidige zaak enkel gestabiliseerde vloeibare gist en niet vloeibare gist in bulkvorm. Vloeibare gist in bulkvorm wordt hier enkel vermeld ter afbakening van de relevante producten.

⁵ Kastalia is daarbij het enige beschikbare vloeibare gistproduct voor artisanale bakkerijen en Algist Bruggeman de enige onderneming actief op de Belgische markt die huidig een vloeibaar gistproduct aanbiedt aan artisanale bakkerijen.

⁶ Buiten een koelruimte om de geperste gist op te slaan, heeft een bakkerij geen specifieke apparatuur nodig om geperste gist te gebruiken.

⁷ Een upgrade van het merk Bruggeman naar Bruggeman Plus werd op de markt gebracht in 2008. Het merk Bruggeman werd daarbij in 2009 van de markt gehaald.

⁸ Ondernemingsnummer: 0445.735.784.

⁹ Ondernemingsnummer: 0415.042.808.

26. De recentste leverancier van gistproducten in België is de onderneming Basic Bakery B.V.B.A.¹⁰ (hierna: "Basic Bakery"). Basic Bakery werd in januari 2008 opgestart door een voormalige werknemer van Algist Bruggeman. Basic Bakery heeft een exclusiviteitscontract voor de Belgische en Luxemburgse markt van een soort blokgist, genaamd Enzym-gist die hoofdzakelijk wordt verkocht onder de merknaam Extra. De onderneming stelt zich op als een prijsbreker.

III.2.2 Distributiekkanalen en afnemers van verse gist

27. Er wordt inzake bakkerijen een onderscheid gemaakt tussen (i) een industrieel, (ii) een semi-industrieel/semi-artisanal¹¹ en (iii) een artisanal segment, waarbij de segmentering afhankelijk is van de broodproductie van de betrokken bakkerij. Het onderscheid tussen een semi-artisanale en artisanale bakkerij blijkt niet altijd even scherp afgelijnd te zijn, maar wordt desalniettemin algemeen aanvaard binnen de sector.
28. Het industrieel segment van de markt (m.a.w. industriële bakkerijen) wordt in de regel rechtstreeks beleverd door de leverancier zelf omwille van de grote volumes. Dit segment is verder niet relevant voor huidige beslissing.
29. Wat de semi-artisanale en artisanale segmenten van de markt betreft, wordt verse gist via een uitgebreid netwerk van distributeurs verdeeld.
30. Het artisanale segment vertegenwoordigt daarbij ongeveer 50% van de Belgische markt maar vertoont een aanhoudende (licht) dalende tendens.
31. Verse gist heeft een bijzondere strategische meerwaarde voor een distributeur. Gezien de wekelijkse levering (wegens de beperkte houdbaarheid) doet gist dienst als een toegangskanaal bij bakkerijen die de verkoop van andere bakkerijproducten uit het gamma van de desbetreffende distributeur kan vergemakkelijken.
32. Distributeurs gelden eveneens als de aangewezen tussenpartij om klanten (artisanale bakkerijen en semi-artisanale bakkerijen) te kunnen bereiken. Immers, aangezien de leveringen op wekelijkse basis gebeuren, zouden individuele rechtstreekse leveringen door een producent/importeur - gelet op het aantal bakkerijen, de geografische spreiding ervan en het beperkt afgenomen volume per bakkerij - een aanzienlijk hogere distributiekost vertegenwoordigen. Als gevolg daarvan zijn mogelijke concurrenten voor leveringen aan artisanale en semi-artisanale bakkerijen aangewezen op distributeurs.
33. De meeste distributeurs beperken zich omwille van historische redenen tot een regionaal afzetgebied. Slechts enkele distributeurs hebben de vereiste schaalgrootte voor een quasi-nationale dekkingsgraad.

¹⁰ Ondernemingsnummer: 0894.859.246.

¹¹ Zowel de termen semi-industrieel als semi-artisanal worden gehanteerd. Beide termen verwijzen echter naar hetzelfde soort klantenprofiel. Hierna wordt de term semi-artisanal gehanteerd.

III.3 Aangeklaagde praktijken

III.3.1 Aard en omvang van de inbreuken

34. Algist Bruggeman positioneert zich als een leverancier van kwalitatief hoogwaardige gistproducten en dienstverlening met een overeenkomstige prijspositionering¹².
35. Deze prijspositionering wordt - wat de artisanale en semi-artisanale segmenten betreft - door Algist Bruggeman op peil gehouden via verticale prijsbinding naar distributeurs toe.
36. Via deze verticale prijsbinding - door middel van vaste (basis)wederverkooprijzen - wordt de intrabrand¹³ concurrentie tegengegaan aangezien distributeurs ervan worden weerhouden onderling te concurreren op prijs.
37. Verticale prijsbinding resulteert principieel in een prijsstabiliteit¹⁴, die distributeurs in staat stelt hogere (gegarandeerde) distributeursmarges te behalen dan het geval zou zijn bij afwezigheid van verticale prijsbinding.
38. De distributeursmarges op verse gistproducten van Algist Bruggeman blijven echter gevoelig aan de mate en vorm van interbrand concurrentie¹⁵, in het bijzonder van merken van geperste gist met een lage(re) prijszetting.¹⁶
39. Wanneer één of enkele distributeur(s) deze lage prijs gistproducten zouden opnemen in hun portfolio, zou de interbrand concurrentie op prijs, kwaliteit en prestaties tussen deze merken binnen het gamma van deze distributeur er toe kunnen leiden dat (een deel van) de verkoopvolumes van de desbetreffende distributeur verschuiven naar lage prijs gistproducten waardoor de volumes en prijzen van de gistproducten van Algist Bruggeman bij de desbetreffende distributeur(s) sterk onder druk zouden komen te staan.¹⁷
40. Teneinde de hogere marges die worden beoogd via verticale prijsbinding te kunnen vrijwaren en prijsverlagingen en/of volumeverlies te vermijden, hanteerde Algist Bruggeman praktijken gericht op een uitsluiting en/of marginalisering van lage prijs gistproducten, in het bijzonder een selectieve kortingenpolitiek ten aanzien van bakkerijen, exclusieve lange termijn overeenkomsten met bepaalde bakkerijen, gebruik van loyaliteits¹⁸- en/of exclusiviteitskortingen evenals doelloze kortingen ten aanzien van bepaalde distributeurs, al dan niet gecombineerd met drukingsmiddelen en/of (dreigingen tot) sancties bij niet-naleving. Tenslotte is er ook sprake van ondermijning van reputatie en aanzetting tot protest bij de publieke vermelding als distributeur van een welbepaalde lage prijs concurrent, met name Basic Bakery.

¹² [...]

¹³ Intrabrand concurrentie betreft hier de concurrentie tussen verschillende distributeurs die hetzelfde merk distribueren.

¹⁴ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Publicatieblad C 130 van 19 mei 2010, §224 ("Ten vierde...").

¹⁵ Interbrand concurrentie betreft hier de onderlinge concurrentie tussen verschillende merken bij eenzelfde distributeur.

¹⁶ [...]

¹⁷ Daarbij wordt eveneens rekening gehouden met het feit dat distributeurs eerder volumes zullen verschuiven tussen de verschillende merken in hun portfolio in plaats van een merk te schrappen.

¹⁸ De term "loyaliteit" verwijst hier naar een gedeeltelijke exclusiviteit, waarbij distributeurs engagementen aangaan om lage prijs gistproducten niet op te nemen, niettegenstaande de mogelijke aanwezigheid van andere hoge kwaliteitsmerken buiten Algist Bruggeman in het gamma van de distributeur.

III.3.2 Functionering van de inbreuken

III.3.2.a Bepanking van de intrabrand mededinging middels verticale prijsbinding en klantentoe wijzing

41. Onderzoek door het Auditoraat heeft uitgewezen dat er sprake was van een verticale prijsbinding voor gesterpe gist en gestabiliseerde vloeibare gist van Algist Bruggeman die worden verkocht door distributeurs actief op de artisanale en semi-artisanale segmenten.
42. Concreet heeft Algist Bruggeman de wederverkoop prijs van deze soorten gist aan de eindafnemers (m.a.w. bakkerijen) bepaald.
43. Distributeurs werden daarbij aangemaand om voorafgaandelijk toestemming te vragen aan Algist Bruggeman om voor een specifieke klant te kunnen afwijken van de (advies)wederverkoop prijs.¹⁹
44. Algist Bruggeman verleende slechts toestemming aan distributeurs om af te wijken van de wederverkoop prijs in deze gevallen waar bakkerijen (overwogen om) over (te) schakel(d)en naar concurrerende gistproducten.
45. Kortingen die werden toegestaan aan bakkerijen werden daarbij (met uitzondering van de eerste [0-10]%, die werd gedragen door de distributeur) door Algist Bruggeman op een maandelijkse basis vergoed. Daartoe maakte Algist Bruggeman gebruik van zogenaamde “prospectielijsten”²⁰, d.i. een maandelijkse lijst van kortingen die een distributeur - met voorafgaande toestemming van Algist Bruggeman - had toegekend aan haar cliënteel en die Algist Bruggeman op een doorlopende maandelijkse basis vergoedde aan de distributeurs (met uitzondering van de bovenvermelde [0-10]%).
46. De distributeur kon weliswaar beslissen om een korting toe te staan zonder de voorafgaande toestemming van Algist Bruggeman, maar in dat geval zou deze hiervoor niet gecompenseerd worden door Algist Bruggeman. De korting zou dan volledig ten laste komen van de distributeur. Bovendien blijkt uit het onderzoeksdossier dat distributeurs die zelf besloten een verlaging van de wederverkoop prijs door te voeren in verscheidene gevallen werden gecontacteerd door de verkoopsvetegenwoordigers van Algist Bruggeman en herinnerd werden aan de wederverkoop prijzen.²¹
47. Deze voorafgaandelijke instemming gaf Algist Bruggeman de mogelijkheid om te bepalen (1) in welke gevallen een terugbetaling werd toegestaan, (2) evenals de hoogte van de korting²² (m.a.w. een maximale korting) die de distributeur in deze gevallen (met de financiële steun van Algist Bruggeman) mocht geven.
48. In verscheidene gevallen werd de korting en/of wederverkoop prijs rechtstreeks besproken en overeengekomen door verkoopsvetegenwoordigers van Algist Bruggeman.²³

¹⁹ [...]

²⁰ Deze lijsten bevatten alle (kortings)klanten per distributeur met vermelding van de hoogte van de toegekende korting, de verkochte volumes en eventuele commentaar naar aanleiding van commerciële acties.

²¹ [...]

²² De korting kan evenwel de vorm aannemen van een levering gratis gist.

²³ [...]

