

RAAD VOOR DE MEDEDINGING

Beslissing nr. 2013-I/O-06 van 28 februari 2013

Zaak MEDE-I/O-08/0009 : Mededingingsbeperkende praktijken op de markt voor levering en verkoop van meel in België

I. Procedure

1. Het Auditoraat heeft op 8 april 2008 ambtshalve een onderzoek geopend naar mogelijke inbreuken op artikel 2 van de Wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 (hierna “WBEM”). De zaak werd geregistreerd onder het nummer MEDE-I/O-08/0009.

2. Aan het ambtshalve onderzoek lag een verzoek tot clementie op grond van de Clementiemededeling van de Raad ten grondslag (Mededeling van de Raad voor de Mededinging betreffende de volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten in kartelzaken, B.S. 22 oktober 2007, p. 54713, hierna: de Clementiemededeling) ingediend door de onderneming Werhahn, alsook ernstige aanwijzingen die de auditeur stelde te hebben van inbreuken in de sector van de meelfabrikanten. Werhahn had op 28 februari 2008 een voorbehouden rang gevraagd met het oog op een volledige vrijstelling, vervolgens heeft zij op 13 maart 2008 het clementieverzoek vervolledigd en op 19 maart 2008 een geconsolideerd verzoek met bijgaande stukken overgemaakt.

3. Op 11 juni 2010 heeft de Auditeur-generaal aan de Raad op grond van artikel 49 voorgesteld een clementieverklaring aan te nemen voor Werhahn. Op 8 juli 2010 heeft een kamer van de Raad een clementieverklaring afgegeven. In de verklaring wordt gesteld dat de verzoeker kan genieten van volledige vrijstelling als de Raad ten gronde zal kunnen vaststellen dat aan alle voorwaarden van de Clementiemededeling is voldaan. De verklaring stelt vast dat Werhahn als eerste relevante informatie en bewijzen over afspraken in de meelsector heeft aangebracht en dat deze informatie nog niet in het bezit was van de Belgische mededingingsautoriteit. Op het moment van het indienen van het clementieverzoek had het Auditoraat nog geen huiszoeken uitgevoerd.

4. Blijkens het door de auditeur ingediende verslag, werden er huiszoeken verricht op 15 april 2008 bij Ceres NV, bij Dossche Mills NV, bij Brabomils NV en bij de ondernemingsvereniging Koninklijke Vereniging van Belgische Maalderijen. Verdere huiszoeken vonden plaats op 17 en 22 september 2009 bij Dossche Mills NV.

Blijkens het dossier en de toelichtingen verschaft door de auditeur, werd er ook informatie uitgewisseld tussen de NMa en de Belgische mededingingsautoriteit op grond van de samenwerkingsmechanismen van Vo. 1/2003. In dat kader werden door de auditeur onder meer verklaringen bekomen van Meneba. Ook met de Luxemburgse en de Duitse mededingingsautoriteiten werd informatie uitgewisseld (onderdeel I. van het onderzoeksdossier).

5. Op 11 mei 2009 werd door de onderneming Meneba tevens een clementieverzoek ingediend met het oog op het bekomen van volledige of gedeeltelijke vrijstelling van geldboeten. Na een verzoek daaromtrent van de Auditeur-generaal op 24 augustus 2010 en na kennisname van het clementiedossier en een toelichting door de behandelende auditeur, wordt door een kamer van de Raad op 22 september 2010 een clementieverklaring voor gedeeltelijke vrijstelling toegekend aan Meneba met de voorwaarde dat de in de clementieverklaring geformuleerde voorwaarden vervuld blijven gedurende de ganse procedure.

6. Op 23 december 2010 heeft de auditeur een gemotiveerd verslag alsmede een onderzoeksdossier ingediend bij de Raad. Het verslag richt zich tegen de ondernemingen Werhahn, Meneba, Ceres NV,

PUBLIEKE VERSIE

Dossche Mills NV, Brabomills NV en Bloemmolens Van Geel. De auditeur vraagt aan de Raad voor de Mededinging om een inbreuk vast te stellen op artikel 2 WBEM of artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna “VWEU”). De auditeur gaf kennis van het verslag aan al de betrokken ondernemingen op 31 december 2010.

7. Op 13 januari 2011 werd de behandeling van de zaak door de voorzitter van de Raad voor de Mededinging toegewezen aan de Vijftiende kamer van de Raad. Aan de betrokken ondernemingen werd toegang tot het dossier en de inventaris van het dossier verleend conform de toepasselijke bepalingen van de WBEM.

8. Op 28 februari 2011 vond een zitting plaats die tot doel had om het procedureverloop te regelen. De betrokken ondernemingen, de auditeur en het onderzoeksteam werden door de kamer gehoord.

9. Na afloop van de kalenderzitting van 28 februari 2011, heeft de kamervoorzitter op 3 maart 2011 de termijnen voor het indienen van schriftelijke opmerkingen bepaald. De termijnen waren als volgt: 16 mei voor de betrokken ondernemingen, 8 juli 2011 voor de auditeur en 31 augustus 2011 voor de betrokken ondernemingen.

10. Op 5 april 2011 werd door de griffier aan de betrokken ondernemingen een rechtzetting meegedeeld met betrekking tot de inventaris van het onderzoeksdossier. Een nieuwe versie van de inventaris werd toegestuurd.

11. Op 17 mei 2011 werden de partijen opgeroepen voor een zitting op 29 september 2011.

12. Tegelijkertijd met het indienen van zijn schriftelijke opmerkingen, heeft de auditeur op 8 juli 2011 opnieuw een rechtzetting medegedeeld ten aanzien van de classificatie van de vertrouwelijkheid in de inventaris bij onderzoeksdossier. Bij zijn memorie werden twee stukken gevoegd voor dewelke de classificatie van code C naar code A (toegang voor alle betrokken ondernemingen) werd veranderd.

13. Op 18 juli 2011 verzoekt Dossche om toegang tot de niet-vertrouwelijke versie van het antwoord van de auditeur op de opmerkingen van de betrokken ondernemingen. Op 25 juli 2011 maakt de griffier de niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen van de auditeur als antwoord op de schriftelijke opmerkingen van de betrokken ondernemingen over aan de raadslieden van Dossche.

14. Op 25 juli 2011 verzoekt Bloemmolens Van Geel om toegang tot de niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen die ingediend werden door de andere betrokken ondernemingen.

15. Op 25 juli 2011 maakt de griffier de niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen van de auditeur als antwoord op de schriftelijke opmerkingen van de betrokken ondernemingen over aan de raadslieden van Bloemmolens Van Geel. Namens de kamer deelt de griffier tevens mede dat Bloemmolens van Geel inzage krijgt in de niet-vertrouwelijke versie van de schriftelijke opmerkingen zoals ingediend door de andere betrokken ondernemingen.

16. [...]

17. Op 29 september 2011 vindt er een zitting plaats. Ter zitting werden de betrokken ondernemingen alsmede de auditeur en het onderzoeksteam gehoord. De betrokken ondernemingen werden zowel samen als elk afzonderlijk door de kamer gehoord. Op 12 januari 2012 beslist de kamer om de auditeur te verzoeken haar te informeren over het verwachte besluit op bezwaar van de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in zaak 6306/Meel. De beslissing van de kamer is als volgt gemotiveerd:

“1. Op 29 september 2011 vond in deze zaak een zitting plaats. De auditeur alsook alle ondernemingen tegen wie het gemotiveerde verslag is gericht, werden gehoord. Ter zitting werd aan de partijen medegedeeld dat de behandeling van de zaak in voortzetting werd gesteld en dat er een vervolgzitting zou komen alvorens de kamer de zaak in beraad zal nemen.

