

PUBLIEKE VERSIE

Auditoraat

Beslissing n° BMA-2019-I/O-03-AUD van 24 januari 2019

Zaak MEDE-I/O-16/0030: HM Products Benelux NV

I. Betrokken onderneming	3
II. Procedure.....	3
III. Onderzoek.....	4
III.1 Betrokken producten	4
III.2 Betrokken onderneming	4
III.3 Aangeklaagde praktijken.....	5
III.3.1 Werkwijze HM Products.....	5
III.3.2 Aard en omvang van de inbreuk	6
III.4 Geografische omvang van de aangeklaagde praktijken	6
III.5 Duur van de praktijken.....	6
III.6 Bewijzen.....	6
IV. Juridische analyse	7
IV.1 Verticale overeenkomst.....	7
IV.1.1 Overeenkomst	7
IV.1.2 Verticaal karakter van de overeenkomst.....	10
IV.2 Verticale prijsbinding	11
IV.2.1 Principes.....	11
IV.2.2 Toepassing op de zaak	12
IV.2.3 Conclusie.....	12
V. Eén enkele voortdurende inbreuk.....	13
V.1 Principes.....	13

V.2 Toepassing op de zaak	13
VI. Merkbare beperking van de mededinging	14
VI.1 Principes.....	14
VI.2 Toepassing op de zaak	15
VII. Merkbare beïnvloeding van de mededinging op de Belgische betrokken markt en effect op de handel tussen lidstaten.....	15
VII.1 Principes.....	15
VII.2 Toepassing op de zaak	16
VIII. Niet-toepasbaarheid van de artikelen IV.1 § 3 WER en 101, lid 3 VwEU	17
IX. Sanctie.....	17
IX.1 Toepasselijke richtsnoeren	17
IX.2 Boeteberekening.....	17
IX.2.1 Principe van bepaling van boetes	17
IX.2.2 Basisbedrag van de boete	18
IX.2.3 Berekeningsbasis en referentiejaar	18
IX.2.4 Ernst van de inbreuk	18
IX.2.5 Duur van de inbreuk	19
IX.2.6 Berekening van het basisbedrag.....	19
IX.2.7 Aanpassing in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden	19
IX.3 Wettelijk maximum van de boete	19
IX.4 Vermindering van de boete vanwege proportionaliteit	19
IX.5 Vermindering boete vanwege transactie	20
IX.6 Uiteindelijke boete opgelegd aan de onderneming in het kader van huidige transactieprocedure.....	20
IX.7 Stopzetting inbreuk.....	20
X. Beslissing.....	21

I. Betrokken onderneming

1. De betrokken onderneming betreft HM Products Benelux NV (verder “HM Products”), met maatschappelijke zetel te Hagenbroeksesteenweg 169, 2500 Lier.

II. Procedure

2. In de loop van 2016 ontving het Auditoraat informatie omtrent vermeend mededingingsbeperkend gedrag door HM Products wat betreft de door haar toegepaste prijzen- en distributiebeperkingen.
3. Op basis van deze informatie werd op 26 september 2016 door de auditeur-generaal van de Belgische Mededingingsautoriteit (verder “BMA”) op basis van artikel IV.41 §1, 2° Wetboek Economisch Recht (verder “WER”) een ambtshalve onderzoek opgestart.
4. Dit ambtshalve onderzoek werd geregistreerd onder nummer MEDE-I/O-16/0030. Op 11 en 12 oktober 2016 werden huiszoeken uitgevoerd bij HM Products.
5. Op 17 mei 2018 heeft het Auditoraat, in toepassing van artikel IV.42 §4 WER, een mededeling van grieven gericht aan de onderneming alsook toegang verschaft tot het bewijsmateriaal dat hiervoor werd gebruikt, evenals alle niet-vertrouwelijke versies van documenten en inlichtingen die tijdens het onderzoek werden verkregen.
6. Bij brief van 6 juli 2018 heeft de betrokken onderneming bevestigd dat zij bereid was gesprekken te voeren met het oog op een transactie.
7. Bij brief van 10 juli 2018 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. De termijn die werd toegekend aan HM Products om te antwoorden op de mededeling van grieven, werd geschorst zolang de transactiesprekken lopen.
8. De transactiesprekken met betrekking tot de bezwaren hebben plaatsgevonden van juli 2018 tot en met december 2018.
9. Op 3 december 2018 heeft het Auditoraat de mededeling artikel IV.53 gedaan en tevens gevraagd om uiterlijk tegen 18 december 2018 een transactieverklaring af te leggen in toepassing van artikel IV.53 WER.
10. Op 13 december 2018 heeft HM Products een transactieverklaring afgelegd waarin zij haar betrokkenheid en verantwoordelijkheid bij de aangehaalde inbreuk erkent en de voorgestelde sanctie van het Auditoraat aanvaardt.

11. Op 18 december 2018 heeft het Auditoraat, in toepassing van artikel IV.55 WER, de Europese Commissie in kennis gesteld van het ontwerp van de transactiebeslissing.
12. Op 21 januari 2019 heeft het Auditoraat, in toepassing van artikel IV.54 WER, een ontwerp van transactiebeslissing aan HM Products overgemaakt waarbij de geldboete werd bepaald.
13. Op 23 januari 2019 heeft HM Products erkend dat de ontwerpbeslissing de inhoud weergeeft van de door haar met het oog op een transactie gedane verklaringen en dat zij de in het ontwerp bepaalde sanctie aanvaardt.
14. Het onderzoek in deze zaak werd gevoerd door de heer Carl Wettinck, die op 26 september 2016 door de auditeur-generaal werd aangewezen als auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek en mevrouw Katrijn De Vliegheer, attaché.
15. Overeenkomstig artikel IV.29 WER is Devi Wyns aangeduid als tweede auditeur die deel uitmaakt van de cel die wordt samengesteld voor deze zaak.