49. Tenslotte bevat het onderzoeksdossier bewijs van dreigementen tot onthouding van terugbetaling van kortingen toegekend via prospectielijsten in gevallen waar distributeurs zouden leveren aan te lage prijzen (m.a.w. zonder instemming van Algist Bruggeman).²⁴
50. Als ondersteuning van de vermelde verticale prijsbinding beoogde Algist Bruggeman dat een distributeur zijn eigen klanten exclusief zou beleveren en geen klanten van een andere distributeur van Algist Bruggeman zou benaderen.
51. Het onderzoek heeft aangetoond dat Algist Bruggeman, in gevallen waar de distributeur desalniettemin de klant van een andere distributeur benaderde, ofwel (extra) kortingen toekende aan de oorspronkelijke distributeur en/of kortingen niet toekende of verlaagde aan de distributeur die de klant had benaderd.²⁵
52. Andere voorbeelden betreffen dreigementen tot aanpassing van toekomstige interventies (m.a.w. aanpassing van prospectielijsten) of nog het feit dat bepaalde distributeurs gedwongen werden ten aanzien van overgenomen klanten "administratieve fouten" in te roepen.²⁶ Deze praktijken beoogden de klant terug te brengen naar hun aanvankelijke distributeur, wat gelijkstaat met een klantentoe wijzing.²⁷
53. In een specifiek geval werd er bij de jaarlijkse samenwerkingsvoorwaarden overeengekomen om de volumes van merken van Algist Bruggeman bij andere distributeurs niet te viseren.²⁸
54. Verder is er in bepaalde gevallen eveneens sprake van een ad-hoc klantenexclusiviteit²⁹ waarbij bakkerijen door Algist Bruggeman exclusief werden toegewezen aan een (andere) distributeur.
55. In deze gevallen werden er, op initiatief van Algist Bruggeman, klanten verplaatst naar een andere (exclusieve) distributeur of Algist Bruggeman zelf wanneer de verkoopvolumes bedreigd werden doordat de aanvankelijke distributeur van Algist Bruggeman lage prijs gistmerken in zijn gamma had opgenomen.³⁰

III.3.2.b Beperking van de interbrand mededinging

56. Onderzoek door het Auditoraat toont verder aan dat er sprake was van een reeks praktijken in hoofde van Algist Bruggeman die tevens gericht waren op uitsluiting en/of expansiebeperking van concurrerende lage prijs gistmerken. De verschillende praktijken die Algist Bruggeman hierbij hanteerde worden hieronder beschreven.

i) Geïndividualiseerde exclusiviteits- en loyaliteitsregelingen ten aanzien van distributeurs

57. Vanaf het jaar 2008, wanneer de exclusieve licentie voor de verkoop van het lage prijs gistmerk Enzym op de Belgische markt werd overgenomen door de nieuwe onderneming Basic Bakery, werd

²⁴ [...]

²⁵ [...]

²⁶ [...]

²⁷ Klantenverdeling betreft een mededingingsbeperkende praktijk waarbij de producent het gebied en/of de klanten aan wie de afnemer (distributeur) zijn goederen of diensten mag verkopen, wordt beperkt.

²⁸ [...]

²⁹ Klantenexclusiviteit betreft een in bepaalde gevallen mededingingsbeperkende praktijk waarbij de producent zijn producten slechts aan een afnemer (distributeur) zal verkopen zolang de wederverkoop plaatsvindt aan een welbepaalde klantenkring.

³⁰ [...]

Algist Bruggeman geconfronteerd met een groeiend aantal distributeurs die naast gistmerken van Algist Bruggeman (overwogen) eveneens Enzym-gist (te) verdelen.

58. Waar dalingen van volumes van Algist Bruggeman bij distributeurs te wijten waren aan de opname van lage prijs gistmerken door deze distributeurs hanteerde Algist Bruggeman, naargelang de situatie, geïndividualiseerde regelingen in diverse vormen in ruil voor exclusiviteit of loyaliteit, waaronder extra commerciële korting in ruil voor een weigering van distributie van Enzym-gist³¹, expliciete loyaliteitskortingen³², of bijkomende leveringen van gratis gist aan distributeurs³³ en/of het niet-doorrekenen van geplande prijsverhogingen in ruil voor een verdere loyaliteit/exclusiviteit³⁴ evenals onderlinge afspraken met distributeurs ter vrijwaring van het volume van Algist Bruggeman.³⁵
59. Bovendien werden er door Algist Bruggeman loyaliteitskortingen per kwartaal toegekend aan welbepaalde exclusieve distributeurs.³⁶
60. In verscheidene gevallen dreigde Algist Bruggeman eveneens met het stopzetten van financiële interventies en/of leveringen, om de loyaliteit van distributeurs af te dwingen indien nodig geacht.³⁷

ii) Geïndividualiseerde eindejaarskortingen ten aanzien van distributeurs

61. Verder heeft Algist Bruggeman eveneens geïndividualiseerde eindejaarskortingen aangeboden aan bepaalde distributeurs naargelang de geldende marktsituatie.
62. Deze eindejaarskortingen werden door Algist Bruggeman aan bepaalde distributeurs toegekend op basis van een geïndividualiseerde volumevereiste van quasi-100% van het voorafgaande jaar.³⁸ In bepaalde gevallen betrof de volumedoelstelling evenwel een groter volume dan het jaar daarvoor.³⁹ Deze kortingen werden met name ingezet bij deze distributeurs die grote volumes gistproducten van Algist Bruggeman verkochten.⁴⁰
63. Zulke kortingen beoogden dat deze distributeurs niet langer geneigd zouden zijn andere gistmerken op te nemen in hun gamma en/of te promoten teneinde de toekenning van de korting op het einde van het jaar niet te verliezen.

³¹ [...]

³² [...]

³³ [...]

³⁴ [...]

³⁵ [...]

³⁶ [...]

³⁷ [...]

³⁸ Niettemin kon de volumebepaling van de desbetreffende distributeur ten opzichte van een voorafgaand jaar variëren door externe factoren, bijvoorbeeld wanneer bepaalde sub-distributeurs rechtstreeks werden beleverd door Algist Bruggeman waardoor deze uit het volume van de desbetreffende distributeur werden gehaald of wanneer er rekening werd gehouden met een achteruitgang van de omvang van het (semi-)artisanale segment voor de markt van verse gist. Niettemin kunnen zulke variaties in volumebepaling de conclusie niet beïnvloeden dat deze eindejaarskortingen slechts werden toegekend mits de distributeur een 100%-engagement naar volume toe hanteerde.

³⁹ [...]

⁴⁰ [...]

iii) Exclusieve afnameovereenkomsten op lange termijn met bakkerijen

64. In de overeenkomsten voor Kastalia⁴¹ werden standaardclausules gehanteerd met een minimale duur van [1-5] jaar dat werd verbonden aan het behalen van een individueel te speciëren afnamehoeveelheid die minimaal 100% van het gemiddelde jaarlijkse volume van de desbetreffende bakkerij betrof⁴². De overeenkomst werd automatisch verlengd voor eenzelfde periode indien de minimumafnamehoeveelheid niet werd bereikt in de initiële periode. In het ander geval werd de overeenkomst stilzwijgend verlengd voor [1-5] jaar tenzij de klant de overeenkomst twee maand op voorhand opzegde.
65. Verder bevatte de Kastalia-overeenkomst in de regel een clause waardoor de klant gedurende de looptijd van de contractuele overeenkomst uitsluitend van Algist Bruggeman - via zijn distributeur - gistproducten mocht afnemen, m.a.w. de klant werd contractueel gebonden zich te onthouden van bevoorrading met concurrerende gistproducten.⁴³
66. Indien de klant de overeenkomst vroegtijdig opzegde, was contractueel voorzien in de betaling van een saldo voor verwijdering van de installatie (die door Algist Bruggeman ter beschikking was gesteld) vermeerderd met een schadevergoeding voor gemaakte kosten en winstderving zoals bepaald in de individuele overeenkomsten.⁴⁴
67. De overeenkomsten voor de 300l-gistdoseerinstallaties⁴⁵ van Algist Bruggeman, bedoeld voor (semi-) artisanale bakkerijen met een wekelijks verbruik van >200l, bevatten gelijkaardige clausules.
68. Deze overeenkomsten hadden een initiële duur van minimum [5-15] jaar mits het bereiken van een individueel te speciëren afnamehoeveelheid die minimaal 100%⁴⁶ van het gemiddelde jaarlijkse volume van de desbetreffende bakkerij betrof. Deze termijn werd automatisch verlengd zolang de afnamehoeveelheid niet werd bereikt.
69. Verder werd een clause opgenomen waarbij de bakkerij verplicht werd gedurende de looptijd van de overeenkomst enkel gistproducten van Algist Bruggeman af te nemen, zelfs buiten het gebruik van de ter beschikking gestelde apparatuur.⁴⁷
70. Daarbij had Algist Bruggeman bij een vroegtijdige opzegging door de bakkerij het recht de bakkerij te verplichten tot overname van de installatie mits betaling van een saldo vermeerderd met een forfaitaire schadevergoeding zoals bepaald in de individuele overeenkomst.⁴⁸

⁴¹ [commercieel beleid AB] Kastalia is een verdelingssysteem voor gestabiliseerde vloeibare gist voor gebruik bij kleine volumes (40 à 50-150kg/week). Geen enkele concurrent biedt een gelijkaardig product op de markt aan.

⁴² [commercieel beleid AB]

⁴³ [...]

⁴⁴ [...]

⁴⁵ Er bestaan verschillende soorten gistdoseerinstallaties naargelang het betrokken volume, met name 300l, 750l en 1000l gistdoseerinstallaties. De contractuele overeenkomsten m.b.t. 750l en 1000l gistdoseerinstallaties maken geen deel uit van de beslissing gezien deze niet worden gebruikt door (semi-)artisanale bakkerijen en niet worden beleverd via distributeurs (m.a.w. deze bakkerijen vormen geen deel van de relevante markt in onderhavige beslissing, zie hiervoor infra punt IV.1).

⁴⁶ [commercieel beleid AB]

⁴⁷ [...]

⁴⁸ [...]

71. Aldus beoogden beide soorten contractuele overeenkomsten enerzijds een langdurige klantengetrouwheid te verzekeren en anderzijds gecontracteerde bakkerijen expliciet te onttrekken aan elke mogelijke vorm van concurrentie voor gistproducten.

iv) Selectieve prijskortingen ten aanzien van bakkerijen

72. Als uitzondering op de gehanteerde vaste wederverkooprijzen kende Algist Bruggeman prijskortingen en/of leveringen van gratis gist toe, op een selectieve wijze, aan bakkerijen die (overwogen) over (te) schakel(d)en naar lage prijs gistmerken. Dit gebeurde in ruil voor een verdere afname van gistproducten van Algist Bruggeman, soms expliciet verwoord onder de termen exclusiviteit of loyaliteit. Teneinde de prijszetting te behouden werd, waar mogelijk, de voorkeur gegeven aan de levering van gratis gist in plaats van een selectieve prijskorting.

73. De selectieve aard van de prijskortingen en/of leveringen van gratis gist blijkt duidelijk uit de toekenning ervan. Deze werden immers enkel toegestaan door Algist Bruggeman aan bakkerijen die lage prijs gistmerken (overwogen te) gebruik(t)en. Overige bakkerijen met een gelijkaardig volume konden daarentegen niet genieten van de prijskortingen. Het doel was lage prijs concurrentie te ontmoedigen door verkoopsinspanningen van lage prijs gistmerken tegen te werken.

74. Met name vanaf het begin van het jaar 2008 - wanneer de exclusieve licentie voor de verkoop van Enzym-gist op de Belgische markt werd overgenomen door de onderneming Basic Bakery - werd de prijs van Algist Bruggeman bij bakkerijen telkens selectief aangepast in functie van een uitsluiting van - hoofdzakelijk maar niet uitsluitend - het lage prijs gistmerk Enzym.⁴⁹ Tevens werden vanaf het jaar 2011, wanneer een ander gistmerk substantieel werd verlaagd in prijs⁵⁰, de prijsverlagingen uitgebreid ten aanzien van dit lage prijs gistmerk.⁵¹

75. Op deze wijze trachtte Algist Bruggeman de vraag naar lage prijs gistproducten bij eindafnemers tegen te gaan en zo te voorkomen dat distributeurs in verleiding zouden komen om lage prijs gistmerken op te nemen in hun assortiment.