PUBLIEKE VERSIE

2. *Tijdens de schriftelijke procedure en op de zitting van 29 september 2011 is zowel door de auditeur als door de betrokken ondernemingen meermaals gewezen op de mogelijke relevantie van een zaak die bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit in behandeling is, zaak 6306/Meel. In die zaak werd door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit een eerste besluit genomen op 16 december 2010.*

3. *De kamer is van oordeel dat het om redenen van procesautonomie aangewezen is om de vervolgzitting pas vast te stellen nadat de meest gereede partij haar in kennis gesteld zal hebben van het definitieve besluit van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (het besluit op bezwaar) in de zaak 6306/Meel dat, blijkens de verklaringen ter zitting, op korte termijn te verwachten zou zijn. Tot op heden is dat niet gebeurd.*

4. *Gelet op de respectieve bevoegdheden binnen de Raad, richt de kamer hieromtrent een verzoek tot de auditeur, die in het kader van het tegensprekelijk debat voor de kamer, deze laatste kan informeren over relevante ontwikkelingen en informatie kan opvragen, die ook ter kennis wordt gebracht van de betrokken ondernemingen.”*

18. De kamer verzoekt de auditeur dan ook om haar onverwijld te informeren wanneer het genoemde besluit op bezwaar in zaak 6306/Meel genomen is en om een kopie van het betreffende schrijven inhoudende de informatie over het genomen besluit ook te richten aan de verschillende betrokken ondernemingen. De kamer verzoekt de auditeur tevens om haar het besluit zelf over te maken van zodra het besluit op bezwaar door de raad van bestuur van de NMa definitief is vastgesteld.

19. Op 21 maart 2012 heeft de auditeur gevolg gegeven aan het verzoek van de kamer en het besluit van 14 maart 2012 van de NMa in zaak 6306/Meel overgemaakt aan de kamer en voor het overige uitvoering gegeven aan de beslissing van de kamer.

20. De onderneming Bloemmolens Van Geel, die geen partij was in de procedure voor de NMa, verzoekt op 21 maart 2012 om ook een kopie van het besluit te mogen ontvangen. Dit verzoek is gericht tot de auditeur, die antwoordt op 22 maart 2012 dat er nog geen definitieve niet-vertrouwelijke versie beschikbaar is die toegankelijk is voor derden.

21. Op 6 april 2012 maakt de auditeur de openbare versie van het NMa besluit over aan de raadslieden van Bloemmolens Van Geel.

22. Op 3 mei 2012 worden alle partijen opgeroepen voor een vervolgzitting op 24 mei 2012 die als onderwerp heeft de voortzetting van de behandeling van de zaak, en meer bepaald de eventuele gevolgen van het tussengekomen besluit op bezwaar van de NMa. De kamervoorzitter vraagt aan alle betrokken ondernemingen in de onderhavige zaak, die betrokken waren bij de Nederlandse procedure om op uiterlijk op 14 mei 2012 aan de kamer de tot elk van hen gerichte vertrouwelijke versie van het besluit op bezwaar van de NMa over te maken. Door de griffier werd op verzoek van de kamervoorzitter nog om duidelijkheid gevraagd aangaande de vertrouwelijke versie van de besluiten van de NMa.

23. Op 24 mei 2012 vond er opnieuw een zitting plaats bij de Raad. De betrokken ondernemingen, alsmede de auditeur en het onderzoekteam werden gezamenlijk en ook afzonderlijk gehoord.

24. Zoals ter zitting van 24 mei 2012 besproken, worden de betrokken ondernemingen door de kamer op 25 mei 2012 in de gelegenheid gesteld om bijkomende schriftelijke opmerkingen in te dienen binnen een daartoe gestelde termijn. Tevens worden de betrokken ondernemingen verzocht om in het kader van hun bijkomende schriftelijke opmerkingen bepaalde omzetgegevens aan de kamer te verstrekken.

25. Op 12 juni 2012 maakt de auditeur aan de kamer een schrijven over dat op 7 juni 2012 per drager aan de Minister van economie en aan de auditeur werd overgemaakt. Het gaat over stukken deze betrekking hebben op het onderhavige dossier en die afkomstig zijn van de heer [...], oud werknemer

van Dossche. Op 18 juni 2012 maakt de auditeur het genoemde schrijven tevens over aan de raadslieden van Dossche. In reactie daarop richten de raadslieden van Dossche op 19 juni 2012 een schrijven aan de kamer met betrekking tot de getuigenis van de heer [...].

26. Alle betrokken ondernemingen hebben op 18 juni 2012 schriftelijke opmerkingen ingediend, waarna de kamer de zaak in beraad heeft genomen.

II. Het verslag van de auditeur

27. Het verslag van de auditeur is gericht tegen zes ondernemingen: Dossche Mills NV (hierna: “Dossche”), Ceres NV (hierna: “Ceres”), Brabomills NV (hierna: “Brabomills”), Bloemmolens Van Geel NV (hierna: Bloemmolens Van Geel), Meneba Belgium NV (hierna: “Meneba”) en, tenslotte, Werhahn.

28. Dossche, gevestigd in Deinze, houdt zich onder andere bezig met de vervaardiging van maalderijproducten. Dossche Invest NV heeft beslissende zeggenschap in Dossche Mills NV, beiden worden door de auditeur in het verslag aangeduid als Dossche. Volgens de eigen website van de onderneming geciteerd in het verslag, is Dossche één van de grote maalderijen in Europa en tevens één van de belangrijkste producenten en leveranciers van bakkerijgrondstoffen. De groep Dossche is een familiale gecontroleerde onderneming gericht op voeding. De groep telt 12 vestigingen verspreid over België, Frankrijk en Polen. Volgens het verslag is Dossche Mills NV tevens een strategische aandeelhouder in United European Flower Mills, de grootste Europese exporteur van tarwebloem.

29. De onderneming Ceres NV, gevestigd te Brussel houdt zich bezig met de vervaardiging en de verkoop van maalderijproducten. Ceres NV maakt deel uit van de groep Silos Soufflet. De Franse onderneming Silos Soufflet heeft beslissende zeggenschap in Ceres NV. Deze ondernemingen worden gezamenlijk in het verslag aangeduid als Ceres. Naar eigen zeggen is Ceres marktleider in België, met een leiderspositie op de Belgische markt maar ook een belangrijke plaats in de maalderijsector in Europa. Ceres trad in 1989 toe tot de Franse granengroep Soufflet en werd zo de grootse maalderij van Europa. De bloem, mixen en verbeteraars die worden vervaardigd, zijn bestemd voor de export, de industriële en ambachtelijke bakkerij, de industrie, de groothandel en de Belgische distributie.

30. De onderneming Brabomills, tevens handelend onder de naam Paniflower, is gevestigd in Merksem en houdt zich ook bezig met de vervaardiging van maalderijproducten. De aandelen van Brabomills NV worden gehouden door Vanobake, een vennootschap gevestigd in Ninove. De auditeur noemt beide ondernemingen samen Brabomills. Volgens het verslag is Brabomills de derde grootste bloemproducent in België met klanten zowel in de industriële als in de ambachtelijke bakkerij maar ook in de snackindustrie. De maalderijen Gandamolens en Brabomills maken delen van de voedingsgroep Vanherpe. De La Lorraine Bakery group and Paniflower Milling group zijn sinds 2006 ondergebracht in de Vanobake NV Holding.

31. Het verslag is verder gericht tegen Bloemmolens Van Geel gevestigd te Geel. Deze onderneming maakt deel uit van de Franse groep “Grands Moulins de Paris” maar is ook in de Belgische en Nederlandse markt actief, volgens het verslag, als aparte entiteit. Bloemmolens Van Geel alsmede Grands Moulins de Paris, worden in het verslag samen aangeduid als Van Geel.

32. Meneba Belgium NV en Meneba Meel BV zijn onderdelen van Meneba Holding BV, gevestigd in Rotterdam. Meneba Belgium NV heeft een vestiging in Hasselt. Deze ondernemingen worden samen in het verslag aangeduid als Meneba. Daarnaast maakt de auditeur nog melding van het feit dat Meneba de Belgische Molens Taelman in 2008 overnam maar dat deze op de markt actief blijft onder de naam Meneba Taelman.

33. Als laatste richt het verslag zich tegen Werhahn. In het verslag duidt ook hier de auditeur verschillende ondernemingen samen aan als Werhahn. Er is sprake van Werhahn Mülhen Verwaltungs

GmbH, gevestigd in Neuss, Duitsland. Deze onderneming is een producent van meel voor industrie en bakkerijen en bakproducten. Verder is er sprake van Werhahn Mülhen GmbH & co KG, tevens gevestigd in Neuss, Duitsland. Deze laatste vennootschap is sinds 4 april 2007 beherend vennoot van Werhahn Mülhen. De aandelen van Werhahn Mülhen Verwaltungs GmbH worden op hun beurt gehouden door Wilhelm Werhahn KG gevestigd in Neuss, Duitsland. Voor 4 april 2007 was deze laatste vennootschap beherend vennoot van Werhahn Mülhen GmbH. Al de genoemde ondernemingen worden in het verslag samen genoemd als Werhahn.