III. Onderzoek

III.1 Betrokken producten

16. De aangeklaagde praktijken hebben betrekking op de sector voor de verkoop van infrarood cabines. Infrarood cabines werken verlichtend bij spier- en gewrichtspijnen en fungeren tegelijkertijd als een wellness centrum in huis. De cabines zijn verkrijgbaar in verschillende types. Er zijn infrarood cabines voor één persoon, maar ook grotere modellen die ruimte bieden voor 6 personen.¹ De prijs van een infrarood cabine varieert van 2.500 EUR voor een basismodel tot 10.000 EUR voor de meest luxueuze modellen.

III.2 Betrokken onderneming

17. HM Products is verdeler van infrarood cabines van het merk Health Mate in de Benelux. Dit is de enige activiteit van de onderneming. In het op 30 juni 2017 afgesloten boekjaar (periode juli 2016 - juni 2017) realiseerde HM Products een omzet van [VERTROUWELIJK].²
18. De onderneming werd opgericht als een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op 19 april 2006. Op 23 december 2010 werd de naam van de onderneming gewijzigd in HM Products Benelux en werd ook de rechtsvorm gewijzigd in een naamloze vennootschap. De zaakvoerders van HM Products waren initieel de heren Jan Vandenhoeck en Geert Vandenhoeck.³ Sinds 1 mei 2015 is de heer Jan Vandenhoeck de enige bestuurder van HM Products.
19. De heer Jan Vandenhoeck is tevens zaakvoerder van Arak Wellness, dat infrarood cabines van het merk Health Mate rechtstreeks verkoopt aan particulieren in België.

¹ Zie in dit verband <http://www.healthmateshop.be/infraroodcabines>.

² Zie jaarrekening HM Products.

³ [VERTROUWELIJK].

20. Alhoewel de leden van het distributienet (de dealers van HM Products) eveneens betrokken waren bij de concurrentiebeperkende overeenkomsten, heeft het Auditoraat beslist om in het kader van dit dossier enkel HM Products te vervolgen en te beboeten. HM Products is derhalve de partij tot welke deze beslissing is gericht.

21. In casu stelt het Auditoraat vast dat het initiatief voor de inbreuk uitging van HM Products, dat prijslijsten doorstuurde naar haar dealers en de maximum toegelaten korting aangaf. Na in kennis te zijn gesteld van gevallen van hogere (dan toegestane) kortingen, maande HM Products de desbetreffende dealers aan hun prijsbeleid aan te passen. In minstens één geval werd een dealer gewaarschuwd voor een opzegging van de dealerovereenkomst in geval hier geen gevolg aan werd gegeven.

22. Hieruit blijkt dat het zonder het initiatief en de eventuele druk van HM Products ten opzichte van haar dealers niet tot de vermelde inbreuk zou zijn gekomen. Aan deze conclusie wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat sommige dealers de initiatieven van HM Products met het oog op een grotere prijsdiscipline in het algemeen hebben toegejuicht.

III.3 Aangeklaagde praktijken

III.3.1 Werkwijze HM Products

23. HM Products werkt voor de verdeling van haar producten met distributeurs verspreid over het gehele Belgische grondgebied. [VERTROUWELIJK].⁴

24. HM Products hanteert geen systeem van selectieve distributie voor de verdeling van de infrarood cabines. Uit het onderzoek bleek dat de verdelers geen duidelijk zicht hadden op de door HM Products gehanteerde criteria om tot haar distributienetwerk te kunnen toetreden. Eén criterium dat werd aangegeven, was [VERTROUWELIJK]. Dit werd bevestigd door HM Products zelf, dat aangeeft dat [VERTROUWELIJK].⁵ HM Products heeft een netwerk van [VERTROUWELIJK] distributeurs.

25. De distributiebeleid van HM Products bestaat erin dat de verkoop van de infrarood cabines aan de klant gebeurt door de distributeurs. De installatie van de verkochte cabines bij de klant gebeurt ofwel door HM Products zelf (in het merendeel der gevallen) ofwel door de distributeur waarbij HM Products instaat voor de technische naverkoop en reparatie. In geval van defect gaat een medewerker van HM Products langs bij de klant en wordt de klant gevraagd zijn aankoopfactuur voor te leggen.⁶

26. [VERTROUWELIJK] fungeert als een onafhankelijke handelsagent voor HM Products. Concreet staat hij in voor de prospectie van toekomstige distributeurs en de (commerciële) communicatie tussen HM Products en deze distributeurs.⁷ [VERTROUWELIJK] draagt in dit verband noch enig financieel

⁴ [VERTROUWELIJK].

⁵ [VERTROUWELIJK].

⁶ [VERTROUWELIJK]

⁷ [VERTROUWELIJK]

risico noch enig commercieel risico.⁸ De overeenkomst tussen [VERTROUWELIJK] en HM Products wordt dan ook beschouwd als een agentuurovereenkomst in de zin van de Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen.⁹

III.3.2 Aard en omvang van de inbreuk

27. HM Products werkt met vastgestelde catalogusprijzen die staan vermeld in de brochures die zij stuurt naar haar distributeurs. Zij legt de maximale kortingsniveaus op die zij mogen toekennen aan klanten.

28. Het respecteren van de maximale kortingsniveaus op de catalogusprijzen van HM Products is één van de uitdrukkelijke voorwaarden om te mogen toetreden tot het dealernetwerk. Deze worden bij aanvang van de commerciële relaties bekendgemaakt aan de distributeurs en worden vervolgens elk jaar herhaald naar aanleiding van het verspreiden van de verkoopbrochures.¹⁰ Uit het dossier blijkt verder dat de maximale kortingsniveaus gewoonlijk werden gevolgd door een groot deel van de distributeurs.¹¹

29. Deze praktijk van verticale prijsbinding ging gepaard met een vorm van prijsmonitoring waarbij eventuele afwijkingen van het toegestane maximale kortingsniveau werden gedetecteerd.¹²

30. Wat sanctionering betreft, geeft minstens één bewijsstuk aan dat de distributeurs werden gewaarschuwd dat de toepassing van de vermelde korting zal worden gecontroleerd en dat indien de distributeur afwijkt van de voorwaarde en een hogere dan toegestane korting geeft, hij zijn dealerschap zal verliezen.¹³

31. HM Products heeft de vermelde inbreuk op de artikelen IV.1, § 1 WER en 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (verder “VwEU”) gepleegd door met haar distributeurs een prijsbinding voor haar modellen overeen te komen.