76. Om de noodzakelijke informatie te verkrijgen over welke bakkerijen lage prijs gistmerken afnamen of hiervoor offertes hadden ontvangen, was Algist Bruggeman grotendeels afhankelijk van haar distributeurs die - al dan niet op expliciete vraag van Algist Bruggeman - deze informatie ad-hoc aanleverden.⁵² Teneinde dit te bewerkstelligen, wees Algist Bruggeman de distributeurs op het feit dat doorgedreven concurrentie van lage prijs gistmerken onvermijdelijk zou leiden tot algemeen margeverlies voor Algist Bruggeman en de distributeurs.⁵³

77. In de praktijk kende een distributeur slechts een prijskorting - of leveringen van gratis gist - toe aan een bakkerij na voorafgaandelijke instemming van Algist Bruggeman, waarna deze korting door de desbetreffende distributeur werd toegepast vanaf de daaropvolgende levering.

⁴⁹ [...]

⁵⁰ [...]

⁵¹ [...]

⁵² Er blijken ook expliciete afspraken te hebben bestaan tussen bepaalde distributeurs en Algist Bruggeman omtrent de aangifte van lage prijs gistklanten.

⁵³ [...]

78. Compensatie aan distributeurs van toegestane prijskortingen verliep daarbij via een opgave van het doorlopende (in casu maandelijks) verkochte volume per individuele klant door de distributeur aan Algist Bruggeman (“prospectielijsten”).
79. Gelet op de quasi-integrale⁵⁴ terugbetaling via prospectielijsten hadden deze selectieve prijskortingen geen neerwaartse invloed op de distributeursmarge. Deze praktijk beoogde dan ook distributeurs de prikkel te ontnemen of te verminderen om zelf lage prijs gistmerken op te nemen.
80. Via de prospectielijsten kon Algist Bruggeman bovendien toezicht houden op reeds toegekende prijskortingen gezien volumedalingen specifiek tot op klantenniveau konden worden getraceerd.
81. Dit beoogde dan weer een de facto disciplinerings-effect te creëren ten aanzien van mogelijks deloyale distributeurs, aangezien een volumedaling kon wijzen op overschakeling naar concurrerende gistproducten op initiatief van distributeurs en distributeurs zich blootstelden aan bedreigingen en/of represailles van Algist Bruggeman. Onderzoek heeft tenslotte uitgewezen dat er in verscheidene gevallen sprake was van (dreiging tot) het weerhouden en/of verlagen van terugbetaling van kortingen en/of (dreiging tot) leveringsweigering, waar distributeurs van Algist Bruggeman op eigen initiatief lage prijs gistmerken aan bakkerijen aanboden.⁵⁵

v) Ondermijning van reputatie van Enzym-gist

82. Verder heeft Algist Bruggeman intern opgestelde analyserapporten verspreid die de resultaten van intern onderzoek onvolledig weergaven en waarvan de inhoud bovendien niet werd ondersteund door de bevindingen van de officiële instanties (met name het F.A.V.V.).
83. De opzet van deze analyserapporten betrof hierbij onzekerheid te creëren omtrent de microbiologische aspecten en kwaliteit van deze gist bij distributeurs en/of bakkerijen die zouden overwegen Enzym-gist te verdelen en/of te gebruiken.
84. Zulke analyserapporten werden ondermeer door Algist Bruggeman gebruikt om een welbepaalde distributeur in februari 2008 te overtuigen Enzym-gist niet op te nemen in zijn portfolio.⁵⁶
85. Bovendien werden zulke analyserapporten gebruikt door verkoopsvertegenwoordigers van Algist Bruggeman om verscheidene bakkerijen te overtuigen dat de microbiologische aspecten van Enzym-gist niet in orde zouden zijn en/of dat deze gist van een lagere kwaliteit zou zijn.⁵⁷

vi) Actie tegen vermelding als distributeur van Enzym-gist

86. Eind 2008 heeft Algist Bruggeman haar distributeurs ertoe aangezet protest aan te tekenen wanneer zij op de nieuwsbrieven van Basic Bakery vermeld werden als distributeurs van Enzym-gist, alhoewel deze vermelding correct was.⁵⁸ Algist Bruggeman bereidde in dit kader een ontwerp van brief voor en contacteerde rechtstreeks de betrokken distributeurs om deze brief onder hun eigen naam te versturen naar Basic Bakery.

⁵⁴ Wat betreft Algist Bruggeman met uitsluiting van de eerste [0-10]% korting die voor rekening van de distributeur bleef.

⁵⁵ [...]

⁵⁶ [...]

⁵⁷ [...]

⁵⁸ [...]

87. Verscheidene distributeurs hebben hieraan concreet gevolg gegeven. Als gevolg hiervan werden sindsdien geen distributeurs van Algist Bruggeman meer vermeld op de nieuwsbrieven van Basic Bakery.

III.4 Geografische omvang van de aangeklaagde praktijken

88. Zoals hierboven beschreven, hadden de aangeklaagde praktijken betrekking op het gehele Belgische grondgebied.

III.5 Duur van de praktijken

89. Het Auditoraat beschikt over bewijsmateriaal dat het bestaan aantoont van één enkele en voortgezette inbreuk van 1 januari 2008 tot en met 24 juni 2013.

III.6 Bewijzen

90. Het bewijsmateriaal bestrijkt de volledige periode van de inbreuk en dateert voornamelijk van de periode waarin de feiten hebben plaatsgevonden. Het omvat in het bijzonder interne strategische en commerciële documenten, interne e-mailcorrespondentie van Algist Bruggeman en e-mailcorrespondentie tussen Algist Bruggeman en haar distributeurs.

IV. Juridische analyse

91. Gelet op de bewijselementen, op de feiten beschreven in sectie III en de duidelijke en ondubbelzinnige erkenning van de feiten en hun juridische kwalificatie door Algist Bruggeman, maakt het Auditoraat volgende juridische analyse.

IV.1 Definitie van de relevante markt

IV.1.1 De relevante productmarkt

IV.1.1.a Beschikkingspraktijk van de Europese Commissie

92. De Europese Commissie heeft volgende onderscheiden productmarkten weerhouden:

- ▶ de markt voor droge gist;
- ▶ de markt voor geperste gist;
- ▶ de markt voor vloeibare gist⁵⁹.

IV.1.1.b Eigen onderzoek

93. De conclusies van het Auditoraat op basis van de ondernomen marktbevraging worden hieronder weergegeven.

i) Substitueerbaarheid aan vraagzijde

94. Betreffende de substitueerbaarheid aan vraagzijde heeft de marktbevraging uitgewezen dat voor zowel het industriële als de artisanale en semi-artisanale segmenten droge en verse gist niet als substitueerbaar kunnen worden beschouwd. In België en bij uitbreiding in Europa wordt er slechts een beperkte hoeveelheid droge gist verkocht aan bakkerijen.

95. Voor wat betreft vloeibare en geperste gist kan worden vastgesteld dat er een zekere mate van substitueerbaarheid is tussen beide soorten gist, zeker wat betreft functionaliteit en gebruik.

96. In de praktijk lijkt de substitueerbaarheid tussen geperste en vloeibare gist aan vraagzijde echter beperkt. Algemeen kan worden gesteld dat eens het volume en de schaalgrootte van een bakkerij voldoende is om een automatische doseringsinstallatie voor vloeibare gist te verantwoorden én een individuele beslissing tot investering in automatische doseringsinstallaties is genomen, de bakkerij in kwestie niet geneigd zal zijn om terug te schakelen naar geperste gist. Deze bevindingen zijn in lijn met het marktonderzoek van de Europese commissie.⁶⁰ Artisanale en semi-artisanale bakkerijen (beleverd via distributeurs) gebruiken in de regel geperste gist. Deze consumenten zijn niet in staat om over te schakelen naar vloeibare gist omdat zij niet de vereiste omvang hebben om de nodige apparatuur te kopen of de vereiste volumes hebben om het gebruik van vloeibare gist te rechtvaardigen. Algist Bruggeman verkoopt evenwel (gestabiliseerde) vloeibare gist aan artisanale bakkerijen (via distributeurs) in kleine containers van 22 liter, genaamd "Kastalia". Dit blijft echter voorlopig een nicheproduct met beperkte volumes. Bijgevolg zal de concurrentiële analyse niet

⁵⁹ Meer specifiek vloeibare gist in **bulkform**, te onderscheiden van vloeibare (gestabiliseerde) gist in kleinere doseringen. Zie de beslissing van de Europese Commissie van 23 september 2008, COMP/M.4980 ABF/GBI Business, §42.

⁶⁰ Beslissing van de Europese Commissie van 23 september 2008, COMP/M.4980 ABF/GBI Business, §29.

substantieel verschillen indien vloeibare gist in kleine formaten tot de markt voor geperste gist wordt gerekend.

97. Ook voor wat betreft gist in 300l containers is een gelijkaardige redenering van toepassing. Het wordt geleverd door distributeurs en er zijn slechts een beperkt aantal bakkerijen die dit product afnemen waardoor deze evenzeer kan beschouwd worden als een nicheproduct. Niettemin blijkt uit het onderzoeksdossier dat gebruik van een 300l container substitueerbaar kan zijn voor geperste gist en vice versa (afhankelijk van het volume van de desbetreffende bakkerij).

ii) Substitueerbaarheid aan aanbodzijde

98. Het productieproces van de verschillende gistsoorten is met elkaar verbonden,⁶¹ wat een zekere substitueerbaarheid aan aanbodzijde toelaat.
99. Echter, eigen onderzoek heeft uitgewezen dat, om dezelfde redenen die de Europese Commissie vermeldt in haar beschikking ABF/GBI Business⁶², er in de praktijk aan aanbodzijde geen sprake is van substitueerbaarheid tussen geperste gist en vloeibare gist.

IV.1.1.c Algemene conclusie met betrekking tot de relevante productmarkt

100. Gelet op het bovenstaande ziet het Auditoraat geen redenen om af te wijken van de door de Europese Commissie onderscheiden productmarkten,⁶³ met dien verstande dat gestabiliseerde vloeibare gist wordt ondergebracht in de markt voor geperste gist.
101. Bijgevolg worden volgende productmarkten onderscheiden:
- ▶ De markt voor droge gist;
 - ▶ De markt voor geperste gist en gestabiliseerde vloeibare gist (bestaande uit geperste gist en vloeibare (gestabiliseerde) gist in kleine formaten gaande van 22kg (Kastalia) tot 300l containers);
 - ▶ De markt voor vloeibare gist (in bulkvorm).
102. In onderhavige zaak betreft de relevante productmarkt aldus de markt voor geperste gist en gestabiliseerde vloeibare gist (hierna omschreven als “de markt voor verse gist ten aanzien van de artisanale en semi-artisanale segmenten⁶⁴” of “de betrokken markt”).

IV.1.2 De relevante geografische markt

IV.1.2.a Beschikkingspraktijk van de Europese Commissie

103. De Europese Commissie heeft de markt voor geperste gist als nationaal omschreven en dit onder meer op basis van volgende elementen⁶⁵:
- ▶ De marktaandeelen en marktposities van de verschillende gistproducenten variëren aanzienlijk per land;
 - ▶ De vraagstructuur en distributiesystemen verschillen wezenlijk op nationale basis;

⁶¹ Zie hiervoor supra punt III.1.

⁶² Beslissing van de Europese Commissie van 23 september 2008, COMP/M.4980 ABF/GBI Business, §33-38.

⁶³ Beslissing van de Europese Commissie van 23 september 2008, COMP/M.4980 ABF/GBI Business, §§ 41-42.

⁶⁴ Gedefinieerd als bakkerijen die worden beleverd via distributeurs, met andere woorden artisanale bakkerijen maar tevens semi-industriële/semi-artisanale bakkerijen.

⁶⁵ Beslissing van de Europese Commissie van 23 september 2008, COMP/M.4980 ABF/GBI Business, §43-84.

- ▶ Het belang van een lokale aanwezigheid (verkoop en lokaal distributienetwerk);
- ▶ De merken verschillen van land tot land;
- ▶ Het verschil in prijsniveau en het verschil in dynamiek van de prijsevoluties per land.