34. In het verslag wordt toegelicht dat de auditeur, gelet op de verzamelde bewijzen, de keuze heeft gemaakt om het onderzoek te beperken tot de grote maalderijen die genoemd werden in de clementieverzoeken die aanleiding waren voor dit onderzoek.

35. Het verslag vermeldt verder nog twee entiteiten die zelf geen voorwerp uitmaken van het onderzoek maar die worden aangemerkt als relevant in de zin dat zij een platform boden voor overleg tussen concurrenten. Het gaat enerzijds om United Belgium Mills NV (UBEMI) en anderzijds om de Koninklijke Vereniging der Belgische Maalders VZ (KVBM).

36. Volgens het verslag, was er sprake van een kartel in de meelsector die gekarakteriseerd werd door stijgende tarweprijzen waardoor de marges voor de maalderijproducten onder druk kwamen te staan. Het verslag maakt melding van afspraken die bestonden tussen de Duitse, Nederlandse en Belgische molenaars die tot onderwerp hadden de prijzen, marktverdeling en ook de beperking van de capaciteit in de Benelux en in Duitsland. De principes die aan de basis zouden hebben gelegen van de afspraken zouden geweest zijn dat de Benelux molenaars de nationale grenzen respecteerden, dat de Duitse molenaars hun activiteiten niet zouden intensifiëren op de Beneluxmarkt en dat grote verliezen van marktaandeel onderling zouden worden gecompenseerd.

37. Vanaf omstreeks 1996 zou er sprake geweest zijn van overleg tot en met 2006, waarbij alle Nederlandse alsmede enkele Belgische concurrenten betrokken waren en, vanaf 2000, ook de Duitse concurrenten. Het verslag vermeldt overleg betreffende prijswijzigingen, een consensus tussen concurrenten die broodbloem en industriebloem leverden in de Benelux gericht op het behoud van het status quo van de marktverhoudingen en tenslotte ook overleg betreffende een niet-aanvalspact. Dat laatste zou in 2004, 2005 en 2006 minder succesvol zijn geweest.

38. De doelstelling van het kartel zou geweest zijn om in een markt van structurele overcapaciteit en toegenomen inkoopmacht, de marktposities te kunnen stabiliseren. Het niet-aanvalspact had tot doel de marktverhoudingen te stabiliseren. Coördinatie van prijsverhogingen zou als doel hebben gehad te bewerkstelligen dat verhoging van de prijzen kon gepaard gaan met een minimaal verlies aan cliënteel. De auditeur beroept zich op de verklaringen van Werhahn die neerkomen op een “general understanding” betreffende de prijzen en klanten van bloemproducten vanaf 2001.

39. Het verslag geeft een overzicht van uitvoeringshandelingen op de Belgische markt. Daarbij wordt uiteengezet welke specifieke componenten de afspraken hadden en op welke elementen de auditeur steunt. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie met betrekking tot prijsvorming en klanten, het creëren van een draagvlak van prijsbehoud en/of prijsverhogingen en prijsafstemming, alsook een vorm van niet-aanvalspact inzake klanten.

Het bestaan van uitvoeringshandelingen wordt door de auditeur afgeleid uit de verzoeken tot clementie van Werhahn en Meneba. Verder verwijst de auditeur naar de intensieve overlegcultuur tussen de betrokken ondernemingen in de relevante markt die gepaard ging met regelmatige mondelinge contacten tussen de verschillende ondernemingen over prijsverhogingen. Voor elk van de drie voorgenoemde componenten van het kartel, wordt in het verslag een chronologisch overzicht van gebeurtenissen gegeven.

40. De auditeur stelt bewijsstukken te hebben vanaf midden 1998 inzake overleg tussen Meneba en Ceres. Deze contacten leiden vanaf 2000 tot een niet-aanvalspact waar ook Brabomills, Dossche en

PUBLIEKE VERSIE

Werhahn bij betrokken waren. Ook Werhahn zou de status quo overeenkomst bevestigd hebben. Het regelmatig overleg omtrent concurrentieel gevoelig informatie zou plaats gevonden hebben op diverse ontmoetingsplaatsen, waarover verklaringen en notities werden verzameld, maar ook en vooral gebeurde het overleg telefonisch, hetgeen zou blijken uit druk telefoonverkeer tussen concurrenten waaromtrent de auditeur gegevens heeft verzameld. Het overleg zou in de loop van 2007 in activiteit zijn afgenomen.

41. Voor de auditeur is er sprake van feiten die, in een geheel gezien, duidelijk met elkaar verbonden zijn.

De genoemde ondernemingen hebben in de betrokken periode, zijnde voor sommigen vanaf 1998 tot en met voor sommigen in elk geval tot september 2007, in wisselende samenstelling deelgenomen hebben aan multilaterale en bilaterale contacten, waarin concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld werd en de ondernemingen hun gedrag met betrekking tot prijzen, prijswijzigingen en klanten op elkaar afstemden. Deze praktijken hadden vooral tot doel de marktverhouding te stabiliseren. Op die manier kon men volgens de auditeur de stabiliteit van de marktverhouding voor een stuk behouden en de overcapaciteit en de druk op marges voor een stuk opvangen.

42. Concreet wordt de inbreukperiode op basis van zijn onderzoek ingedeeld in drie gedeeltes:

- 1) de periode november 1996 tot 2000 waarin er sprake was van informatie-uitwisseling omtrent prijzen, het "goed houden van de prijs van het meel" en een "niet uitgesproken consensus om niet agressief elkaars klanten te benaderen en dus een status quo van de klanten te behouden". Hier zijn Meneba, Ceres, Dossche en Brabomills in betrokken.
- 2) de periode van 2000 tot en met 2003 waarin naast informatie-uitwisseling omtrent prijzen en klanten, er ook sprake was van een vorm van een niet-aanvalspect en prijsverhogingsafspraken. Hierin zijn Meneba, Werhahn, Dossche, Ceres, Brabomills en Van Geel betrokken.
- 3) de periode van 2004 tot en met 2006 en/of 2007 waarin het niet-aanvalspect geleidelijk afbrokkelde, doch waarin verder multilateraal, maar vooral bilateraal informatie werd uitgewisseld omtrent klanten en aan prijzencoördinatie werd gedaan. Hierbij zijn Meneba, Werhahn, Dossche, Ceres, Brabomills en Van Geel betrokken.

43. Op basis hiervan wordt per onderneming de inbreukperiode als volgt bepaald in het verslag:

- 1) voor wat betreft de inbreukperiode van Meneba: vanaf november 1996, minstens vanaf 24 augustus 1998 tot en met september 2007;
- 2) voor wat betreft de inbreukperiode van Dossche: vanaf 26 juni 1998 tot en met september 2007;
- 3) voor wat betreft de inbreukperiode van Brabomills: vanaf 2000 tot en met september 2007;
- 4) voor wat betreft de inbreukperiode van Ceres: vanaf 26 juni 1998 tot en met september 2007;
- 5) voor wat betreft de inbreukperiode van Werhahn: vanaf 2000 tot en met 27 december 2006;
- 6) voor wat betreft de inbreukperiode van Van Geel: vanaf 2000 tot en met september 2007.

44. In het verslag stelt de auditeur aan de Raad voor om vast te stellen dat de gedragingen van Brabomills, Ceres, Dossche, Meneba, Bloemmolens Van Geel en Werhahn zoals in zijn verslag omschreven, ertoe strekken om de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen en vormen zij als zodanig een redelijk vermoeden van één enkele, complexe en voortdurende inbreuk op artikel 2 WBEM en/of artikel 101 VWEU en dit voor de periodes hiervoor omschreven.

45. De auditeur vraagt aan de Raad om de ondernemingen op passende wijze te beboeten. Hij vraagt tevens aan de Raad om vast te stellen dat Werhahn in aanmerking komt voor de immuniteit voor geldboetes zoals voorzien in de punt 10 van de Clementiemededeling. De auditeur vraagt tevens vast

te stellen dat Meneba in aanmerking komt voor een gedeeltelijke vrijstelling en in casu een boetevermindering van 30 tot 50% in toepassing van punt 16 van de Clementiemededeling.

III. Procedurele kwesties

46. Vooraleer in te gaan op de procedurele middelen die door de betrokken ondernemingen zijn opgeworpen, wordt ter inleiding kort het ontstaan van dit dossier geschetst.