III.4 Geografische omvang van de aangeklaagde praktijken

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

III.5 Duur van de praktijken

33. Het Auditoraat beschikt over bewijsmateriaal dat het bestaan aantoonde van één enkele en voortgezette inbreuk van 9 april 2008 tot en met 12 oktober 2016.

III.6 Bewijzen

34. Het bewijsmateriaal bestrijkt de volledige periode van de inbreuk.

⁸ [VERTROUWELIJK]

⁹ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie, Pb C 130 van 19 mei 2010, rns. 12-21 (verder “verticale richtsnoeren”).

¹⁰ [VERTROUWELIJK]

¹¹ [VERTROUWELIJK]

¹² [VERTROUWELIJK]

¹³ [VERTROUWELIJK]

35. Het Auditoraat merkt op dat er voor bepaalde periodes geen bewijs voorhanden is van de beschreven inbreuk en dat er verder ook verschillen zijn in de frequentie van het bewijsmateriaal doorheen de periode maar meent echter dat dit geen invloed heeft op het feit dat de inbreuk voor de gehele duur bewezen is (zie in dit verband hoofdstuk V).

36. Het bewijsmateriaal omvat voornamelijk e-mails met betrekking tot de voorwaarden voor toetreding tot het dealernetwerk, communicatie tussen HM Products, [VERTROUWELIJK] en individuele dealers in verband met toegepaste prijzen en kortingen, ...

IV. Juridische analyse

IV.1 Verticale overeenkomst

IV.1.1 Overeenkomst

IV.1.1.a Principes

37. 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.

38. 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.

39. Bijgevolg zijn, buiten de hierboven vermelde voorwaarde, alle voorwaarden die gelden voor artikel 101 VwEU ook van toepassing op artikel IV.1 WER.

40. 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.¹⁴

¹⁴ Gerecht, 26 oktober 2000, *Bayer AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, T 41/96, rn. 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 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

41. Het Hof van Justitie heeft, oordelend aangaande het bewijs van een verticale overeenkomst, eraan herinnerd dat om een overeenkomst te vormen in de zin van artikel 101, lid 1 VwEU, het voldoende is dat een schijnbaar eenzijdige handeling of handelwijze uitdrukking geeft aan de overeenstemmende wil van ten minste twee partijen, en dat de vorm waarin deze wilsovereenstemming tot uitdrukking komt op zich niet beslissend is.¹⁵ Het Hof van Justitie preciseert verder dat de wil van partijen zowel kan blijken uit de bepalingen van de betrokken dealerovereenkomst als uit het gedrag van partijen, inzonderheid de eventuele stilzwijgende instemming van de dealers met het verzoek van de leverancier.¹⁶
42. Het bewijs van de wilsovereenstemming, noodzakelijk om te kunnen spreken van een overeenkomst, kan worden geleverd door alle mogelijke middelen. Immers, in het mededingingsrecht is de bewijsvoering vrij, zolang het gebruikte bewijsmateriaal maar betrouwbaar is¹⁷.
43. De wilsovereenstemming langs de kant van de leverancier uit zich in het vermelden van de verkoopprijs en de toegestane kortingsniveaus. Het verschil tussen een eenzijdige gedraging van de leverancier die zijn distributeurs uitnodigt vaste of minimum wederverkoopprijzen te hanteren en een anti-concurrentiële verticale overeenkomst, ligt in het bewijs van de instemming van de distributeurs met het naleven van deze wederverkoopprijzen, hetgeen op verschillende manieren kan worden aangetoond, met name op grond van het gedrag van de distributeurs.
44. Één van de mogelijke manieren om instemming van de distributeurs met de praktijken aan te tonen, is de toepassing door hen te bewijzen van de door de leverancier gecommuniceerde prijzen en kortingsniveaus. Een ander criterium hiertoe kan bvb. deelname door de distributeurs aan monitoringpraktijken van de verkoopprijzen zijn.¹⁸
45. In dit verband kan worden verwezen naar de bepalingen van Verordening 330/2010/19. Teneinde niet-geformaliseerde koop- en/of distributierelaties te kunnen aanmerken als een (verticale) overeenkomst in de zin van de Verordening 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 (verder "VGVV") en artikel 101 VwEU en daarmee dat sprake is van wilsovereenstemming, dient - aangezien er geen expliciete instemming is - aangetoond te worden

wilsovereenstemming van ten minste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is."

¹⁵ Hof van Justitie, 13 juli 2006, *Volkswagen*, C 74/04, rn. 37.

¹⁶ *Ib.*, rn. 39.

¹⁷ Gerecht, 11 juli 2014, *Guardian*, T 541/08, rns. 225-226.

¹⁸ Autorité de la Concurrence, beslissing n°15-D-07 van 23 april 2015 aangaande praktijken in de sector van fytosanitaire producten, rns. 36-41.

¹⁹ Verordening 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 C 130 van 20 april 2010, artikel 1 lid 1(a) (verder "verticale groepsvrijstellingverordening" of "VGVV").

dat er sprake is van stilzwijgende instemming langs de kant van de distributeurs. Hiertoe dient te worden aangetoond dat de ene partij expliciet of impliciet van de andere partij verlangt dat zij medewerking verleent aan de uitvoering van zijn eenzijdige beleid en vervolgens dat de andere partij aan die eis heeft voldaan door het eenzijdige beleid daadwerkelijk uit te voeren.²⁰

46. Evenzo kan bij verticale overeenkomsten stilzwijgende instemming worden afgeleid uit de mate van dwang die een partij uitoefent om haar eenzijdige beleid aan de andere partij of partijen bij de overeenkomst op te leggen, in combinatie met het aantal distributeurs dat het eenzijdige beleid van de leverancier daadwerkelijk uitvoert. Zo wijst een systeem van controles en sancties opgezet door een leverancier om distributeurs te straffen die zich niet naar zijn eenzijdig beleid schikken, op stilzwijgende instemming met het eenzijdige beleid van de leverancier indien dit systeem de leverancier in staat stelt zijn beleid in de praktijk toe te passen.²¹

IV.1.1.b Toepassing op de zaak

47. [VERTROUWELIJK].