IV.1.2.b Eigen onderzoek

104. Het Auditoraat stelt vast dat de markt voor verse gist ten aanzien van de artisanale en semi-artisanale segmenten over verschillende kenmerken beschikt die wijzen op een nationale markt.
105. Vooreerst verschillen de marktaandeelen en marktpositie van de verschillende gistproducenten duidelijk per land.
106. Ook de vraagstructuur is per land enigszins verschillend waarbij de verhoudingen tussen enerzijds industriële en anderzijds artisanale en semi-artisanale bakkerijen duidelijk anders liggen.
107. Er bestaan verder grote nationale verschillen in de wijze waarop de distributie voor artisanale en semi-artisanale bakkerijen wordt georganiseerd. Daar waar de Belgische markt gekenmerkt wordt door regionale distributeurs met een lokale focus, ligt de nadruk in bv. Duitsland en Frankrijk eerder op coöperatieven van artisanale bakkerijen of aankoopgroeperingen.
108. Bovendien zijn er nationale verschillen in het productportfolio van de verschillende gistproducenten, in de perceptie van een bepaald merk, in de aard van de verkochte gistproducten, in de mate van merkloyaliteit, het belang van merkbekendheid en wordt er een verschillende prijsstrategie gehanteerd per land.
109. Op grond van alle bovenstaande elementen komt het Auditoraat tot de conclusie dat voor wat betreft de markt voor geperste gist de markt als nationaal moet beschouwd worden. Voor wat betreft vloeibare gist (in kleine formaten) die wordt geleverd aan het (semi-)artisanale segment zijn bovenvermelde opmerkingen eveneens van toepassing en kan ook hier een nationale markt worden weerhouden. Sowiezo betreft dit laatste veel kleinere volumes. Het opnemen van deze volumes in de betrokken markt heeft bijgevolg geen significante impact op de mededingingsrechtelijke analyse.

IV.2 Marktaandeelen

110. Een niet-vertrouwelijke versie van de marktaandeelen (uitgedrukt in volume)⁶⁶ op de markt voor verse gist ten aanzien van de artisanale en semi-artisanale segmenten wordt hierna weergegeven.

% Marktaandeel	2008	2009	2010	2011	2012	2013
% Algist Bruggeman	[70-80%]	[60-70%]	[60-70%]	[70-80%]	[70-80%]	[60-70%]
% AB Mauri	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]	[20-30%]
% Basic Bakery	[0-5%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]
% Ranson	[0-5%]	[5-10%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]
% Puratos	[0-5%]	nt aanwezig	nt aanwezig	nt aanwezig	nt aanwezig	nt aanwezig
% DHW	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]	[0-5%]

IV.3 Toepassing van artikel 101 VwEU en/of artikel IV.1 WER

IV.3.1 Verticale overeenkomsten

IV.3.1.a Inleiding

111. Artikel 101, lid 1 VwEU verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en alle onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen Lidstaten ongunstig beïnvloeden en welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt merkbaar wordt beperkt, verhinderd of vervalst.
112. Artikel IV.1 WER werd in identieke bewoordingen opgesteld, buiten het feit dat artikel IV.1 WER niet de voorwaarde bevat van het ongunstig beïnvloeden van de handel tussen Lidstaten.
113. Bijgevolg zijn, buiten de hierboven vermelde voorwaarde, alle voorwaarden die gelden voor artikel 101 VwEU ook van toepassing op artikel IV.1 WER.
114. Men spreekt van een overeenkomst wanneer er een wilsovereenstemming tussen partijen bestaat om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. De vorm die deze overeenstemming aanneemt, heeft weinig belang. Het kan namelijk gaan over een mondelinge of schriftelijke overeenstemming die al dan niet wordt vergezeld van een sanctioneringsmechanisme. Noch heeft het belang dat de bereikte afspraken juridisch afdwingbaar zijn.⁶⁷

⁶⁶ Eigen berekening van het Auditoraat op basis van cijfers opgevraagd door middel van Verzoeken om Inlichtingen.

⁶⁷ Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 26 oktober 2000 in zaak T-41/96, Bayer AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 2000 II-03383, punten 67-69:

“Uit de vaste rechtspraak volgt eveneens, dat voor het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag volstaat, dat de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op de markt op een bepaalde wijze te gedragen (arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 112, en 29 oktober 1980, Van Landewyck e.a./Commissie, 209/78 tot 215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 86; arrest Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. II-1711, punt 256). Wat de vorm van deze gemeenschappelijke wilsuiting betreft, volstaat dat een beding de uitdrukking vormt van de wil van de partijen om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen ervan te gedragen (zie arresten ACH Chemiefarma/Commissie, punt 112, en Van

115. Het is vaststaande rechtspraak dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging betrekking heeft op een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat ze een feitelijke overeenkomst hebben bereikt, vervangen wordt door een praktische samenwerking met als doel het beperken van de mededinging.⁶⁸
116. Er hoeft geen werkelijk plan te zijn opgesteld om afstemming en/of samenwerking als verboden aan te merken. De criteria voor de beoordeling van dergelijke gedragingen dienen te worden begrepen in het licht van de mededingingsregels. Volgens deze voorschriften dient elke ondernemer op autonome wijze zijn commercieel beleid op de markt te bepalen.⁶⁹
117. Volgens vaststaande rechtspraak behelzen de begrippen overeenkomst en onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen, in de zin van artikel 101, lid 1 VwEU, in subjectief opzicht samenspanningsvormen van dezelfde aard, die enkel verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren. Het is daarom voldoende dat het bewijs wordt geleverd van de aanwezigheid van de onderdelen van één van deze samenspanningsvormen opdat artikel 101, lid 1 VwEU van toepassing is.⁷⁰
118. Onder "verticale overeenkomst" valt iedere overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen.⁷¹

Landewyck/Commissie, punt 86, reeds aangehaald), zonder dat het daarbij om een naar nationaal recht bindende en geldige overeenkomst dient te gaan (arrest Sandoz, punt 13). Het wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, zoals uitgelegd door de jurisprudentie, is dus het bestaan van een wilsovereenstemming van ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is."

⁶⁸ Arrest van het Hof van 8 juli 1999 in zaak C-199/92P, Hüls AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1999 I-04287, punt 158.

⁶⁹ Zie het arrest van het Hof van 16 december 1975 in zaak C-40/73, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA en anderen tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1975 01663, punten 173 en 174:

"Overwegende dat de begrippen van coördinatie en samenwerking welke in 's Hof's jurisprudentie worden aangenomen, (...), waartoe mede behoort de keus degenen aan wie hij zijn producten wenst aan te bieden en te verkopen. Dat deze eis van zelfstandigheid weliswaar niet uitsluit dat de ondernemer gerechtigd is zijn beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag der concurrenten aan te passen, doch anderzijds onverbiddelijk in de weg staat aan enigerlei tussen zulke ondernemers al dan niet rechtstreeks opgenomen contact strekkend hetzij tot beïnvloeding van het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent, hetzij tot beduiding aan zulk een concurrent van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag."

Zie verder het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 15 maart 2000 in gevoegde zaken T-25/95 en verder, Cimenteries CBR e.a. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 2000 II-00491, punt 1852.

⁷⁰ Arrest van het Hof van 5 december 2013 in zaak C-455/11P, Solvay SA tegen Europese Commissie, gepubliceerd in de digitale Jurisprudentie, punt 53.

⁷¹ Verordening(EU) Nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Publicatieblad (2010) C 130, artikel 1 lid 1(a) (hierna: "Verordening (EU) Nr. 330/2010").

IV.3.1.b Verticale prijsbinding

i) Principes

119. Verticale prijsbinding, dit wil zeggen overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben een vaste of minimumwederverkoop prijs of een vast of minimumprijsniveau aan afnemers op te leggen, dienen als een inbreuk met mededingingsbeperkende strekking behandeld te worden.⁷²
120. Verticale prijsbinding kan door een producent met marktmacht worden ingevoerd om kleinere concurrenten van de markt af te schermen. De hogere marges die verticale prijsbinding voor distributeurs kan opleveren, kan deze laatste er onder andere toe brengen concurrerende merken helemaal niet te verkopen.⁷³ Verticale prijsbinding kan zowel direct als indirect worden opgelegd, onder meer door het in acht nemen van een bepaald prijsniveau afhankelijk te stellen van de toekenning van financiële tegemoetkomingen door de leverancier⁷⁴. Verticale prijsbinding kan daarnaast eveneens indirect worden bereikt door het bepalen van de maximumkorting die kan worden toegekend⁷⁵ of door middel van bedreigingen, intimidaties, waarschuwingen, sancties, vertragingen of opschortingen van leveringen of beëindigingen van overeenkomsten, wanneer dit verband houdt met de inachtneming van een bepaald prijsniveau.⁷⁶
121. De doeltreffendheid van bovenvermelde directe en/of indirecte maatregelen om een prijsbinding te bewerkstelligen kan worden verhoogd door deze maatregelen te combineren met maatregelen die er op gericht zijn om distributeurs die beneden de wederverkoop prijs verkopen op het spoor te komen. In dat opzicht verwijst de Commissie naar de invoering van een prijscontrolesysteem en de verplichting voor bijvoorbeeld wederverkopers om te melden wanneer andere wederverkopers van het standaardprijsniveau afwijken. Alhoewel de aanwezigheid van een prijscontrolemechanisme op zich geen bewijs vormt van het bestaan van verticale prijsbinding kan het deze wel doeltreffender maken.⁷⁷

ii) Toepassing in onderhavige zaak

122. Onderzoek door het Auditoraat heeft uitgewezen dat er sprake is van een verticale prijsbinding voor de verkoop van verse gist ten aanzien van de artisanale en semi-artisanale segmenten.
123. Concreet verstrekte Algist Bruggeman (advies)wederverkoop prijzen aan distributeurs die in de praktijk vaste wederverkoop prijzen waren.

⁷² Zie artikel 4 a) van Verordening Nr. 330/2010.

Zie ook de beschikking van de Commissie van 17 juli 2003 in zaak COMP/37.975 PO/Yamaha.

⁷³ Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, Publicatieblad C 130 van 19 mei 2010, §224 (hierna: "Richtsnoeren inzake verticale beperkingen").

⁷⁴ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §48.

⁷⁵ Zie bv. de beschikking van de Commissie van 17 juli 2003 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 81 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, zaak COMP/37.975 PO/Yamaha.

⁷⁶ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §48.

Zie ook de beschikking van het Hof van 3 september 2009 in zaak C-506/07, Lubricantes y Carburantes Galaicos SL tegen GALP Energía España SAU, Jurispr. 2009 I-00134, punt 53.

⁷⁷ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §48.