47. In februari 2008 heeft het Duitse Bundeskartellamt invallen gedaan bij een groot aantal maalderijen in Duitsland op basis van een vermoeden van marktverdeling en prijsafspraken. Als gevolg daarvan werd door de onderneming Werhahn een clementieverzoek ingediend in Nederland alsook in België. In Duitsland, Nederland en België maar ook in Frankrijk, werden onderzoeksprocedures in de meelsector aangevat.

48. Voor wat België betreft heeft het Auditoraat naar aanleiding van het clementieverzoek van Werhahn op 8 april 2008, dat het eerdere clementieverzoek van Werhahn uitbreidt en wijzigt, een ambtshalve onderzoek geopend naar mogelijke inbreuken op de WBEM en het VWEU op de Belgische meelmarkt. Gedurende het onderzoek heeft ook de onderneming Meneba op 11 mei 2009 een clementieverzoek ingediend. Meneba deed gelijktijdig een clementieverzoek in Nederland.

49. Door de verschillende betrokken ondernemingen zijn een aantal procedurele middelen opgeworpen. Hierna wordt op deze middelen ingegaan.

50. Dossche heeft aangevoerd dat de wet op het taalgebruik in gerechtszaken (Wet van 15 juni 1935) werd geschonden in de onderhavige procedure. Dit middel is gebaseerd op het feit dat het verslag van het Auditoraat van 23 december 2010 opgesteld is in een combinatie van de Nederlandse en de Franse taal alsook passages bevat in het Engels. Volgens Dossche werd er met betrekking tot de delen opgesteld in het Frans en het Engels geen Nederlandse vertaling verstrekt door de auditeur. Op grond hiervan wordt door Dossche in hoofdorde de nietigheid van het verslag aangevoerd en, subsidiair, verzoekt Dossche de Raad om een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de toepasselijkheid van de taalwetgeving.

51. Vooreerst moet worden vastgesteld dat de passages die worden aangeduid door Dossche in haar schriftelijke opmerkingen telkens weergaven bevatten van bewijsstukken, dan wel van elementen uit het onderzoeksdossier. Het gaat derhalve niet om de tekst van het verslag zoals opgesteld door de auditeur zelf. Het verslag is opgesteld in het Nederlands, in overeenstemming met artikel 93 WBEM. Artikel 44, § 5 onder 2 is niet van toepassing op het verslag. Uit het dossier is ook niet gebleken dat door Dossche tijdens het onderzoek bezwaar is gemaakt tegen de taal waarin het onderzoek is gevoerd, bijvoorbeeld voor wat betreft processen-verbaal van verhoren.

52. Uit de gecombineerde lezing van artikel 44, § 5 onder 2 met artikel 11 van de Wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken, kan zoals Dossche beweert, geen nietigheidsgrond worden ontleend. Voor een dergelijke nietigheid is er noch een wettelijke basis, noch een feitelijke grondslag.

53. De procedures voor de kamers van de Raad voor de Mededinging zijn in beginsel ééntalig. De taal van de procedure voor de Raad wordt bepaald door de taal van het verslag. De procedure voor de Raad is in deze zaak alleen in het Nederlands gevoerd. Daarmee is voldaan aan de combinatie van artikel 93 en artikel 44, §5 WBEM (Beslissing 2011-I/O-10 van de Raad van 7 april 2011, Hausses coordonnées chocolaterie).

54. De vergelijking met de rechtspraak aangaande vreemde citaten in vonnissen, gaat volgens de Raad niet op. Die rechtspraak houdt verband met de gewone gerechtelijke procedures die zich in een geheel andere procedurele context afspelen, inclusief een ander regime betreffende de te gebruiken talen. In casu is er sprake van Engelse en Franstalige verwijzingen in het verslag van de auditeur, dit betekent

het stuk waarmee de procedure aanhangig wordt gemaakt. Het is de praktijk van de Raad dat, ook in het voordeel van ondernemingen zelf, enige flexibiliteit kan worden getoond, wanneer het gaat om de citaten uit stukken, rechtsleer of rechtspraak in het verslag of in de conclusies van ondernemingen of zelfs ter zitting met toestemming van alle aanwezige partijen. De enige grens die daaraan moet worden gesteld is wanneer één van de betrokken ondernemingen zelf zou aangeven de gebruikte taal niet te begrijpen. Het spreekt voor zich dat hetzelfde zou gelden indien een lid van de kamer zelf een bezwaar zou hebben tegen het gebruik van een specifieke vreemde taal in de schriftelijke stukken.

55. In ondergeschikte orde heeft Dossche aangevoerd dat de Raad een prejudiciële vraag zou moeten stellen aan het Grondwettelijk Hof omtrent de uitlegging van artikel 44, § 5, onder 2 van de WBEM. Aangezien de Raad vindt dat het betreffende artikel van de WBEM niet geschonden is en aangezien Dossche zelf op geen enkel moment heeft aangevoerd dat de aanwezigheid van de vreemde citaten in het verslag haar verdediging daadwerkelijk heeft belemmerd, is er geen grond om dergelijke prejudiciële vragen te stellen.

56. Aangaande de toegang tot het onderzoeksdossier, heeft Dossche twee onderscheiden middelen aangevoerd. Ten eerste zou Dossche geen toegang hebben verkregen tot een reeks concrete stukken opgesomd in de inventaris van het onderzoeksdossier. Ten tweede zou het Auditoraat een grote hoeveelheid stukken die Dossche in de loop van het onderzoek heeft overgemaakt uit het onderzoeksdossier hebben verwijderd.

57. Voor wat betreft de stukken die zijn opgesomd op p. 17 en 18 van de syntheseopmerkingen van Dossche, geldt dat een aantal van deze stukken in de loop van de procedure door de auditeur toegankelijk zijn gemaakt. Voor het overige werden de stukken waarvan werd gesteld dat ze ontbraken in het dossier, door Dossche zelf overgemaakt aan de Raad in het kader van de schriftelijke procedure.

58. Aansluitend bij de bezwaren aangaande de toegang tot het dossier, voert Dossche ook het gebrek aan objectiviteit en onpartijdigheid aan in hoofde van de auditeur. Dit middel is gebaseerd op het feit dat de hiervoor reeds genoemde stukken niet aan het onderzoeksdossier zijn toegevoegd. Er zou sprake zijn van het verwijderen uit het onderzoeksdossier van stukken ten onlaste die door Dossche in de loop van het onderzoek werden overgemaakt aan het Auditoraat. Verder maakt Dossche gewag van het verdraaien van de inhoud van bepaalde documenten uit het onderzoeksdossier door de auditeur. Ook wordt nog gesproken over het verzwijgen van feiten en toelichtingen uit het onderzoeksdossier wanneer het niet past in het beeld van het Auditoraat.

59. Ten aanzien van deze laatste punten, heeft de Raad reeds eerder de gelegenheid gehad om uiteen te zetten dat het verslag een (eenzijdige) standpuntbepaling is van de auditeur die grieven formuleert tegen de betrokken ondernemingen. De toegang tot het dossier en de mogelijkheid om schriftelijke opmerkingen in te dienen laten ten volle toe aan de ondernemingen om de interpretatie van de stukken en van het recht door de auditeur te betwisten.

60. Ten aanzien van de tijdens het onderzoek uitgevoerde huiszoeken, heeft Dossche ook bezwaren opgeworpen. Twee vragen worden aan de orde gesteld. Ten eerste stelt Dossche de vraag of de ambtenaren van de Algemene Directie Mededinging wel behoorlijk gemachtigd waren om een huiszoeking te doen, en ten tweede wordt de vraag gesteld of de auditeur zelf wel behoorlijk gemachtigd was door de Voorzitter van de Raad.

61. De Raad stelt vast dat er voor de huiszoeken voorafgaande machtiging is gegeven door de Voorzitter conform artikel 44, § 3 van de WBEM. Op basis van een dergelijke machtiging kan een huiszoeking worden uitgevoerd door het onderzoeksteam onder leiding van het Auditoraat. Dossche heeft geen elementen aangedragen die de geldigheid van de huiszoeking op deze grond kunnen aantasten. A fortiori kan er geen sprake zijn van onwettigheid van de stukken die tijdens de huiszoeking werden verzameld.

PUBLIEKE VERSIE

62. Volgens Dossche heeft het Auditoraat ook persmededelingen gedaan buiten haar wettelijke opdracht. Dossche volstaat ermee te stellen, in algemene zin, dat wanneer het Auditoraat persmededelingen doet, het geheim van het onderzoek en het vermoeden van onschuld worden miskend.