48. Het respecteren van de maximale kortingsniveaus op de catalogusprijzen van HM Products is echter één van de uitdrukkelijke voorwaarden om deel uit te maken van het dealernetwerk van HM Products. Deze worden bij aanvang van de commerciële relaties bekendgemaakt aan de distributeurs en worden vervolgens elk jaar herhaald naar aanleiding van het verspreiden van de verkoopbrochures.²²

49. Deze kortingspolitiek wordt bovendien gewoonlijk gevolgd door een groot deel van de distributeurs. Verschillende distributeurs geven aan dat hen een maximale korting werd opgelegd en uit facturen die aan het Auditoraat werden overgemaakt, blijkt dat naargelang de periode²³ een kortingspercentage van 5% of 10% wordt gehanteerd.²⁴

50. De instructies betreffende de kortingsniveaus die HM Products geeft aan haar netwerk van distributeurs dienen te worden beschouwd als overeenkomsten en/of onderlinge feitelijke afgestemde gedragingen die gevat worden door art. 101, lid 1 VwEU; deze worden niet beschouwd als eenzijdige handelingen die buiten het toepassingsgebied van art. 101, lid 1 VwEU zouden vallen. Bij het ontbreken van een akkoord dat werd vastgelegd in (of gebaseerd is op) een contract kan de wilsovereenstemming van de partijen worden afgeleid uit hun gedragingen, op voorwaarde dat distributeurs uitdrukkelijk of stilzwijgend instemmen met bepaalde maatregelen. De instructies met verkoopprijzen en maximumkortingen van HM Products vormen een onderdeel van de samenwerkingsovereenkomst tussen HM Products en zijn distributeurs. De toetreding tot het netwerk kan dan ook worden gezien als bewijs van de instemming van de distributeurs met het respecteren van de maximale kortingsmarges op de catalogusprijzen.

²⁰ Rn. 25 a) verticale richtsnoeren.

²¹ Rn. 25 a) verticale richtsnoeren.

²² [VERTROUWELIJK]

²³ Tot 31 maart 2012 was de maximaal toegestane korting 10% op cabines. Vanaf 1 april 2012 is de maximaal toegestane korting 5%.

²⁴ [VERTROUWELIJK]

51. Verder is er sprake van verscheidene interventies door HM Products om afwijkingen van de kortingspolitiek tegen te gaan. Dealers controleerden elkaars kortingsniveaus en contacteerden HM Products in geval van deviatie van het vooropgestelde kortingsniveau. Hierop werden deze distributeurs door HM Products aangemaand om niet van de vooropgestelde wederverkoopprijzen af te wijken.²⁵

52. Uit het bovenstaande concludeert het Auditoraat dat de distributeurs stilzwijgend hun instemming hebben betuigd met de door HM Products gevolgde politiek van maximaal toegestane kortingen op de catalogusprijzen en dat er bijgevolg sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 101 VwEU.

IV.1.2 Verticaal karakter van de overeenkomst

IV.1.2.a Principes

53. Het begrip verticale overeenkomst beslaat een breed scala van overeenkomsten en wordt in artikel 1 lid 1(a) VGVV volgt omschreven: *“Een 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.”*²⁶

54. Een overeenkomst tussen een leverancier en een distributeur van goederen is een verticale overeenkomst. Koop- en/of distributieovereenkomsten zijn overeenkomsten die onder meer betrekking hebben op de voorwaarden voor de koop, verkoop of wederverkoop van de door de leverancier geleverde goederen of diensten.²⁷

IV.1.2.b Toepassing op de zaak

55. Uit de feiten van de zaak blijkt dat hier sprake is van een overeenkomst tussen ondernemingen die zich bevinden in verschillende stadia van de distributieketen. Langs de ene kant HM Products als verdeler van infrarood cabines en langs de andere kant haar distributeurs die deze infrarood cabines verkopen aan de consument.

56. [VERTROUWELIJK] verhindert niet dat deze kunnen beschouwd worden als een verticale overeenkomst.

57. Uit het bovenstaande concludeert het Auditoraat dat de overeenkomst en commerciële samenwerkingsvoorwaarden tussen HM Products en haar distributeurs moeten beschouwd worden als een verticale overeenkomst.

²⁵ [VERTROUWELIJK]

²⁶ Artikel 1 lid 1(a) VGVV.

²⁷ Rn. 25 d) verticale richtsnoeren.

IV.2 Verticale prijsbinding

IV.2.1 *Principes*

58. Leveranciers mogen aan hun distributeurs een maximumprijs opleggen en verkoopprijzen aanbevelen; leveranciers mogen evenwel geen vaste prijzen of minimumprijzen opleggen aan hun distributeurs.²⁸ Dit laatste wordt beschouwd als verticale prijsbinding.

59. Verticale prijsbinding wordt in de verticale richtsnoeren omschreven als *“overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben een vaste of minimumwederverkoopprijs of een vast of minimumprijsniveau aan de afnemer op te leggen”*.