124. Distributeurs werden immers aangespoord om niet af te wijken van deze wederverkoopprijzen. Algist Bruggeman stond enkel kortingen op de wederverkoopprijs voor een individuele klant toe mits voorafgaande aanvraag bij - en akkoord van - Algist Bruggeman.
125. Algist Bruggeman verleende slechts toestemming aan distributeurs om af te wijken van de wederverkoopprijs in deze gevallen waar individuele klanten/bakkerijen (overwogen) over (te) schakel(d)en naar concurrerende gistproducten. Het niveau van de korting voor de betrokken klant werd hierbij bepaald door Algist Bruggeman.
126. De instemming van distributeurs hieromtrent blijkt onder meer uit individuele e-mailcorrespondenties waarin distributeurs expliciet toestemming vroegen aan Algist Bruggeman om kortingen op de wederverkoopprijs voor een specifieke klant te kunnen hanteren.
127. De prospectielijsten, in het formaat gebruikt tijdens de inbreukperiode, konden hierbij dienen als een vorm van prijscontrole. Via de prospectielijsten maakte de distributeur op maandelijkse basis zijn verkoopgegevens over aan Algist Bruggeman om terugbetalingen van - door Algist Bruggeman goedgekeurde - kortingen te verkrijgen. Hierdoor was Algist Bruggeman in staat om kennis te nemen van de verkochte hoeveelheden en doorgaans ook van de gehanteerde kortingen. Daarnaast is er sprake van verscheidene interventies door Algist Bruggeman om niet-goedgekeurde afwijkingen op de wederverkoopprijs tegen te gaan. Distributeurs die afweken van de vooropgestelde wederverkoopprijs werden ofwel aangeschreven ofwel bezocht door verkoopsvertegenwoordigers van Algist Bruggeman en onder druk gezet om niet van de vooropgestelde wederverkoopprijzen af te wijken.
128. Uit het bovenstaande concludeert het Auditoraat dat bovenvermelde verticale prijsbinding tot doel had de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1 VwEU en artikel IV.1 §1 WER.

IV.3.1.c Klantentoe wijzing

i) Principes

129. Overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben de verkoop door een afnemer die partij is bij de overeenkomst, te beperken, voor zover deze beperkingen verband houden met de klanten aan wie de afnemer de contractgoederen of -diensten mag verkopen, worden beschouwd als een inbreuk met mededingingsbeperkende strekking.⁷⁸ Het mededingingsbeperkende karakter van een overeenkomst tot marktverdeling vloeit immers voort uit de aard van de overeenkomst zelf.

ii) Toepassing in onderhavige zaak

130. Zoals reeds gesteld, beoogde Algist Bruggeman dat een distributeur zijn eigen klanten exclusief zou beleveren en geen klanten van een andere distributeur van Algist Bruggeman zou benaderen.
131. Indien een distributeur van Algist Bruggeman alsnog klanten van een andere distributeur van Algist Bruggeman zou beleveren, reageerde Algist Bruggeman door (extra) kortingen toe te kennen aan de

⁷⁸ Zie Verordening (EU) Nr. 330/2010, artikel 4 b)(i).
Zie ook Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §50.

oorspronkelijke distributeur of kortingen niet toe te kennen/weerhouden/verlagen aan de andere distributeur.

132. Indien de oorspronkelijke distributeur lage prijs gistmerken in zijn gamma had opgenomen, reageerde Algist Bruggeman door de klanten van deze distributeur in bepaalde gevallen toe te wijzen aan een andere (loyale en/of exclusieve) distributeur van Algist Bruggeman.
133. Uit het bovenstaande concludeert het Auditoraat dat bovenvermelde klantentoe wijzing tot doel had de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1 VwEU en artikel IV.1 §1 WER.

IV.3.1.d Exclusieve afnameovereenkomsten op lange termijn met bakkerijen

i) Principes

134. Een niet-concurrentiebeding betreft een regeling dat er toe leidt dat de afnemer meer dan 80% van de totale hoeveelheid contractgoederen en -diensten en substituten ervan die hij het voorgaande kalenderjaar heeft gekocht, bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming betreft.⁷⁹ Niet-concurrentiebedingen die van onbepaalde duur zijn of waarvan de duur vijf jaar overschrijdt, vallen buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstellingverordening,⁸⁰ zelf wanneer het door elk van de partijen bij de overeenkomst op de relevante markt gehouden marktaandeel 30% niet overschrijdt. Een niet-concurrentiebeding dat na een termijn van vijf jaar stilzwijgend verlengbaar is, wordt geacht te zijn overeengekomen voor een onbepaalde duur.⁸¹
135. Het voornaamste risico betreffende niet-concurrentiebedingen betreft marktafscherming voor concurrerende (potentiële) leveranciers.⁸² Hoe langer de duur van de afnameverplichtingen, hoe waarschijnlijker het risico tot marktafsluiting wordt. Bij niet-concurrentiebedingen die door ondernemingen met een machtspositie worden aangegaan, is concurrentiebeperkende afscherming nog waarschijnlijker.⁸³

ii) Toepassing in onderhavige zaak

136. Er was sprake van een niet-concurrentiebeding bij de individuele overeenkomsten ter gebruik van Kastalia en 300l gistdoseerinstallaties. Deze bestond enerzijds uit een 100%-afnameverplichting - ofwel het gemiddelde jaarlijkse volume van de betrokken (semi-)artisanale bakkerij - en anderzijds uit een clause waarbij de bakkerij zich ertoe verbond gedurende de looptijd van de overeenkomst enkel gistproducten van Algist Bruggeman af te nemen, zelfs buiten het gebruik van de ter beschikking gestelde apparatuur om.
137. In de overeenkomsten voor Kastalia werden standaardclausules gehanteerd met een minimale duur van [1-5] jaar. De aanvankelijke duurtijd werd automatisch verlengd voor eenzelfde periode indien de contractueel bepaalde minimumafnamehoeveelheid niet werd bereikt in de initiële periode. In het

⁷⁹ Verordening (EU) nr. 330/2010, artikel 1 d).

Zie ook Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §66 en §129.

⁸⁰ Verordening (EU) nr. 330/2010, artikel 5.1. a).

⁸¹ Verordening (EU) nr. 330/2010, artikel 5.1, 2e alinea.

⁸² Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §130.

⁸³ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §133.

andere geval werd de overeenkomst stilzwijgend verlengd voor een termijn gelijk aan de oorspronkelijke duur ([1-5] jaar) tenzij de klant de overeenkomst twee maand op voorhand opzegde.

138. De overeenkomsten met betrekking tot 300l installaties hadden een looptijd van [5-15] jaar. Indien de afnamehoeveelheid niet werd bereikt, werd de termijn in principe automatisch verlengd tot de afnamehoeveelheid werd bereikt. Bij voldoening van de afnamehoeveelheid kon de 300l-installatie worden overgenomen aan een overeengekomen restwaarde, die in bepaalde gevallen kon worden omgezet in een bijkomende looptijd (tot [1-5] jaar) en/of een bijkomende afnamehoeveelheid. De uiteindelijke duur kon aldus verder oplopen tot [5-15] jaar.
139. In beide gevallen was bovendien contractueel voorzien dat vroegtijdige opzegging recht gaf tot verdere vergoedingen in de vorm van verwijderingskosten en schadevergoedingen. Dit verhoogde de kost die een klant moet dragen om van leverancier te veranderen en had als doel de klant te binden aan Algist Bruggeman voor de volledige duur van de overeenkomst.
140. De omvang van deze niet-concurrentiebedingen werd ten aanzien van beide soort overeenkomsten op dergelijke wijze geformuleerd dat deze van toepassing moeten worden geacht op alle gistproducten (en dus niet enkel op gestabiliseerde vloeibare gist).
141. Gelet op (1) het marktaandeel van Algist Bruggeman zoals hierboven aangegeven, (2) het niet-concurrentiebeding, (3) de duurtijd van de overeenkomst en (4) de hoogte van de vergoedingen in geval van vroegtijdige opzegging, konden deze overeenkomsten leiden tot marktafscherming van de betrokken klanten voor (potentiële) concurrenten, in overtreding van artikel 101, lid 1 VwEU en artikel IV.1 §1 WER.
142. Zoals verder onder punt 179 zal worden uiteengezet, kwalificeren deze overeenkomsten eveneens als misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VwEU en IV.2 WER.

IV.4 Niet-toepasbaarheid van artikel IV.1 §3 en/of artikel 101, lid 3 VwEU

143. De bepalingen van artikel IV.1 §1 WER en artikel 101, lid 1 VwEU zijn volgens respectievelijk artikel IV.1 §3 WER en artikel 101, lid 3 VwEU niet van toepassing op een overeenkomst of een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging die bijdraagt tot de verbetering van de productie of van de verdeling of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, waarbij een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of de mogelijkheid te geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.
144. De inbreuken die bestaan uit een overeenkomst en/of een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging zoals weerhouden in deze Beslissing, vormen per definitie een zeer ernstige beperking van de mededinging.
145. Op basis van de feiten waarover het Auditoraat beschikt, bestaat er geen enkel element dat tot de conclusie kan leiden dat, wat betreft de weerhouden inbreuken, zou zijn voldaan aan de cumulatieve voorwaarden van artikel IV.1 §3 WER en/of artikel 101, lid 3 VwEU.

146. Het Auditoraat besluit bijgevolg dat in onderhavige zaak niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel IV.1 §3 WER en/of artikel 101, lid 3 VwEU.

IV.5 Toepassing van artikel 102 VwEU en/of artikel IV.2 WER

IV.5.1 Machtspositie

IV.5.1.a Principes

147. Een machtspositie betreft een economische machtspositie welke een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en uiteindelijk de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.⁸⁴
148. Uit vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat een marktaandeel van 50% of meer op de betrokken markt over een bepaalde periode een weerlegbaar vermoeden van machtspositie inhoudt.⁸⁵
149. Een machtspositie is op zich niet verboden, enkel het misbruik ervan. De vaststelling dat er sprake is van een machtspositie, houdt op zich geen verwijt jegens de betrokken onderneming in.⁸⁶
150. Op een onderneming met een machtspositie rust echter wel een bijzondere verantwoordelijkheid om met haar gedrag de daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de Belgische en/of de gemeenschappelijke markt niet te verstoren.⁸⁷

IV.5.1.b Toepassing op onderhavige zaak

151. Uit de bovenstaande berekening van de marktaandelen door het Auditoraat⁸⁸ blijkt dat Algist Bruggeman tijdens de inbreukperiode steeds een marktaandeel boven de 50% aanhield op de betrokken markt. Bovendien was haar marktaandeel meer dan twee keer groter dan dat van de tweede grootste speler op de betrokken markt, met name AB Mauri.
152. Bij de beoordeling van een machtspositie is het verder van belang om de toetredings- en/of uitbreidingsdrempels in aanmerking te nemen. Concurrentie is immers een dynamisch proces waarbij niet enkel rekening dient te worden gehouden met de huidige marktsituatie maar ook met mogelijke uitbreiding van bestaande concurrenten en toetreding van potentiële concurrenten.

⁸⁴ Arrest van het Hof van 13 februari 1979 in zaak 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1979 00461, punt 38.

⁸⁵ Zie o.m. arrest van het Hof van Justitie in zaak C-62/86, AKZO Chemie BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1991, I-3359, punt 59-60.

⁸⁶ Arrest van het Hof van 16 maart 2000 in gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA en Dafra-Lines A/S tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 2000, I-01365, punt 37; Arrest van het Hof van 17 februari 2011 in zaak C-52/09, Konkurrensverket tegen TeliaSonera Sverige AB, Jurispr. 2011, I-00527, punt 24.

⁸⁷ Arrest van het Hof van 2 april 2009 in zaak C-202/07P, France Télécom SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 2009, I-02369, punt 105.

⁸⁸ Zie Sectie IV.2 hierboven.

153. Toetredings- en/of uitbreidingsdrempels kunnen verschillende vormen aannemen zoals onder meer kosten voor de uitbouw of het beschikken over een distributienetwerk of kosten die gepaard gaan met toetreding tot de markt.
154. Voor de vaststelling van een machtspositie van Algist Bruggeman in onderhavige zaak worden volgende toetredings- en/of uitbreidingsdrempels in aanmerking genomen:
- ▶ De noodzaak van een goed uitgewerkt distributienetwerk;
 - ▶ Merkbekendheid/getrouwheid;
 - ▶ Overschakelingskosten voor distributeurs die volumekortingen genieten.
155. Onderzoek door het Auditoraat heeft uitgewezen dat deze cumulatieve factoren significante toetredings- en uitbreidingsdrempels uitmaken.
156. Gelet op het bovenstaande wordt geconcludeerd dat Algist Bruggeman een machtspositie aanhoudt op de betrokken markt.