63. Op 22 december 2010 heeft het Auditoraat bij het neerleggen van het verslag bij de Raad inderdaad een persbericht verstuurd en ook een verklaring afgelegd in de pers.

Dergelijke persberichten worden doorgaans verspreid bij het neerleggen van een verslag door het Auditoraat met de mededeling dat er volgens hen sprake is van inbreuken op de mededingingsregels. Het ontbreken van een formele bevoegdheidsgrond hiervoor is geen bezwaar maar het spreekt voor zich dat zoals voor elke handeling, de fundamentele rechten van de betrokkene moeten worden gevrijwaard.

Bij een dergelijke mededeling hoort steeds het voorbehoud dat door de neerlegging van het verslag bij de Raad de rechten van verdediging van de onderneming hun volle werking krijgen in het kader van de procedure die wordt gevoerd voor de kamer van de Raad voor de Mededinging. Ook hier werd een dergelijk voorbehoud gemaakt.

De Raad heeft reeds eerder aangegeven dat het principe als zodanig van persmededelingen niet problematisch is. In dit verband is het van belang dat de specifieke institutionele structuur van de Raad met zich meebrengt dat het vermoeden van onschuld door het aanvangen van de procedure voor de Raad ten volle wordt gerespecteerd. Door die specifieke institutionele structuur en de waarborgen die deze met zich meebrengt, gaat ook de parallel niet op met de rechtspraak betreffende persberichten van de Commissie, zoals die wordt ingeroepen door Dossche.

64. Het enkele feit dat een dergelijke persmededeling werd gepubliceerd kan als zodanig het vermoeden van onschuld niet in gevaar brengen tenzij specifieke bewoordingen van die mededeling alsnog een aantasting van de fundamentele rechten van de onderneming vormen. Daarvan is geen bewijs geleverd in dit geval. Daarbij moet nog worden aangestipt dat de wijze waarop persberichten worden hernomen of verwerkt in de media en waarop bijvoorbeeld specifieke ondernemingen worden besproken, niet onder de verantwoordelijkheid kan komen van het Auditoraat.

65. Zowel Dossche alsook Ceres en Brabomills hebben bezwaren opgeworpen ten aanzien van de verklaring van de anonieme getuige die zich in het onderzoeksdossier bevindt. De betrokken ondernemingen voeren een schending van artikel 6 EVRM aan en Dossche voert ook nog een schending aan van artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek.

66. Het onderzoeksdossier van de auditeur bevat inderdaad een getuigenverklaring waarin de identiteit van de getuige ontoegankelijk is gemaakt voor de betrokken ondernemingen. Blijkens het dossier ging de auditeur in op het verzoek van de getuige om zijn identiteit vertrouwelijk te behandelen en ook bepaalde elementen uit de verklaring weg te laten die zouden kunnen toelaten om hem te identificeren.

67. De ondernemingen tot wie het verslag gericht is hebben toegang gekregen tot een niet-vertrouwelijke versie van de verklaring [...]. De Raad stelt vast dat de niet-vertrouwelijke versie van de verklaring toelaat om kennis te nemen van de inhoudelijke informatie die de getuige heeft medegedeeld. Uit de verklaring zijn met name persoonsgegevens verwijderd.

68. Ten aanzien van de getuigenverklaring doen zich twee vragen voor die ook door de betrokken ondernemingen afzonderlijk zijn geïdentificeerd. Ten eerste is er de vraag naar de toelaatbaarheid van het bewijsstuk, en ten tweede is de vraag welke bewijswaarde aan de verklaring moet worden toegekend.

69. Ten aanzien van de toelaatbaarheid van de verklaring als bewijsstuk, moet voorop staan dat het bewijs in mededingingszaken vrij is en dat derhalve geen enkel bewijsmiddel als zodanig is uitgesloten (zie nummers 95-97 van Beslissing 2010-I/O-11 van 20 mei 2010, Staalplaatradiatoren). Er

zijn door de betrokken ondernemingen geen elementen aangedragen die erop wijzen dat een anonieme getuigenis bij voorbaat uitgesloten zou zijn. De regels inzake getuigenverhoor vervat in het Gerechtelijk wetboek die door Dossche werden ingeroepen zijn in de context van de WBEM uiteraard niet van toepassing; de WBEM kent zijn eigen bewijsregime.

70. Een bewijsmiddel zou slechts kunnen worden uitgesloten wanneer het onrechtmatig verkregen zou zijn. Ook al is daaromtrent niets bepaald in het kader van de handhaving van het mededingingsrecht, ligt het verder voor de hand dat een bewijsmiddel ook zou kunnen worden geweerd wanneer het in het geheel onttrokken zou zijn aan het tegensprekelijk debat waardoor de rechten van verdediging geschonden zouden kunnen worden. De argumenten van de betrokken ondernemingen situeren zich in deze laatste hypothese die verband houdt met de toepassing van artikel 6 EVRM.

71. De Raad heeft hiervoor al vastgesteld dat de betrokken ondernemingen toegang hebben gehad tot een niet-vertrouwelijke versie van de verklaring bij het begin van de procedure voor de kamer van de Raad. Deze toegang heeft hen toegelaten kennis te nemen van een groot deel van de aangebrachte informatie verschaft door de getuige. Deze informatie heeft op deze wijze zonder enige beperking deel kunnen uitmaken van het debat voor de Raad.

72. Tegen het gebruik als zodanig van de anonieme getuigenis kan in deze zaak dan ook geen bezwaar bestaan. Het feit op zich dat de identiteit van de getuige verborgen wordt gehouden is geen reden om het bewijs als ontoelaatbaar te kwalificeren (zie bij analogie HvJEU 25 januari 2007, zaak C-411/04 P, Salzgitter Mannesmann GmbH/Commissie, nummers 40-50). Het kan enerzijds noodzakelijk zijn om de identiteit van een persoon te beschermen zoals in deze zaak door de auditeur is gebeurd; anderzijds maakt het gebrek aan kennis van de identiteit van de getuige het niet onmogelijk voor de betrokken ondernemingen om hun verdediging te voeren nu zij toegang hebben tot de inhoud van de verklaring.

73. De vraag welke bewijswaarde kan worden toegekend aan de verklaring en welke de geloofwaardigheid is van een dergelijke verklaring nu de ondernemingen geen kennis hebben van de identiteit van de getuige, heeft te maken met de beoordeling door de Raad van de bewijsvoering door de auditeur en wordt hierna behandeld onder 6.2.2.

74. Door Dossche is nog een beroep gedaan op het zogenaamde telecommunicatiegeheim. Volgens de onderneming is informatie met betrekking tot telefoonverkeer en e-mailverkeer door het Auditoraat gebruikt met miskenning van de fundamentele bescherming van artikel 124 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende elektronische communicatie (B.S. 20 juni 2005, Ed. 2, p. 28070, hierna afgekort "WEC"). Het genoemde artikel bevat het recht op het telecommunicatiegeheim. Volgens Dossche voldoet artikel 44 WBEM op basis van hetwelke bewijzen kunnen worden vergaard in het kader van het onderzoek, evenmin aan de voorzienbaarheidsvereiste die wordt gesteld in artikel 125 WEC. Volgens dat artikel zijn uitzonderingen op het telecommunicatiegeheim mogelijk wanneer deze door de wet zijn toegelaten of opgelegd.

75. Hier kan verwezen worden naar de beslissing in de zaak Staalplaatradiatoren (hiervoor geciteerd in nummer 69) waarin de Raad heeft geoordeeld dat de wetgever in het kader van de onderzoeken naar mededingingspraktijken een belangenafweging heeft gemaakt die ertoe leidt dat de bewijsvergaring in mededingingszaken vrij is en zich er bewust van was dat aan het Auditoraat ruime onderzoeksbevoegdheden werden gegeven (zie op dit punt ook p. 49 van de memorie van toelichting bij de WBEM, toelichting bij artikel 26, Parl. St., doc. 51-2180/001).

76. Volgens de Raad is er geen sprake van kennisname en gebruik van gegevens in de zin van artikel 124 WEC. Er is slechts sprake van kennisname achteraf van gegevens betreffende elektronische communicatie middels kennisname van de schriftelijke weerslag ervan in een factuur. Uit het verslag blijkt immers dat het telefoonverkeer werd gefilterd op basis van de gsm-nummers van de verschillende verantwoordelijken bij de ondernemingen uit de sector die tijdens het onderzoek bij de ondernemingen zijn opgevraagd en die door de respectievelijke ondernemingen zijn overhandigd. De

analyse die door de auditeur werd gemaakt betreft de bestemmingen van uitgaande gesprekken, het tijdstip en de frequentie van de telefonische contacten. Er is uitdrukkelijk geen informatie verzameld of gebruikt die de inhoud van de gesprekken betreft (anders dan af luisterpraktijken zoals waarvan sprake in de strafrechtelijke context waar de betrokken onderneming naar verwijst). Er is ook geen sprake van kennisname tijdens de elektronische communicatie.