60. Het is vaststaande rechtspraak dat verticale prijsbinding een hardcore beperking is en als een restrictie met mededingingsbeperkende strekking (*by object*) dient behandeld te worden.²⁹ Ook in de verticale richtsnoeren wordt een overeenkomst waarbij het maximumniveau wordt vastgesteld van de kortingen die de distributeur ten opzichte van een bepaald prijsniveau mag toekennen, beschouwd als hardcore verticale prijsbinding.³⁰

61. Verticale prijsbinding kan de mededinging op verschillende wijzen beperken. Verticale prijsbinding zal onmiddellijk tot gevolg hebben dat alle of bepaalde distributeurs ervan worden weerhouden hun verkoopprijs voor het merk in kwestie te verlagen. Met andere woorden, het rechtstreekse effect van verticale prijsbinding is een prijsverhoging ten nadele van de consument.³¹

62. In geval van contractuele bepalingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij de wederverkoopprijs direct wordt vastgesteld, ligt de mededingingsbeperking voor de hand. Verticale prijsbinding kan echter eveneens indirect worden opgelegd door van een distributeur te eisen dat hij maximale kortingsniveaus respecteert. De distributeur kan bijvoorbeeld worden gevraagd geen kortingen toe te passen die hoger zijn dan een bepaald percentage dat wordt berekend op basis van aanbevolen prijzen.³²

63. Indirecte prijsbinding kan daarnaast ook worden bereikt via het koppelen van de opgelegde wederverkoopprijs aan waarschuwingen, sancties of beëindiging van overeenkomsten, wanneer dit verband houdt met de inachtneming van een bepaald prijsniveau. De doeltreffendheid van directe of indirecte maatregelen om prijsbinding te bewerkstelligen, kan worden verhoogd door deze te combineren met maatregelen die erop gericht zijn distributeurs die beneden de prijs verkopen op het spoor te komen, zoals de invoering van een prijscontrolesysteem of het opleggen

²⁸ Artikel 4 a) VGVV.

²⁹ Zie bv. Europese Commissie, *Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, 3.4. en Hof van Justitie, 3 juli 1985, *Binon t. Agence et Messageries de la Presse*, C 243/83, rns. 43-44 en 47; COMP/37.975, 16 juli 2003 *PO/Yamaha*, rn. 127.

³⁰ Rn. 48 verticale richtsnoeren

³¹ Rn. 224 verticale richtsnoeren.

³² Beschikking van de Commissie van 16 juli 2003 in zaak COMP/37975, *Yamaha*, rn. 126.

aan de wederverkopers van de verplichting om te melden wanneer andere leden van het distributienet van het standaardprijsniveau afwijken.³³

64. In dit kader dient eraan te worden herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak voor de toepassing van artikel 101, lid 1 VWEU overbodig is om met de concrete gevolgen van een overeenkomst rekening te houden wanneer blijkt dat deze overeenkomst tot doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen.³⁴

65. In dit opzicht heeft het Hof van Justitie benadrukt dat het onderscheid tussen „*inbreuken naar strekking*” en „*inbreuken naar gevolg*” verband houdt met de omstandigheid dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging.³⁵

IV.2.2 Toepassing op de zaak

66. Uit de bewijzen blijkt dat het initiatief voor de verticale prijsbinding uitging van HM Products; het communiceert immers de verkoopprijzen en maximumkortingen aan de distributeurs bij aanvang van de commerciële relaties. Deze worden vervolgens elk jaar door HM Products meegedeeld aan de distributeurs naar aanleiding van het verspreiden van de verkoopbrochures.

67. De verticale prijsbinding wordt op indirecte wijze geïmplementeerd door te vereisen dat distributeurs een maximaal kortingsniveau respecteren, waaruit een duidelijke handhaving van een minimumprijsniveau door HM Products ten aanzien van haar distributeurs naar voren komt.³⁶

68. De praktijk van verticale prijsbinding ging tenslotte gepaard met een vorm van prijsmonitoring waarbij eventuele afwijkingen van het toegestane maximale kortingsniveau werden gedetecteerd. De distributeurs brengen HM Products namelijk op de hoogte van afwijkingen door andere distributeurs om op die manier HM Products ertoe te bewegen actie te ondernemen. Deze distributeurs worden vervolgens benaderd door HM Products en daarbij aangemaand om niet langer van de vooropgestelde kortingsniveaus af te wijken. De monitoring gebeurt verder via het afleggen van bezoeken door HM Products aan haar distributeurs.³⁷

69. Bij het niet naleven van de toegestane maximumkorting is het verlies van dealerschap een mogelijke sanctie.³⁸ In minstens één geval werd een dealer gewaarschuwd voor een opzegging van de dealerovereenkomst in geval hier geen gevolg aan werd gegeven.

IV.2.3 Conclusie

70. Uit het bovenstaande blijkt duidelijk dat er sprake is van een systeem van verticale prijsbinding dat tot uiting komt in de handhaving van vaste basiswederverkoopprijzen en/of een minimumprijsniveau, via de vaststelling van het maximumniveau van de kortingen die de

³³ Rns. 46 en 48 verticale richtsnoeren.

³⁴ Hof van Justitie, 13 december 2012, *Expedia Inc. t. Autorité de la concurrence*, C 226/11, rn. 35 en de verwijzing naar de rechtspraak aldaar.

³⁵ Expedia, o.c., rn. 36.

³⁶ [VERTROUWELIJK]

³⁷ Hetgeen opvallend frequent gebeurde. Zie in dit verband [VERTROUWELIJK]

³⁸ [VERTROUWELIJK]

distributeur ten opzichte van de catalogusprijs mag toekennen voor de producten van HM Products.

71. 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.

72. Aangezien het een inbreuk met een mededingingsbeperkende strekking betreft, diende het Auditoraat geen mededingingsbeperkende effecten van de betreffende praktijken aan te tonen.