IV.5.2 Misbruik van machtspositie

157. Artikel 102 VwEU stelt dat het verboden is dat één of meer ondernemingen misbruik maken van hun machtspositie op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen Lidstaten hierdoor ongunstig kan worden beïnvloed. Artikel IV.2 WER is opgesteld in dezelfde bewoordingen, behalve dat het niet het criterium van de beïnvloeding van de handel tussen Lidstaten bevat.
158. Met andere woorden, de bestanddelen van de inbreuk hernomen in artikel IV.2 WER zijn identiek aan die van artikel 102 VwEU. Dit betekent dat, behalve voor wat betreft de beïnvloeding van de handel tussen Lidstaten, de voorwaarden verder besproken voor de toepassing van artikel 102 VwEU ook gelden voor de toepassing van artikel IV.2 WER.
159. Afschermings- en uitsluitingspraktijken welke er op gericht zijn de toegang tot afnemers te belemmeren en bijgevolg bestaande concurrentie of de ontwikkeling van nieuwe concurrentie te hinderen kunnen, wanneer zij worden toegepast door een onderneming met een machtspositie, gekwalificeerd worden als een misbruik van machtspositie.⁸⁹
160. In casu beoogden de weerhouden praktijken een gemeenschappelijk doel, met name uitsluiting en/of marginalisering van lage prijs concurrenten. Hieronder wordt elk van de weerhouden praktijken besproken.

⁸⁹ Zie bv. het arrest van het Hof van 3 juli 1991 in zaak C-62/86, AKZO Chemie BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1991, I-3359, punten 69-70; Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 7 oktober 1999 in zaak T-228/97, Irish Sugar plc tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1999, II-2969, punt 111.

IV.5.2.a Exclusiviteits- en loyaliteitskortingen t.a.v. distributeurs

i) Principes

161. Exclusiviteitskortingen (of getrouwheidskortingen) zijn kortingen die worden toegekend onder voorwaarde dat een afnemer de totaliteit of het merendeel van zijn vereisten voor een bepaald product of dienst bij eenzelfde onderneming zou afnemen.
162. Exclusiviteitskortingen, indien toegepast door een onderneming met een machtspositie, vormen een misbruik van machtspositie omdat zij - behoudens uitzonderlijke omstandigheden - niet berusten op een economische prestatie die dit financieel voordeel rechtvaardigt, maar de koper de keuzemogelijkheid ontnemen of inperken wat betreft zijn bevoorradingsbronnen en de toegang tot de markt voor andere leveranciers verhinderen. Dergelijke kortingen beogen immers, middels het toekennen van financiële voordelen, bevoorrading van de klanten door concurrerende leveranciers te verhinderen.⁹⁰
163. Evenwel zouden dergelijke kortingen - rekening houdend met de omstandigheden en context - objectief gerechtvaardigd kunnen zijn.

ii) Toepassing op onderhavige zaak

164. Zoals reeds beschreven in sectie III.3.2.b kende Algist Bruggeman geïndividualiseerde exclusiviteits- en getrouwheidskortingen toe aan distributeurs.⁹¹
165. De financiële tussenkomsten van Algist Bruggeman werden gekenmerkt door ofwel de toekenning van een korting ofwel een - al dan niet eenmalige - indirecte compensatie die kan gelijkgesteld worden met een korting⁹². Elk van deze kortingen werd op een individuele wijze bepaald in functie van de situatie van de desbetreffende distributeur en het doel dat Algist Bruggeman nastreefde, namelijk de uitsluiting van lage prijs gistmerken uit het portfolio van de desbetreffende distributeur.
166. Er was geen andere rechtvaardiging voor de toekenning van deze korting dan het verhinderen dat de desbetreffende distributeur lage prijs gistmerken zou opnemen in zijn portfolio.
167. Interne documenten tonen aan dat enkel deze distributeurs in aanmerking kwamen voor een exclusiviteitskorting die reeds een aanbod voor lage prijs gistproducten hadden ontvangen of overwogen om dergelijke gistproducten op te nemen in hun portfolio.
168. Bovengenoemde kortingen waren bijgevolg mededingingsbeperkend en - rekening houdend met de omstandigheden en context - niet objectief gerechtvaardigd, zodat er sprake is van een schending van artikel 102 VwEU en artikel IV.2 WER.

⁹⁰ Cfr. arrest van het Hof van Justitie van 13 februari 1979 in zaak 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1979, ECR 3461, punt 90.

⁹¹ Naar analogie zie het arrest van het Hof van Justitie van 13 februari 1979 in zaak 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1979, ECR 3461, §95.

⁹² Leveringen van gratis gist of het niet-doorrekenen van prijsverhogingen aan distributeurs vallen onder deze classificatie.

IV.5.2.b Geïndividualiseerde doelkortingen ten aanzien van distributeurs

i) Principes

169. Onder geïndividualiseerde doelkortingen verstaat men kortingen die afhankelijk zijn van het bereiken van geïndividualiseerde verkoopsdoelen die geen exclusiviteitskortingen zijn, omdat ze geen verbintenis bevatten inzake exclusiviteit ten aanzien van de onderneming met een machtspositie.
170. Om te bepalen of dergelijke kortingen een misbruik van machtspositie uitmaken, dient te worden gekeken naar het geheel van de omstandigheden - waaronder de criteria en modaliteiten voor de toekenning van de korting - en dient te worden nagegaan of de korting, door een voordeel dat niet berust op enige economische prestatie die de korting zou verantwoorden, de koper de keuzemogelijkheid ontnemt of inperkt wat betreft zijn bevoorradingsbronnen en de toegang tot de markt voor andere leveranciers verhindert.⁹³
171. Om een potentieel mededingingsbeperkend effect aan te tonen, volstaat het bewijs van het bestaan van een getrouwheidsmechanisme.⁹⁴

ii) Toepassing op onderhavige zaak

172. De geïndividualiseerde doelkortingen ten aanzien van distributeurs waarvan sprake in sectie III.3.2.b werden door Algist Bruggeman omschreven als eindejaarskortingen.
173. Deze kortingen werden op een geïndividualiseerde basis aan bepaalde distributeurs toegekend, onder de voorwaarde dat de desbetreffende distributeur (quasi-)100%⁹⁵ of meer van de aankopen van verse gist van het voorgaande jaar opnieuw zou afnemen bij Algist Bruggeman. De kortingen werden telkens retroactief toegekend op alle aankopen van het jaar waarop de korting van toepassing was. Zij waren niet objectief gerechtvaardigd.
174. Gelet op de volumevereisten en referentieperiode van een volledig jaar, weerhielden deze kortingen de betrokken distributeurs ervan om voor hun aankopen van verse gist een beroep te doen op een concurrerende leverancier. Concreet verhoogden deze kortingen de kost die een distributeur moest dragen om van leverancier te veranderen. Zij konden bijgevolg deze distributeurs aan Algist Bruggeman binden, ten nadele van de concurrenten en van de eindafnemer, door de keuze van opgenomen producten en de neerwaartse druk op de prijzen te beperken.
175. Bovengenoemde kortingen schenden bijgevolg artikel 102VwEU en artikel IV.2 WER.

IV.5.2.c Exclusieve afnameovereenkomsten op lange termijn met bakkerijen

i) Principes

176. Exclusieve afnameverplichtingen ontzeggen afnemers de mogelijkheid om de producten of diensten in kwestie af te nemen van een andere marktpartij. Hoe langer de duur van de afnameverplichtingen,

⁹³ Cfr. arrest van het Hof van 9 november 1983 in zaak C-322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1983, ECR 3461, punt 73.

⁹⁴ Ibid., punten 144-145.

⁹⁵ De volumevereisten kunnen eventueel minder dan een effectieve 100% tegenover het voorgaande jaar inhouden aangezien Algist Bruggeman in bepaalde gevallen rekening houdt met exogene factoren zoals een achteruitgang van het artisanale segment van de markt voor verse gist.

hoe waarschijnlijker het risico tot marktafsluiting wordt. Bij niet-concurrentiebedingen die door ondernemingen met een machtspositie worden aangegaan, is concurrentiebeperkende afscherming nog waarschijnlijker.⁹⁶

177. Daarbij kunnen financieringsovereenkomsten met een terugbetaling via aankoop van producten aanleiding geven tot een uitsluiting van concurrenten indien deze exclusief worden aangegaan voor een lange periode waarbij de voorwaarde tot uittrede als overmatig belastend wordt beschouwd⁹⁷ en/of de duurtijd langer is dan de noodzakelijke afschrijvingsperiode.⁹⁸

ii) Toepassing op onderhavige zaak

178. Gelet op (1) het marktaandeel van Algist Bruggeman, (2) het niet-concurrentiebeding, (3) de duurtijd van de overeenkomst en (4) de hoogte van de vergoedingen in geval van vroegtijdige opzegging konden de exclusieve afnameovereenkomsten voor Kastalia en 300l installaties leiden tot marktafsluiting van de betrokken klanten voor (potentiële) concurrenten, in schending van artikel 101, lid 1 VwEU en artikel IV.1 §1 WER. Deze niet-concurrentiebedingen maken eveneens een schending uit van artikel 102 VwEU en artikel IV.2 WER, omwille van volgende bijkomende factor met een duidelijk unilateraal aspect.⁹⁹
179. Concreet koppelde Algist Bruggeman de verkoop van gestabiliseerde vloeibare gist automatisch aan de aanschaffing door de klant van een Kastalia-installatie, respectievelijk een 300l-gistdoseerinstallatie. De waarde van deze installatie werd eenzijdig door Algist Bruggeman bepaald waarna de afschrijving werd verrekend in een afnameprijs op een wijze die leidde tot een artificieel lange afschrijvingsduur dat verder werd gekoppeld aan niet-concurrentiebedingen.
180. Het feit dat het marktaandeel van Algist Bruggeman tijdens de inbreukperiode veruit de 50% overschreed, versterkte de concurrentiebeperkende afscherming van deze bedingen.
181. Gelet op het bovenstaande vormen beide soorten overeenkomsten een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VwEU en artikel IV.2 WER.

IV.5.2.d Selectieve prijskortingen ten aanzien van bakkerijen

i) Principes

182. Er bestaan kortingsmechanismen waarbij de toekenning van een financieel voordeel niet direct gekoppeld is aan de vereiste van exclusieve of quasi-exclusieve bevoorrading door de onderneming in machtspositie maar die eenzelfde getrouwheidseffect kunnen hebben.
183. Om te bepalen of dergelijke kortingen een misbruik van machtspositie uitmaken, dient te worden gekeken naar het geheel van de omstandigheden - waaronder de criteria en modaliteiten voor de

⁹⁶ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, §133.

⁹⁷ Beschikking van de Commissie van 22 juni 2005 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 82 van het EG-Verdrag en artikel 54 van de EER-overeenkomst, zaak COMP/A.39.116/B2 - Coca-Cola, Pb. 29 september 2005, L253, §29.

⁹⁸ Beschikking van de Commissie van 22 juni 2005 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 82 van het EG-Verdrag en artikel 54 van de EER-overeenkomst, zaak COMP/A.39.116/B2 - Coca-Cola, Pb. 29 september 2005, L253, §31.