77. Voor zover er al sprake zou zijn van een aantasting van het telecommunicatiegeheim, quod non, kan een dergelijke aantasting in ieder geval gerechtvaardigd worden door de uitdrukkelijke onderzoeksbevoegdheid die het Auditoraat heeft op basis van de WBEM (artikel 44, § 2 en 3). De mogelijkheid dat dergelijke informatie verzameld en gebruikt wordt, is voor alle ondernemingen die de WBEM moeten naleven overigens zonder meer gekend. Daarmee is de uitoefening van de ruime onderzoeksbevoegdheden van het Auditoraat voorzienbaar in de zin van artikel 125 WEC (samengelezen met artikel 8 EVRM) dat een uitzondering bevat ten aanzien van artikel 124 WEC. Het middel gebaseerd op het telecommunicatiegeheim wordt afgewezen.

78. Dossche, Meneba, Brabomills en Ceres hebben verder allen voor de Raad een beroep gedaan op het beginsel “non bis in idem”. Op basis van dit beginsel zou het niet mogelijk zijn om de betrokken ondernemingen twee keer te straffen voor dezelfde inbreuk en zou de Raad niet meer kunnen sanctioneren omwille van het besluit dat ten aanzien van dezelfde ondernemingen genomen werd door de NMa. Aangezien dit middel de mogelijkheid betreft van de Raad om een eventuele inbreuk te sanctioneren, zal het worden besproken onder 7.2 hierna.

79. De onderneming Brabomills heeft tenslotte een middel opgeworpen in verband met de verjaring van de feiten waarvan melding wordt gemaakt in het verslag. Ook Dossche heeft beroep gedaan op verjaring. Dit middel wordt in ondergeschikte orde aangevoerd door beide ondernemingen maar wordt hier reeds samen met de andere procedurele grieven behandeld.

80. Samengevat komt het middel erop neer dat de vordering van de auditeur verjaard zou zijn omdat hij onterecht oordeelt dat er sprake is van een enkele en continue inbreuk en dat in een dergelijk geval de verjaringstermijn pas gaat lopen bij het einde van de inbreuk. Volgens Brabomills bevatte de oude WBEM (de Wet van 1 juli 1999) immers geen bepaling die de verjaring pas doet lopen aan het einde van een voortgezette inbreuk. Het legaliteitsbeginsel en het principe van de lex mitior zouden zich ertegen verzetten dat de oude WBEM wordt geïnterpreteerd zoals door de auditeur voorgesteld.

81. In zijn Beslissing van 4 april 2008 in de zaak BBP (Beslissing 2008-I/O-13 van 4 april 2008, Bayer, Ferro, Lonza en Solutia) is de Raad uitvoerig ingegaan op deze problematiek. De Raad herneemt hier uitdrukkelijk en integraal de nummers 53-61 van de genoemde beslissing. Het principe dat de verjaringstermijn voor de auditeur pas gaat lopen aan het einde van de inbreuk ingeval van een continue inbreuk gold in het Belgisch evenals in het EU mededingingsrecht reeds voor de inwerkingtreding van het huidige artikel 88, § 3 WBEM. Het resultaat waartoe de oude WBEM (1999) en de huidige WBEM (2006) moet leiden is hetzelfde bij het bepalen van het beginpunt van de verjaringstermijn voor onderzoek. In ieder geval kan de verjaringsregel bij voortgezette inbreuken als procedureregulering onmiddellijke toepassing vinden en moet dit niet worden beschouwd als de toepassing van een strengere regel waartegen een hoger rechtsbeginsel zich zou verzetten. Mede gelet op wat hierna zal worden gezegd over de duur van de inbreuk, is de Raad van oordeel dat een overtreding van de verjaringsregels niet aan de orde is.

IV. De relevante markt

82. Partijen zijn grotendeels akkoord over de algemene kenmerken van de economische context waarbinnen de maaldrijen actief waren in de periode die het onderwerp uitmaakt van het verslag. Deze context werd onder meer gekenmerkt door een situatie van overcapaciteit op productieniveau in de betrokken periode ook al speelde die meer voor bepaalde ondernemingen dan voor anderen (zie bij

voorbeeld de memorie van antwoord op het verslag van de auditeur van Brabomills, nummers 16, 17 en 36; schriftelijke opmerkingen van Ceres NV en SAS Silos Soufflet bij het verslag van de auditeur, nummer 132).

De voornaamste variabele productiekost van een ton meel is, volgens het verslag en de partijen, de aankoopprijs van graan. De graanprijs vertegenwoordigde in de afgelopen jaren van 60 tot 85% van de verkoopprijs van meel (verslag, nummer 149 en voetnoot 97; memorie van antwoord op het verslag van de auditeur van Brabomills, nummer 34).

83. Er is derhalve een impact van de graanprijs op de prijs van meel en op de timing van de onderhandelingen met de klanten omdat prijsveranderingen voor meelproducten (mede) doorgevoerd worden op basis van de veranderingen van de graanprijs (verslag, nummer 119; memorie van antwoord op het verslag van de auditeur van Brabomills, nummer 88; syntheseopmerkingen van Dossche op het verslag van het auditoraat, nummer 118; antwoord van de raadslieden van Ceres NV van 1 december 2008 op een verzoek om inlichtingen van 3 november 2008, niet-vertrouwelijke versie, p. 3415 ev. van onderzoeksdossier). De aankondiging van de prijzen en/of beoogde prijsverhogingen vinden dan ook meestal plaats aan het einde van de zomer of in het begin van de herfst wanneer de resultaten van de tarweoogst bekend worden en wanneer de tarweprijs voor het komende jaar bekend wordt (verslag, nummer 82).

84. Voor wat betreft de relevante markt, stelt het verslag betrekking te hebben op de productie van meel en/of bloem en verkoop hiervan aan afnemers in België (verslag, nummer 76). Meel en bloem worden bekomen door de vermaling van graan; tarwe is de meest gangbare grondstof voor de productie van meel en/of bloem. De auditeur vermeldt nog dat meelfabrieken over vrijwel identieke productieprocessen beschikken.

85. Voor wat betreft de geografische markt, wijst het verslag er allereerst op dat de transportkosten bepalend zijn voor de kostprijs van meel. Ze vormen de voornaamste beperking van de geografische omschrijving van de mogelijke klanten van maalderijen. Uit het onderzoek zou gebleken zijn dat de maximale afstand tussen een klant en een maalderij tussen de 150 en 300 kilometers is. Voor industriële klanten zou de maximale afstand groter zijn dan voor de artisanale klant; bij kleinere hoeveelheden lopen de transportkosten per kilo meel nu eenmaal hoger op en zou de afstand waarop artisanale bakkers tegen competitieve voorwaarden kunnen bevoorrad worden vaak kleiner zijn.

86. Aangaande de afbakening van de geografische markt, merkt de auditeur op dat de Belgische fabrikanten (namelijk met productielocatie in België) met betrekking tot levering aan Belgische afnemers hooguit concurrentiedruk ondervinden van Nederlandse, Duitse en Franse aanbieders met productielocaties in de grensstreek.

87. In het kader van de procedure voor de Raad, werd de marktafbakening door de auditeur als zodanig niet betwist door de betrokken ondernemingen, behalve op twee punten.

88. Inzake de afbakening van de relevante productmarkt, heeft Brabomills aangevoerd dat er binnen de maalderijsector twee deelmarkten te onderscheiden zijn, meel voor ambachtelijke bakkerijen en meel voor (semi) industriële afnemers, zowel wat de vraagzijde betreft als wat de aanbodzijde betreft (memorie van antwoord van Brabomills op het verslag van de auditeur, nummers 24 – 30). Ook Dossche heeft aangegeven dat er verschillen zijn tussen beide groepen afnemers en dat de auditeur zich beperkt tot het bespreken van de aanbodzijde (syntheseopmerkingen van Dossche op het verslag van het auditoraat, nummers 101 – 108); Dossche voert ook aan dat er in het verslag onvoldoende een onderscheid wordt gemaakt naar gelang de producten (syntheseopmerkingen van Dossche op het verslag, nummer 259).