V. Eén enkele voortdurende inbreuk

V.1 Principes

73. 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 één 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.³⁹

74. Hoewel de periode tussen twee manifestaties van een inbreukmakende gedraging een relevant criterium is om het voortdurende karakter van een inbreuk te bewijzen, kan de vraag of die periode al dan niet lang genoeg is om als een onderbreking van de inbreuk te worden aangemerkt, niet in abstracto worden onderzocht. Deze vraag moet in samenhang met de werking van de betrokken mededingingsregeling worden beoordeeld.⁴⁰

75. In dit verband zij eraan herinnerd dat het feit dat het bewijs van de inbreuk niet is geleverd voor bepaalde tijdvakken, er niet aan in de weg staat dat de inbreuk wordt geacht te bestaan gedurende een totale periode die langer is dan deze tijdvakken, mits een dergelijke vaststelling op objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen berust. In het kader van een inbreuk die zich over verschillende jaren uitstrekt, heeft het feit dat de mededingingsregeling zich met meer of minder lange tussenpozen in verschillende tijdvakken manifesteert, geen invloed op het bestaan van deze mededingingsregeling, voor zover de verschillende acties die daarvan deel uitmaken, één doel hebben en in het kader van één voortdurende inbreuk passen.

V.2 Toepassing op de zaak

76. De hierboven beschreven praktijken van HM Products en haar distributeurs zouden ook apart als inbreuken op de artikelen IV.1 WER en/of 101, lid 1 VwEU kunnen worden beschouwd. Het zou evenwel artificieel zijn deze praktijken op te splitsen in afzonderlijke inbreuken.

³⁹ Hof van Justitie, 6 december 2012, *Europese Commissie tegen Verhuizingen Coppens NV*, C-441/11, rn. 41.

⁴⁰ Gerecht, 16 juni 2015, *FSL Holdings, Firma Léon Van Parys en Pacific Fruit Company Italy SpA t. Commissie*, T 55/11, rn. 483.

77. Immers, het opleggen van de maximale kortingspercentages in combinatie met de prijsmonitoring is erop gericht een politiek van verticale prijsbinding uit te werken voor de verkoop van infrarood cabines. De onderzochte praktijken kaderen in een globaal plan dat de handhaving van een minimumprijsniveau bij de distributeurs tot doel heeft.

78. Het Auditoraat dient bewijzen aan te voeren die betrekking hebben op feiten die zich voldoende kort na elkaar hebben voorgedaan, zodat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze inbreuk tussen twee welbepaalde tijdstippen zonder onderbreking heeft voortgeduurd. In casu dient opgemerkt dat er voor de periodes 23 januari 2010 - 13 maart 2012 en 5 juni 2013 - 11 maart 2015 geen bewijs voorhanden is van de beschreven inbreuk.

79. Bij het beoordelen van de onderbreking van een inbreuk dient gekeken te worden naar de werking van de betrokken mededingingsregeling en de specifieke situatie op de relevante markt. De praktijk in kwestie, verticale prijsbinding, vereist geen communicatie of coördinatie op regelmatige basis. Bovendien is er een veelheid aan bewijzen in de jaren voor en na de bewuste periodes, gecombineerd met een uniformiteit qua actoren, communicatiemiddelen en inhoud van de communicaties. Verder kan het ontbreken van bewijs van communicatie voor een bepaalde periode niet worden geïnterpreteerd als zijnde bewijs dat geen dergelijke communicatie plaatsvond. Tenslotte geven distributeurs ook aan dat ze de bewuste kortingen hebben gehanteerd gedurende de periodes waarvoor geen bewijs voorhanden is, hetgeen aantoont dat ook toen de verticale prijsbinding van kracht was.⁴¹

80. Verder is er sprake van één enkele inbreuk: de betrokken praktijken streven dezelfde doelstellingen na, het gaat om dezelfde producten en diensten, dezelfde ondernemingen hebben aan de inbreuk deelgenomen en de uitvoeringswijze is dezelfde. Bovendien treden dezelfde natuurlijke personen op voor rekening van de ondernemingen en bestrijken de betrokken praktijken hetzelfde gebied. Het Auditoraat kan er dus van uitgaan dat de inbreuk - of de deelname van een onderneming aan de inbreuk - niet onderbroken is, ook al heeft zij voor bepaalde specifieke periodes geen bewijzen van de inbreuk, aangezien de verschillende acties die daarvan deel uitmaken één doel hebben en in het kader van één voortdurende inbreuk kunnen passen.

81. De hierboven beschreven en gekwalificeerde restrictieve mededingingspraktijken maken dan ook deel uit van één enkele voortdurende inbreuk op de artikelen IV.1 WER en/of 101, lid 1 VwEU.

VI. Merkbare beperking van de mededinging

VI.1 Principes

82. De artikelen 101, lid 1 VwEU en IV.1 WER verbieden overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die als doel of ten gevolge hebben de mededinging te beperken. Er dient eraan te worden herinnerd dat het doel en het mededingingsbeperkende effect geen cumulatieve

⁴¹ [VERTROUWELIJK]

voorwaarden zijn om te beoordelen of een praktijk binnen het toepassingsgebied van het verbod van de artikelen 101, lid 1 VwEU en IV.1 WER valt.

83. Uit het alternatieve karakter van deze voorwaarde, die blijkt uit het voegwoord “of”, volgt dat in de eerste plaats de strekking van de overeenkomst moet worden onderzocht, rekening houdend met de economische omstandigheden waarin zij moet worden toegepast. Bijgevolg hoeft het Auditoraat, wanneer een overeenkomst per definitie als mededingingsbeperkend wordt aanzien, de mogelijke effecten niet verder te onderzoeken.⁴² Dezelfde redenering geldt voor de onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

84. Een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, vormt naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging.⁴³

VI.2 Toepassing op de zaak

85. De verschillende aspecten van het gedrag van de betrokken onderneming, zoals uiteengezet in hoofdstuk IV, hadden eenzelfde doel: de handhaving van een minimumprijsniveau bij de distributeurs door een politiek van verticale prijsbinding.

86. Het is vaststaande rechtspraak dat verticale prijsbinding als een hardcore beperking, en met name als een restrictie met mededingingsbeperkende strekking (*by object*) dient behandeld te worden.⁴⁴ Het Auditoraat diende aldus geen mededingingsbeperkende effecten van de betreffende praktijken aan te tonen.