⁹⁹ Beschikking van de Commissie van 9 juli 2014 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zaak AT.39612 Perindopril (Servier), §2931

toekenning van de korting - en dient te worden nagegaan of de korting, door een voordeel dat niet berust op enige economische prestatie die de korting zou verantwoorden, de koper de keuzemogelijkheid ontnemt of inperkt wat betreft zijn bevoorradingsbronnen of de toegang tot de markt voor andere leveranciers bemoeilijkt of verhindert¹⁰⁰.

ii) Toepassing op onderhavige zaak

184. In deze zaak heeft Algist Bruggeman selectieve prijskortingen (welke soms de vorm aannamen van leveringen van gratis gist) aangeboden aan bakkerijen die lage prijs gistmerken afnamen of hiervoor offertes hadden ontvangen, in ruil voor een verdere afname van geperste gist van Algist Bruggeman of een overschakeling naar een installatie voor gestabiliseerde vloeibare gist van Algist Bruggeman.
185. De vorm en hoogte van deze compensaties is niet uniform maar werd individueel opgemaakt naargelang het belang en de volumeafname van de desbetreffende bakkerij.
186. Deze prijskortingen en/of leveringen van gratis gist werden enkel toegestaan door Algist Bruggeman aan bakkerijen die lage prijs gistmerken (overwogen te) gebruiken. Overige bakkerijen met een gelijkaardig volume konden daarentegen niet genieten van de prijskortingen.
187. Onderzoek door het Auditoraat heeft uitgewezen dat dit beleid, dat vanaf begin 2008 werd toegepast, als doel had de toegang tot de markt voor leveranciers van lage prijs gistmerken te bemoeilijken of te verhinderen door systematisch verkoopsinspanningen van deze leveranciers tegen te werken (met name maar niet uitsluitend Basic Bakery).
188. Dit gedrag wordt - in samenhang met de overige praktijken die zijn weerhouden als een inbreuk op artikel 102 VwEU en artikel IV.2 WER - beschouwd als een misbruik van machtspositie in de zin van deze artikels.

IV.5.2.e Ondernijning van reputatie van Enzym-gist

i) Principes

189. Het is vaststaande rechtspraak dat misbruik van een machtspositie een objectief begrip is dat betrekking heeft op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging juist door de aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, de instandhouding of de ontwikkeling van de nog op deze markt aanwezige mededinging verhinderen door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn.¹⁰¹ Ondernijning van reputatie van concurrerende produc(en)ten kan een misbruik van machtspositie uitmaken.

¹⁰⁰ Cfr. arrest van het Hof van 9 november 1983 in zaak C-322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1983, ECR 3461, punt 73; Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 7 oktober 1999 in zaak T-228/97, Irish Sugar plc tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1999 II-02969, punten 182-183; arrest van het Hof van 19 april 2012 in zaak C-549/10 P Tomra tegen Europese Commissie, punten 69-73.

¹⁰¹ Zie bv. arrest van het Hof van 17 februari 2011 in zaak C-52/09, Konkurrensverket tegen TeliaSonera Sverige AB, Jurispr. 2011 I-00527, punt 27.

190. Met name de Franse Mededingingsautoriteit heeft zich in een aantal zaken gebogen over deze kwestie.¹⁰² De Franse mededingingsautoriteit onderzocht daarbij of (a) er werkelijk sprake was van een denigrerend gedrag, (b) of dat gedrag uitging van een onderneming met een machtspositie, en (c) of het denigrerend gedrag in kwestie de structuur van de markt negatief kon beïnvloeden. Hierbij dient niet aangetoond te worden dat het gedrag een concreet mededingingsbeperkend effect heeft gehad, maar dat het hiertoe in staat was.¹⁰³

ii) Toepassing op onderhavige zaak

191. Zoals reeds vermeld, heeft Algist Bruggeman intern opgestelde analyserapporten verspreid die de resultaten van intern onderzoek onvolledig weergaven en waarvan de inhoud bovendien niet werd ondersteund door de bevindingen van de officiële instanties (met name het F.A.V.V.).

192. De opzet van deze analyserapporten betrof onzekerheid te creëren omtrent de microbiologische aspecten en kwaliteit van deze gist bij distributeurs en/of bakkerijen die zouden overwegen Enzym-gist te verdelen en/of te gebruiken.

193. Het Auditoraat stelt dat hier sprake is van een denigrerend gedrag dat de structuur van de markt negatief kon beïnvloeden door distributeurs en/of bakkerijen ervan te weerhouden Enzym-gist in hun assortiment op te nemen, respectievelijk te gebruiken.

194. Dit gedrag wordt - in samenhang met de overige praktijken die zijn weerhouden als een inbreuk op artikel 102 VwEU en artikel IV.2 WER, beschouwd als een misbruik van machtspositie in de zin van deze artikels.

IV.5.2.f De vermelding als distributeur van Enzym-gist

i) Principes

195. Zoals reeds vermeld, is het vaststaande rechtspraak dat misbruik van een machtspositie een objectief begrip is dat betrekking heeft op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die, op een markt waar de mededinging juist door de aanwezigheid van deze onderneming reeds is verzwakt, de instandhouding of de ontwikkeling van de nog op deze markt aanwezige mededinging verhinderen door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende mededinging van goederen of diensten gebruikelijk zijn.¹⁰⁴

196. Uitsluitingseffecten komen niet enkel voor daar waar het de concurrent onmogelijk wordt gemaakt om toe te treden tot de markt maar ook waar toegang moeilijker wordt gemaakt.¹⁰⁵

¹⁰² Décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, §77-78, <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/07d33.pdf>
Décision n°13-D-11 du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique, <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/13d11.pdf>

¹⁰³ Décision n°13-D-11 du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique, punt 368, met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.

¹⁰⁴ Zie bv. het arrest van het Hof van 17 februari 2011 in zaak C-52/09, Konkurrensverket tegen TeliaSonera Sverige AB, Jurispr. 2011 I-00527, punt 27.

¹⁰⁵ Arrest van het Gerecht van 12 juni 2014 in zaak T-286/09, Intel Corp. tegen Europese Commissie, punt 88 en de verwijzingen naar de aldaar geciteerde rechtspraak.

ii) Toepassing op onderhavige zaak

197. Algist Bruggeman heeft distributeurs er toe aangezet om protest aan te tekenen wanneer zij op de nieuwsbrieven van Basic Bakery vermeld werden als distributeurs van Enzym-gist, alhoewel deze vermelding correct was. Algist Bruggeman heeft in dit kader een ontwerp van brief voorbereid en de betrokken distributeurs rechtstreeks gecontacteerd - zij het telefonisch of via e-mail - om deze brief onder hun eigen naam te versturen naar Basic Bakery.
198. Verscheidene distributeurs hebben hieraan concreet gevolg gegeven. Als gevolg van deze gecoördineerde actie op initiatief van Algist Bruggeman werden sindsdien geen distributeurs meer vermeld op de nieuwsbrieven van Basic Bakery.
199. Deze houding van Algist Bruggeman gaat verder dan wat kan beschouwd worden als normale concurrentie. Verder kon deze houding de structuur van de markt negatief beïnvloeden, gelet op het feit dat distributeurs een essentiële schakel vormen in de distributie van gist naar de artisanale en semi-artisanale segmenten toe.
200. Deze houding wordt - in samenhang met de overige praktijken die zijn weerhouden als inbreuk op artikel 102 VwEU en artikel IV.2 WER, beschouwd als een misbruik van machtspositie in de zin van deze artikels.

IV.5.2.g Conclusie

201. Het gedrag van Algist Bruggeman moet gezien worden in het licht van de concurrentie van gistproducenten met een lage(re) prijszetting. Bovenvermelde praktijken hadden een gemeenschappelijk doel, met name uitsluiting en/of marginalisering van bovenvermelde concurrenten.
202. Bijgevolg besluit het Auditoraat dat, alhoewel elk van de praktijken die hierboven is beschreven op zichzelf een misbruik van machtspositie uitmaakt, het niet gepast is om elk van deze praktijken los van elkaar te bekijken.¹⁰⁶
203. Gelet op bovenstaande concludeert het Auditoraat dat bovenvermelde praktijken beoordeeld moeten worden als één enkele inbreuk op de artikelen IV.2 WER en 102 VwEU, gericht op uitsluiting en/of marginalisering van concurrenten met een lage(re) prijszetting.

V. Merkbare beïnvloeding van de mededinging op de Belgische markt en effect op de handel tussen lidstaten

V.1 Principes

204. Wat de verhouding tussen het Europees en het nationaal mededingingsrecht betreft, bepaalt artikel 3, lid 1 van Verordening 1/2003 dat wanneer de nationale mededingingsautoriteiten het nationaal

¹⁰⁶ Zie in die zin de beschikking van de Commissie van 13 mei 2009 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 82 van het EG-Verdrag en artikel 54 van de EER-Overeenkomst, COMP/37.990 - Intel, punten 1737-1747.

recht toepassen op overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of besluiten van ondernemingsverenigingen welke de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden zij eveneens artikel 101 VwEU dienen toe te passen. Dit geldt tevens voor de door artikel 102 VwEU verboden misbruiken.¹⁰⁷

205. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁰⁸ impliceert het communautair bevoegdheidscriterium “kunnen beïnvloeden” (van de handel tussen de lidstaten) dat het mogelijk moet zijn op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien dat de inbreuk, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen de lidstaten kan beïnvloeden.¹⁰⁹
206. Artikel 101 en 102 VwEU vereisen niet dat het bewijs hoeft te worden geleverd dat overeenkomsten en/of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen de handel tussen lidstaten daadwerkelijk beïnvloeden of hebben beïnvloed. Het is voldoende dat de overeenkomst of gedraging een dergelijk effect kan hebben.¹¹⁰
207. Uit vaststaande rechtspraak volgt dat overeenkomsten die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijken, naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist.¹¹¹
208. Tenslotte dient de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten merkbaar te zijn, in die zin dat zij niet onbeduidend (in het Engels :“insignificant”) mag zijn.¹¹²

V.2 Toepassing op de zaak

209. De betrokken partijen zijn enerzijds het Belgisch filiaal van een internationale groep en anderzijds lokale distributeurs, allen actief op de Belgische markt. De weerhouden inbreuk vond plaats over het gehele Belgische grondgebied. Daarenboven blijkt dat Algist Bruggeman op de betrokken markt een marktaandeel had van beduidend meer dan 50%. Bijgevolg besluit het Auditoraat dat de weerhouden gedragingen het gehele Belgische grondgebied bestreken en bijgevolg de mededinging op de Belgische markt merkbaar beperkten in de zin van artikelen IV.1 en IV.2 WER. Gelet op de

¹⁰⁷ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Publicatieblad L001 van 4 januari 2003, artikel 3.1.

¹⁰⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 14 juli 1981 in zaak 172/80, Gerhard Züchner tegen Bayerische Vereinsbank AG, Jurispr. 1981, ECR 2021, punt 18; Arrest van het Hof van Justitie van 14 december 1983 in zaak 319/82, Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA tegen Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG., Jurispr. 1983, ECR 4173; Arrest van het Hof van Justitie van 10 december 1985 in gevoegde zaken 240/82 e.a., Stichting Sigarettenindustrie en anderen tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1985, ECR 3831, punt 48; Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 15 maart 2000 in gevoegde zaken T-25/95 e.a., Cimenteries CBR e.a. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 2000, ECR II-491, punt 3930.

¹⁰⁹ Zie ook Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Publicatieblad C101 van 27 april 2004, punt 23.

¹¹⁰ Zie het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 7 oktober 1999 in zaak T-228/97, Irish Sugar plc tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1999 II-02969, punt 170; Arrest van het Hof van 1 februari 1978 in zaak 19/77, Miller International Schallplatten GmbH tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, Jurispr. 1978 00131, blz. 131 punt 15.

¹¹¹ Zie o.a. zaak C-309/99 Wouters, Jurispr. 2002, blz. I-1577, punt 95.

¹¹² Richtsnoeren van de Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de Artikelen 81 en 82 van het Verdrag ,OJ C 101/81 van 27.4.2004, § 44 e.v.

vaststaande rechtspraak dat overeenkomsten die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijken, naar hun aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg hebben¹¹³, konden de weerhouden gedragingen eveneens de mededinging beperken in de zin van artikelen 101 en 102 VwEU.