89. Geografisch voerde Brabomills ook aan dat de geografische markt zich niet aflijnt op basis van nationale grenzen maar op basis van het bereik waarbinnen de onderneming op economisch

verantwoorde manier meel tot bij haar klant kan brengen; de geografische markt dient derhalve Nederland en Noord-Frankrijk te omvatten.

90. Wat betreft de substitueerbaarheid tussen het artisanale en het industriële segment lijken er inderdaad bepaalde indicaties te zijn voor een dergelijke segmentatie maar deze zijn niet voldoende uitgesproken om in deze zaak van een dergelijke segmentatie uit te gaan, noch aan de vraagkant, noch aan de aanbodkant.

91. Wat de vraagzijde betreft is er vooreerst het prijsverschil (de verkoopprijs van meel bestemd voor de ambachtelijke sector ligt aanzienlijk hoger); daarnaast zijn er productverschillen omdat ambachtelijke bakkerijen vaak specifieke wensen voor de samenstelling van meel hebben (memorie van antwoord van Brabomills op het verslag van de auditeur, nummer 27; syntheseopmerkingen van Dossche, nummer 94; schriftelijke opmerkingen van Bloemmolens Van Geel NV op het verslag, nummer 14). De Raad stelt vast dat het onderscheid tussen industriële en ambachtelijke bakkerijen niet éénduidig te maken is. Zo hanteert een betrokken onderneming het principe dat [...].

92. Wat de productverschillen betreft (bij voorbeeld het onderscheid tussen biscuiteriebloem en bakkerijbloem, of het onderscheid tussen wit meel, grijs meel en mixen, en bloem als grondstof voor zetmeel) zijn die niet zo overtuigend omdat overstapkosten eerder beperkt zijn, althans voor grotere maalderijen die over verschillende productielijnen beschikken (zie dienaangaande bijvoorbeeld antwoord van de raadsliden van Ceres NV van 1 december 2008, niet-vertrouwelijke versie, p. 3403-3404 van onderzoeksdossier; antwoord van 1 december 2008 van Dossche Mills, niet-vertrouwelijke versie, p. 6763 van onderzoeksdossier; antwoord van Bloemmolens van Geel van 15 november 2008, p. 9083 van onderzoeksdossier); de verpakingsapparatuur kan eveneens aangepast worden aan verschillende soorten bloem [...].

93. Wat de aanbodzijde betreft gaat het verder om verschillen in vereiste investeringen inzake laad- en transportwijze omdat het industrieel segment een speciale laadinstallatie voor bulktransport vereist terwijl ambachtelijke bakkerijen voornamelijk beleverd worden door gebruik te maken van zakgoed. Het overschakelen van de verkoop van meel aan ambachtelijke bakkers naar industriële klanten is dus niet zo evident omwille van die specifieke vereisten qua verkoops- en distributieorganisatie (memorie van antwoord van Brabomills op het verslag, nummer 28; schriftelijke opmerkingen van Bloemmolens Van Geel NV, nummer 16; antwoord van Ceres NV van 1 december 2008, niet-vertrouwelijke versie, p. 3404 van onderzoeksdossier). De vraag naar een overstap van meelaanbieders van bulk (industrieel segment) naar zakgoed (ambachtelijk segment) zou zich eigenlijk niet stellen omdat er een tendens is van overschakeling van zakgoed naar bulk [...]. Een betrokken onderneming heeft wel geponeerd dat meelfabrikanten van voornamelijk bulkgoed zouden overgaan op het verpakken van zakgoed bij een duurzame prijsstijging van 5-10% van zakgoed, alhoewel de keuze voor bulk of zakgoed afhankelijk is van de wens van de klant; dezelfde onderneming poneert dat het bij een duurzame prijsstijging van 5-10% zou lonen in een nieuwe, gepaste verpakkingmachine te investeren (informatie afkomstig van Dossche in haar antwoord van 1 december 2008, niet-vertrouwelijke versie, p. 6763 – 6764 van onderzoeksdossier). Een andere betrokken onderneming poneert dat industriële maalderijen gemakkelijk aan ambachtelijke klanten kunnen leveren (schriftelijke opmerkingen van Bloemmolens Van Geel NV op het verslag, nummer 16).

94. De Raad leidt uit de beschikbare gegevens af dat het onderscheid tussen het ambachtelijk en industrieel segment niet scherp te stellen is.

95. Bovendien zou de strikte afbakening tussen die beide segmenten ook niet gemakkelijk te hanteren zijn omdat de betrokken ondernemingen aangeven dat ze geen zicht hebben op de grootte van ieder van deze marktsegmenten (bijvoorbeeld verklaard door Dossche in haar antwoord op een verzoek om inlichtingen van 23 juni 2008, p. 4034 van onderzoeksdossier).

PUBLIEKE VERSIE

96. Een strikte afbakening tussen beide segmenten is ook niet nodig omdat alle betrokken (grote) meelfabrieken actief zijn op beide segmenten (zie bij Ceres het antwoord van 1 december 2008, niet-vertrouwelijke versie, p. 3402 van onderzoeksdossier; bij Dossche, p. 6771 en 6773 van onderzoeksdossier; bij Van Geel, schriftelijke opmerkingen van Bloemmolens Van Geel NV op het gemotiveerd verslag, nummers 9 – 11; antwoord van Bloemmolens van Geel van 15 november 2008, p. 9082 van onderzoeksdossier en ook antwoord van 15 oktober 2012 op p. 9100 van onderzoeksdossier; in tegenstelling tot kleine molens die alleen ambachtelijke bakkerijen bedienen, bijvoorbeeld antwoord van 26 augustus 2008 van Molens Vanhollebeke, p. 9441 van onderzoeksdossier).

97. Voor wat betreft de productmarkt, en mede gelet op de hiernavolgende analyse omtrent het bestaan van een inbreuk, is het niet noodzakelijk dat de Raad zich definitief uitlaat over de noodzaak om het artisanale segment en het industriële segment van elkaar te onderscheiden.

98. Geografisch staat het enerzijds vast dat gelet op de vestigingsplaats van de maalderijen, een radius van 150 tot 300 kilometer die zich vanuit de in België gevestigde maalderijen uitstrekt, de nationale grenzen overschrijdt. Daarom leveren betrokken maalderijen eveneens aan klanten in Luxemburg, Nederland, het westen van Duitsland en het noorden van Frankrijk. Er worden zelfs producten naar niet-EU landen uitgevoerd (zie bijvoorbeeld de verklaringen van Dossche in haar antwoord op een verzoek om inlichtingen van 23 juni 2008, p. 4035 van onderzoeksdossier). Op grond daarvan zou een afbakening van de markt langs de landsgrenzen van België niet overeenstemmen met de economische realiteit in de grensgebieden.

99. Anderzijds is ook gebleken dat er naast de transportkosten van meel andere relevante factoren zijn, zoals de logistieke kosten verbonden aan de aankoop van de grondstoffen. Zo is het veel minder rendabel voor een in België gevestigde maalderij om in Duitsland of Frankrijk te verkopen omdat maalderijen die in beide intensieve tarwegebieden gelegen zijn een logistiek voordeel hebben waardoor zij competitiever kunnen zijn. De toegepaste prijzen in de landen binnen de Europese Unie zijn blijkbaar ook niet dezelfde (zie bijvoorbeeld antwoord van Dossche Mills, p. 4036 – 4037 van onderzoeksdossier) en de prijsverhogingen ook niet (antwoord van Dossche Mills, p. 4039 – 4042 van onderzoeksdossier).

100. Bovendien betekent grensoverschrijdende handel met Nederland en Frankrijk niet vanzelfsprekend dat die landen tot de relevante geografische markt behoren, zoals Brabomills het aanvoerde. Zo heeft Brabomills niet aangetoond dat, bij een duurzame prijsstijging van 5-10% van het meel in België, Belgische afnemers (bakkerijen) in dergelijke mate zouden overgaan van aankopen in België tot aankopen bij Nederlandse en Franse maalderijen dat die prijsstijging onrendabel zou worden gemaakt. Dat die duurzame prijsstijging van 5-10% van het meel in België niet noodzakelijkerwijs onrendabel zou zijn kan bij voorbeeld worden verklaard door het hoog aandeel van ambachtelijke bakkerijen in België, gepaard gaande met het feit dat die bakkerijen afkerig tegenover buitenlands meel zouden zijn (syntheseopmerkingen van Dossche op het verslag van het auditoraat, nummer 106).