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

VII.1 Principes

87. Artikel IV.1 WER viseert overeenkomsten of onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Belgische betrokken markt of een wezenlijk deel ervan merkbaar wordt aangetast.

88. Artikel 101, lid 1 VwEU daarentegen is enkel toepasbaar wanneer een overeenkomst en/of onderlinge afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

⁴² Zie onder meer Hof van Justitie, 20 november 2008, *Beef industrie development and Barry Brothers*, C-209/07, rns.15-17 en Gerecht, 9 juli 2009, *Peugeot en Peugeot Nederland/Commission*, T-450/05, rns. 43-45 en 257.

⁴³ Hof van Justitie, 13 december 2012, *Expedia Inc. t. Autorité de la concurrence e.a.*, C 226/11, rn. 37.

⁴⁴ Zie bv. Europese Commissie, *Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, 3.4. en Hof van Justitie, 3 juli 1985, *Binon t. Agence et Messageries de la Presse*, C 243/83, rns. 43-44 en 47; COMP/37.975, 16 juli 2003 *PO/Yamaha*, rn. 127.

89. Volgens vaststaande rechtspraak kan een restrictieve overeenkomst en/of een restrictieve onderlinge afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden wanneer de objectieve bestanddelen feitelijk en rechtens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten dat zij een directe of indirecte, actuele of potentiële invloed kunnen uitoefenen op de goederenstromen tussen lidstaten.⁴⁵
90. Artikel 101, lid 1 VwEU vereist 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.⁴⁶
91. De handel tussen lidstaten kan daarenboven worden beïnvloed in de gevallen waarin de relevante markt nationaal of sub-nationaal is.⁴⁷ 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.⁴⁸
92. Tenslotte dient de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten merkbaar te zijn, in die zin dat zij niet onbeduidend mag zijn.⁴⁹

VII.2 Toepassing op de zaak

93. De weerhouden inbreuk kadert binnen een overeenkomst tussen HM Products en haar distributeurs met betrekking tot de wederverkoops prijs van infrarood cabines in heel België.
94. 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.⁵⁰
95. Bijgevolg besluit het Auditoraat dat de weerhouden praktijken de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.
96. Daar de weerhouden overeenkomst het volledige Belgische grondgebied bestrijkt, beperkt de overeenkomst ook op merkbare wijze de mededinging op de Belgische markt in de zin van artikel IV.1 WER.

⁴⁵ Hof van Justitie, 11 juli 1985, *Remia*, C 42/84, rn. 22; Hof van Justitie, 14 juli 1981, *Züchner*, C 172/80, rn. 18; Hof van Justitie, 14 december 1983, *Kerpen & Kerpen*, C 319/82; Hof van Justitie, 10 december 1985, *Stichting Sigarettenindustrie*, gev. zaken 240/82 e.a., rn. 48 en Gerecht, 15 maart 2000, *Cimenteries CBR*, gev. zaken T 25/95 e.a., rn. 3930.

⁴⁶ Gerecht, 7 oktober 1999, *Irish Sugar t. Commissie*, T 228/97, rn. 170 en Hof van Justitie, 1 februari 1978, *Miller*, C 19/77, rn. 15.

⁴⁷ Richtsnoeren van de Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb C 101/81* van 27.4.2004, rn. 22.

⁴⁸ Zie Hof van Justitie, 19 februari 2002, *Wouters*, C 309/99, rn. 95.

⁴⁹ *Ib.*, rns. 44 e.v.

⁵⁰ *Ib.*, rn. 95.

VIII. Niet-toepasbaarheid van de artikelen IV.1 § 3 WER en 101, lid 3 VwEU

97. De bepalingen van artikel IV.1 §1 WER zijn krachtens artikel IV.1 §3 WER niet van toepassing op een overeenkomst 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.

98. Een inbreuk die bestaat uit een overeenkomst zoals weerhouden in deze beslissing vormt per definitie een ernstige beperking van de mededinging. Dergelijke doelbeperkingen zijn volgens de VGVV niet automatisch uitgesloten van de mogelijkheid vrijgesteld te worden.⁵¹

99. Echter, 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 inbreuk, zou zijn voldaan aan de voorwaarden voor een vrijstelling. Het Auditoraat ziet geen efficiëntieverbeteringen die voortvloeien uit de opname van een verticale prijsbindingsverplichting in de overeenkomsten tussen HM Products en haar distributeurs.

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

IX. Sanctie

101. 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.

IX.1 Toepasselijke richtsnoeren

102. 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 (verder “Boeterichtsnoeren”).

IX.2 Boeteberekening

IX.2.1 Principe van bepaling van boetes

103. Randnummer 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*

⁵¹ Rn. 47 verticale richtsnoeren.

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”).”.

IX.2.2 Basisbedrag van de boete

104. Overeenkomstig randnummer 19 van de Commissierichtsnoeren wordt voor de vaststelling van het basisbedrag van de boete een percentage van de waarde van de verkochte goederen of diensten die direct of indirect verband houden met de inbreuk weerhouden (een percentage dat wordt bepaald door de ernst van de inbreuk) en vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft.
105. De ernst van de inbreuk wordt geval per geval beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden.⁵²
106. De factor duur wordt in rekening gebracht door het weerhouden percentage van de betrokken omzet te vermenigvuldigen met het aantal jaren van de inbreuk.

IX.2.3 Berekeningsbasis en referentiejaar

107. De berekeningsbasis wordt in beginsel gevormd door de betrokken omzet, namelijk de omzet behaald door de betrokken onderneming in België die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houdt met de inbreuk.⁵³
108. In deze zaak wordt de berekeningsbasis gevormd door de omzet van de verkoop in België van infrarood cabines. Aangezien HM Products maar één activiteit uitoefent op de Belgische markt betreft het hier haar volledige omzet.
109. Het referentiejaar dat in aanmerking wordt genomen, is normaliter het laatste volledige jaar van de inbreuk, zijnde in casu 2015. Aangezien het relevante boekjaar loopt van oktober 2014 tot en met juni 2016 en 21 maanden omvat, wordt de omzet pro rata temporis berekend voor een periode van 12 maanden.