VI. Enkele en voortdurende inbreuk

VI.1 Principes

210. Volgens vaste rechtspraak kan een schending van artikel 101, lid 1 VwEU niet alleen voortvloeien uit een op zichzelf staande handeling, 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 schending van deze bepaling kunnen opleveren. Wanneer verschillende handelingen deel uitmaken van een „totaalplan” wegens hun identieke doel en deze de mededinging binnen de gemeenschappelijke en/of Belgische markt verstoren, mag het Auditoraat de aansprakelijkheid voor die handelingen toerekenen in functie van de deelname aan de betrokken inbreuk in zijn geheel.¹¹⁴

VI.2 Toepassing van de principes in de zaak

211. De weerhouden gedragingen die zijn omschreven in Sectie III.3.2 vormen één enkele en voortdurende inbreuk in de zin van artikelen IV.1 WER en IV.2 WER en artikelen 101 en 102 VwEU. Zij hadden immers het gemeenschappelijke doel lage prijs gist concurrenten van de markt uit te sluiten ter bescherming van verticale prijsbinding op de artisanale en semi-artisanale segmenten van de markt voor verse gist.
212. Niettegenstaande het Auditoraat van oordeel is dat bovenvermelde praktijken - met uitzondering van de praktijken vermeld in Secties IV.5.2.4, IV.5.2.5 en IV.5.2.6 - in het kader van artikel 102 VwEU en artikel IV.2 WER elk op zich een inbreuk uitmaken, hadden deze praktijken als gemeenschappelijk doel de uitsluiting/marginalisering van concurrenten met een lage(re) prijszetting.
213. Het gedrag van Algist Bruggeman moet dan ook, op grond van het voorgaande, beschouwd worden als één enkele voortgezette inbreuk op de artikelen 101 en 102 VwEU en de artikelen IV.1 en IV.2 WER.

¹¹³ Zie o.a. het Arrest van het Hof van 19 februari 2002 in zaak C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh en Price Waterhouse Belastingadviseurs BV tegen Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Jurispr. 2002, blz. I-1577, punt 95.

¹¹⁴ Arrest van het Hof van 6 december 2012 in zaak C-441/11, Europese Commissie tegen Verhuizingen Coppens NV, gepubliceerd in de digitale Jurisprudentie, punt 41.

VII. Sanctie

214. Artikel IV.57 WER voorziet dat wanneer de voorwaarden voor een transactie vervuld zijn, het Auditoraat een beslissing kan nemen, die de boete in zich bevat, en welke geldt als een beslissing van het Mededingingscollege zoals bedoeld in artikel IV.48 WER.

VII.1 Toepasselijke richtsnoeren

215. Op 26 augustus 2014 heeft het Directiecomité van de BMA de Richtsnoeren betreffende de berekening van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.70 §1, eerste lid WER bij overtreding van de artikelen IV.1 §1 en/of IV.2 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VwEU aangenomen (hierna: "Boeterichtsnoeren 2014").
216. De Boeterichtsnoeren 2014 zijn van toepassing sinds 1 november 2014 op alle zaken waarin op die dag nog geen met redenen omkleed ontwerp van beslissing was overgemaakt aan het Mededingingscollege. In deze transactieprocedure zijn derhalve de Boeterichtsnoeren 2014 van toepassing.

VII.2 Boeteberekening

VII.2.1 Principe van bepaling van boetes

217. Punt 3 van de Boeterichtsnoeren leest als volgt: *"De Belgische Mededingingsautoriteit zal zich bij het berekenen van geldboeten voor ondernemingen en ondernemingsverenigingen bedoeld in artikel IV.70, § 1, eerste alinea WER bij overtredingen van de artikelen IV.1., §1 en/of IV.2 WER, of van de artikelen 101 en/of 102 VWEU in principe laten leiden door de door de Europese Commissie gebruikte Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a) van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (Publicatieblad 2006/C 210/02) (verder "Commissierichtsnoeren")."*

VII.2.2 Basisbedrag van de boete

218. Het basisbedrag wordt bepaald door de verwijzing naar de waarde van de verkochte goederen of diensten. In afwijking van paragraaf 13 van de Commissierichtsnoeren wordt de in aanmerking te nemen omzet gevormd door de omzet behaald door de betrokken onderneming in België die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houdt met de inbreuk.¹¹⁵
219. Voor de vaststelling van het basisbedrag van de boete wordt een deel van de waarde van de verkopen dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk, vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft. De ernst van de inbreuk wordt per geval beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden.¹¹⁶

VII.2.2.a Berekeningsbasis en referentiejaar

¹¹⁵ Boeterichtsnoeren 2014, §5.

¹¹⁶ Commissierichtsnoeren, §§19-20.

220. In deze zaak is de berekeningsbasis voor Algist Bruggeman de netto-omzet voor de verkoop in België van verse gist (d.i. geperste en gestabiliseerde vloeibare (verse) gist) via distributeurs voor het artisanale en semi-artisanale bakkerijsegment (m.a.w. de betrokken markt)).
221. Het referentiejaar dat voor Algist Bruggeman in aanmerking dient te worden genomen is het jaar 2012, te weten het laatste volledige jaar van de inbreuk.

VII.2.2.b Ernst van de inbreuk

222. Algist Bruggeman heeft de mededinging beperkt met betrekking tot de markt van de verkoop van verse gist via distributeurs door middel van volgende praktijken:
- ▶ Een beperking van intrabrand mededinging via verticale prijsbinding en klantentoe wijzing;
 - ▶ Een beperking van interbrand mededinging door een uitsluitingsstrategie via volgende praktijken: geïndividualiseerde exclusiviteits- en loyaliteitskortingen, geïndividualiseerde doelkortingen, selectieve prijskortingen gericht op een uitsluiting van lage prijs gistmerken, exclusieve afnameovereenkomsten op lange termijn t.a.v. bakkerijen (Kastalia en 300 liter), ondermijning van reputatie van een specifieke lage prijs concurrent en het aanzetten tot protest tegen vermelding als distributeur van een specifieke lage prijs concurrent.
223. Gelet op de aard en omvang van de inbreuk beslist het Auditoraat dat het passend is om een percentage van [15-20]% van de betrokken omzet te weerhouden voor de factor ernst.

VII.2.2.c Duur van de inbreuk

224. De inbreukperiode loopt van 1 januari 2008 tot en met de huiszoeking bij Algist Bruggeman die beëindigd werd op 24 juni 2013. De duurtijd van de inbreuk bedraagt aldus vijf jaar en zes maanden.

VII.2.2.d Berekening van het basisbedrag

225. Gelet op het bovenstaande, komt het Auditoraat tot een basisbedrag van [...]€.¹¹⁷
226. Gezien de aard van de inbreuk, heeft het Auditoraat het niet noodzakelijk geacht om een extra bedrag toe te voegen aan het basisbedrag.¹¹⁸

VII.2.2.e Aanpassing in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden

227. Het basisbedrag kan vervolgens worden verhoogd of verlaagd indien er verzwarende, of respectievelijk verzachtende omstandigheden in aanmerking worden genomen.¹¹⁹ Het Auditoraat oordeelt dat er *in casu* geen verzwarende noch verzachtende omstandigheden in aanmerking kunnen worden genomen.

VII.3 Wettelijk maximum van de boete

228. Gelet op artikel IV.70 §1 WER, dient te worden nagegaan of het boetebedrag het wettelijk plafond van 10% van de omzet van het jaar 2015 niet overschrijdt, gedefinieerd in artikel IV.74 WER als “de

¹¹⁷ Uitkomst van [...]€ X [0,15-0,20] X 5,5.

¹¹⁸ Commissierichtsnoeren, §25.

¹¹⁹ Commissierichtsnoeren, §27 e.v.

totale omzet behaald tijdens het voorbije boekjaar op de nationale markt en bij de export. Hij moet begrepen worden in de zin van titel VI van boek IV van het Wetboek Vennootschappen over de geconsolideerde jaarrekening van de ondernemingen.”

229. *In casu* wordt het wettelijk maximum gevormd door de totale Belgische omzet van Algist Bruggeman en de export in 2015 samen te voegen met de omzet die de groep Lesaffre in België haalt, los van haar dochteronderneming Algist Bruggeman.

230. *In casu* blijkt dat het bedrag van [...]€ het wettelijk plafond niet overschrijdt.

VII.4 Vermindering boete vanwege transactie

231. Overeenkomstig artikel IV.54 2^{de} alinea WER kent het Auditoraat in het kader van deze transactie een boetevermindering toe van 10%.

VII.5 [...]

232. [...]

233. [...]

234. [...]

VII.6 Uiteindelijke boete opgelegd aan de onderneming in het kader van huidige transactieprocedure

235. Overeenkomstig artikel IV.57 WER wordt de uiteindelijke boete die het Auditoraat oplegt aan de betrokken onderneming en haar moederondernemingen als volgt: 5.489.000€.

VII.7 Stopzetting inbreuk

236. Artikel IV.57 WER voorziet dat wanneer de voorwaarden voor een transactie vervuld zijn, het Auditoraat een beslissing kan nemen, die de boete in zich bevat, waardoor de procedure wordt afgesloten. Deze beslissing geldt als een beslissing van het Mededingingscollege zoals bedoeld in artikel IV.48 WER, namelijk een beslissing die vaststelt dat er een restrictieve mededingingspraktijk bestaat en beveelt dat deze desgevallend beëindigd wordt.

237. Het Auditoraat acht het noodzakelijk om principieel te eisen dat de onderneming aan wie de beslissing is geadresseerd de inbreuk beëindigt, voor zover dit nog niet zou zijn gebeurd, en dat zij zich onthoudt van iedere gedraging met eenzelfde doel of gevolg.

VIII. Beslissing

OM DEZE REDENEN,

HET AUDITORAAT VAN DE BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT:

- Stelt vast dat Algist Bruggeman N.V. (en haar moederondernemingen, respectievelijk L.H.B. S.A./N.V., Compagnie des Levures Lesaffre S.A., en Lesaffre et Compagnie S.A.) zich schuldig hebben gemaakt aan de hierboven omschreven inbreuk op de artikelen 101, lid 1 VwEU en IV.1 WER en op artikelen 102 VwEU en IV.2 WER, gericht op een beperking van zowel de intrabrand mededinging als de interbrand mededinging op de markt voor verse gist ten aanzien van de artisanale en semi-artisanale segmenten in België. Deze inbreuk heeft geduurd van 1 januari 2008 tot en met 24 juni 2013.
- Legt in toepassing van artikel IV.57 WER en IV.70 §1 WER de volgende administratieve geldboete op, te betalen volgens de modaliteiten van artikel 2 van het Koninklijk Besluit van 4 september 2013 betreffende de betaling van de administratieve geldboeten en dwangsommen bepaald in Boek IV van het Wetboek van Economisch Recht: 5.489.000€.
- Beveelt dat de bovenvermelde inbreuk wordt beëindigd, voor zover dit nog niet zou zijn gebeurd, en dat Algist Bruggeman en haar moederonderneming(en) zich onthouden van iedere gedraging met eenzelfde doel of gevolg.

Gedaan te Brussel, op 22 maart 2017

Voor het Auditoraat, aldus samengesteld, bij beslissing van de Auditeur-generaal van 6 september 2013 uit Véronique Thirion, Auditeur-generaal, Antoon Kyndt, auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek en Bert Stulens, personeelslid van het Auditoraat die geen deel uitmaakt van het onderzoeksteam.

Véronique Thirion
Auditeur-generaal

Antoon Kyndt
Auditeur

Bert Stulens
Auditeur