IX.2.4 Ernst van de inbreuk

110. De betrokken onderneming heeft de mededinging met betrekking tot infrarood cabines beperkt door aan verticale prijsbinding te doen, hetgeen leidde tot een beperking van de intrabrand concurrentie waardoor de normale mededinging werd vervalst.
111. Verticale prijsbinding dient beschouwd te worden als een hardcore inbreuk op het mededingingsrecht. Echter, verticale overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen zoals verticale prijsbinding zijn door hun aard vaak minder schadelijk voor de mededinging dan horizontale overeenkomsten. Het Auditoraat beschouwt dat, gelet op de aard van de inbreuk, het passend is voor de factor ernst een percentage van [5-10] % te hanteren.

⁵² Commissierichtsnoeren, rn. 20.

⁵³ Boeterichtsnoeren 2014, rn. 5.

IX.2.5 Duur van de inbreuk

112. Op basis van hoofdstuk III.5 is de duurtijd van de inbreuk voor HM Products 8 jaar en 6 maanden.

IX.2.6 Berekening van het basisbedrag

113. Op basis van voorafgaande komt het Auditoraat tot een basisbedrag van [VERTROUWELIJK].⁵⁴

114. Gezien de aard van de inbreuk heeft het Auditoraat het niet noodzakelijk geacht om een extra bedrag toe te voegen aan het basisbedrag.⁵⁵

IX.2.7 Aanpassing in functie van verzwarende of verzachtende omstandigheden

115. Het basisbedrag kan vervolgens worden verhoogd of verlaagd indien er verzwarende of verzachtende omstandigheden in aanmerking worden genomen. Het Auditoraat oordeelt dat er in casu verzwarende noch verzachtende omstandigheden in aanmerking kunnen worden genomen.

IX.3 Wettelijk maximum van de boete

116. Gelet op artikel IV.70 §1 WER, dient te worden nagegaan of het boetebedrag het wettelijk plafond van 10% van de omzet van het boekjaar afgesloten op 30 juni 2017 niet overschrijdt, gedefinieerd in artikel IV.74 WER als “de 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.”.

117. In casu blijkt dat de berekende geldboete van [VERTROUWELIJK] EUR het wettelijk maximum bepaald in artikel IV.70 §1 WER overschrijdt. Het bedrag van de voorgestelde boete wordt bijgevolg verminderd tot dit wettelijk maximum, namelijk [VERTROUWELIJK] EUR.

IX.4 Vermindering van de boete vanwege proportionaliteit

118. Het Auditoraat moet erover waken dat de geldboete proportioneel is en een voldoende afschrikwekkend effect heeft.

119. Het Auditoraat stelt vast dat HM Products een kleine en onafhankelijke marktspeler is die niet behoort tot een grote internationale groep.⁵⁶

120. Rekening houdend met de omvang van de onderneming kent het Auditoraat op grond van proportionaliteitsoverwegingen een vermindering van boete toe van [VERTROUWELIJK] %.

⁵⁴ Uitkomst van [VERTROUWELIJK] EUR x [VERTROUWELIJK] (ernst) x 8,5 (duur). Het relevante boekjaar loopt van oktober 2014 tot en met juni 2016 en omvat 21 maanden. De omzet gedurende deze periode bedraagt [VERTROUWELIJK] EUR. De omzet wordt pro rata temporis berekend voor 12 maanden, hetgeen neerkomt op [VERTROUWELIJK] EUR.

⁵⁵ Commissierichtsnoeren, rn. 25.

⁵⁶ Beslissing n° ABC-2016-I/O-15-AUD van het Auditoraat van 27 mei 2016, *Croisières sur la Meuse et la partie navigable de la Lesse*, rn. 107 en beslissing n° BMA-2016-I/O-04-AUD van het Auditoraat van 23 februari 2016, *Industriële batterijen*, rn. 135. Zie in dit kader ook de redenering van de Europese Commissie in de Zaak AT.39965, *Champignons*, rn. 73.

IX.5 Vermindering boete vanwege transactie

121. Overeenkomstig artikel IV.54 alinea 2 WER, kent het Auditoraat in het kader van deze transactie een boetevermindering toe van 10%.

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

122. Overeenkomstig artikel IV.57 WER wordt de uiteindelijke boete die het Auditoraat oplegt aan de betrokken onderneming als volgt: 98.000 EUR.

IX.7 Stopzetting inbreuk

123. 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.

124. 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.

X. Beslissing

OM DEZE REDENEN,

HET AUDITORAAT VAN DE BELGISCHE MEDEDINGINGSAUTORITEIT:

- Stelt vast dat HM Products Benelux NV zich schuldig heeft gemaakt aan de hierboven omschreven inbreuk op de artikelen 101, lid 1 VwEU en IV.1 WER gericht op een beperking van de intrabrand concurrentie op de markt voor infrarood cabines in België. Deze inbreuk heeft geduurd van 9 april 2008 tot en met 12 oktober 2016.
- Legt in toepassing van de artikelen 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: 98.000 EUR.
- Beveelt dat de bovenvermelde inbreuk wordt beëindigd, voor zover dit nog niet zou zijn gebeurd, en dat HM Products Benelux NV zich onthoudt van iedere gedraging met eenzelfde doel of gevolg.

Gedaan te Brussel, op 24 januari 2019

Voor het Auditoraat, aldus samengesteld, bij beslissing van de Auditeur-generaal van 26 september 2016 uit Véronique Thirion, Auditeur-generaal, Carl Wettinck, auditeur belast met de dagelijkse leiding van het onderzoek en Devi Wyns, personeelslid van het Auditoraat die geen deel uitmaakt van het onderzoeksteam.

Véronique Thirion
Auditeur-generaal

Carl Wettinck
Auditeur

Devi Wyns
Auditeur