101. Voor wat betreft de geografische dimensie van de relevante markt, is de Raad van oordeel dat hij, zoals de auditeur, in het midden kan laten hoe de relevante markt precies gedefinieerd moet worden op basis van de actieradius van de verschillende in België gevestigde maalderijen. Door de betrokken ondernemingen zijn er tegen een dergelijke aanpak ook geen bezwaren geuit. Gelet op de hiernavolgende analyse waarbij de Raad uitgaat van de beoordeling van de gevolgen voor de mededinging op de Belgische markt, wordt de markt van verkoop van meel in België als uitgangspunt genomen.

V. Handel tussen lidstaten

102. Op grond van artikel 3 van Vo. 1/2003 (Pb. EG 2003 L 1 p.1), dient de Raad na te gaan of de gedragingen die het onderwerp vormen van het verslag van de auditeur ook getoetst moeten worden aan het Europese kartelverbod van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna verder afgekort: “artikel 101 VWEU”).

103. In zijn verslag gaat de auditeur ervan uit dat in deze zaak de betrokken gedragingen ook moeten worden getoetst aan het Europese kartelverbod neergelegd in artikel 101 VWEU.

104. Volgens de auditeur zijn er voldoende elementen die op mogelijke beïnvloeding van de handel tussen lidstaten wijzen. Hij stelt vast dat er sprake is van één complexe en voortdurende inbreuk met als gemeenschappelijk doel het stabiliseren van marktverhoudingen. De gedragingen hadden volgens hem betrekking op de verkoop van meel en/of bloem aan afnemers verspreid over heel België. Bij de door het verslag aangeduide ondernemingen zijn naast Belgische, ook Nederlandse en een Duitse onderneming betrokken bij de mededingingspraktijken. Deze buitenlandse ondernemingen beleverden hun Belgische afnemers vanuit productielocaties in België, Duitsland en Nederland.

De auditeur merkt nog op dat hij geen bewijs moet leveren dat de overeenkomst of gedraging ook daadwerkelijk de interstatelijke handel heeft beïnvloed maar dat het erom gaat dat het waarschijnlijk is dat de gedragingen op merkbare wijze een invloed konden hebben.

105. Zoals de auditeur aangeeft, gaat het erom na te gaan op basis van een geheel van juridische en feitelijke elementen of met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te voorzien is dat de gedragingen, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, de handelsstromen tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden. De beïnvloeding van de handel tussen lidstaten is doorgaans het gevolg van verschillende factoren die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn.

106. Uit de marktanalyse die door de Raad werd uitgevoerd, blijkt alleszins dat de geografische markt het gehele grondgebied van België kan bevatten en door de actieradius van bepaalde maaldrijen is grensoverschrijdende handel ook een realiteit. In een dergelijk geval van afspraken die het grondgebied van een volledige lidstaat bestrijken, en rekening houdend met het feit dat er sprake is van internationaal actieve ondernemingen en dat het verslag ook elementen bevat omtrent activiteiten in naburige landen van sommige betrokken ondernemingen, dient de Raad ervan uit te gaan dat minstens potentiële beïnvloeding van de interstatelijke handel met voldoende waarschijnlijkheid kan worden verondersteld.

107. De Raad kan en hoeft zich niet uit te spreken over feiten die hebben plaats gevonden buiten de grenzen van België; de mogelijke drempelvorming die kan ontstaan door gedragingen die betrekking hebben op een geheel grondgebied is voldoende om de gedragingen in deze zaak tevens te toetsen aan de Europese mededingingsbepalingen.

108. Daarbij merkt de auditeur nog terecht op dat de inhoudelijke toetsing van de gedragingen die het onderwerp vormen van het verslag, niet verschillend zal zijn naargelang wel of niet ook het artikel 101 VWEU wordt toegepast. De Raad heeft immers al stelselmatig vastgesteld dat het de bedoeling is van de wetgever om de bepalingen van de WBEM uit te leggen in het licht van artikel 101 VWEU en de toepasselijke rechtspraak in dat verband.

109. De Raad zal derhalve in de onderhavige zaak de gedragingen van de ondernemingen die het voorwerp vormen van het verslag van de auditeur, toetsen aan de bepalingen van de WBEM alsmede aan de mededingingsregels die neergelegd zijn in het Verdrag betreffende de werking van Europese Unie.

110. De toepassing van artikel 101 VWEU impliceert tevens dat artikel 11 (4) van Vo. 1/2003 dient te worden gerespecteerd. Op basis daarvan heeft de Raad op 22 januari 2013 zijn ontwerp van beslissing aan de Commissie overgemaakt.

VI. Inbreuk op het kartelverbod

6.1. Inleiding

111. Verschillende betrokken ondernemingen hebben in algemene zin verwezen naar de bewijslast, de bewijsstandaard, en de impact op de bewijsvoering van het feit dat er in deze zaak twee clementieverzoekers zijn. Inleidend worden de uitgangspunten van de Raad hierna weergegeven.

112. Voor de beantwoording van de vraag of de gedragingen van de betrokken ondernemingen kunnen worden beschouwd als een inbreuk op het kartelverbod omdat zij als doel en/of als gevolg hebben dat de concurrentie in België of in een wezenlijk deel daarvan op merkbare wijze wordt beperkt, moet de Raad acht slaan op alle feitelijke en juridische omstandigheden zoals die blijken uit het verslag, uit het dossier en uit de voor de Raad door partijen aangebrachte elementen.

Daarbij geldt dat de bewijslast voor het inbreukmakend karakter van de feiten ligt bij de autoriteit, die alle constitutieve elementen van de verbodsbepalingen van respectievelijk artikel 2 WBEM en/of artikel 101 VWEU moet bewijzen (artikel 2 Vo.1/2003, Pb. EG 2003, L1, p. 1). In de Belgische context betekent dit dat de auditeur de bewijslast heeft.

De door de auditeur aangevoerde elementen moeten van dien aard zijn dat ze tot een vaste overtuiging leiden dat een inbreuk is gepleegd op basis van nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen. Daarnaast moet voor elk van de ondernemingen de toerekenbaarheid van de inbreuk worden bepaald.

113. In de onderhavige zaak is er sprake van samenloop van ondernemingen die een clementieverzoek hebben ingediend enerzijds, en ondernemingen die een dergelijk verzoek niet deden anderzijds.

114. In aanwezigheid van clementieverzoeken, is de erkenning van de inbreuk door partijen relevant voor de beoordeling van de Raad. In dergelijke gevallen kan de Raad in haar motivering verwijzen naar de clementieverzoeken en zich eventueel beperken tot het bespreken van enkel de constitutieve elementen van het kartelverbod die specifiek nadere bespreking behoeven (zie Beslissing BBP, hiervoor geciteerd in nummer 81).

Wanneer er clementieverzoeken zijn voor sommigen en niet voor anderen, of wanneer er mogelijke tegenstrijdigheid is tussen de verklaringen van clementieverzoekers, zoals in deze zaak door verschillende van de betrokkenen aangevoerd, geldt echter evenzeer de hiervoor geciteerde bewijsstandaard: het geheel van elementen moet van dien aard zijn dat de Raad tot de vaste overtuiging wordt gebracht dat er sprake is van een inbreuk op de mededingingsregels. Op gelijkaardige wijze geldt deze bewijsstandaard voor de toerekening van de inbreuk aan elke individuele onderneming.

6.2. Vaststelling en kwalificatie van de inbreuk

115. In zijn verslag kwalificeert de auditeur de door hem vastgestelde inbreukmakende feiten als een kartel met verschillende aspecten. Hij wijst ook op de intensieve overlegcultuur tussen de diverse maalterijen in de markt, met regelmatige mondelinge contacten met betrekking tot aan te bieden prijzen in het kader van een niet-aanvalsact en voorgenomen prijsverhogingen, en hij wijst ook naar uitvoeringshandelingen met betrekking tot de Belgische markt. De aspecten van het kartel die hij afzonderlijk behandelt worden aangeduid als: de uitwisseling van gevoelige informatie met betrekking tot prijsvorming en klanten, het creëren van een draagvlak voor prijsbehoud en/of prijsverhogingen en prijsafstemming en een vorm van niet-aanvalsact.

116. Uit de opbouw van het verslag (bijvoorbeeld uit de chronologische beschrijving van bewijselementen) blijkt dat de auditeur de verschillende aspecten niet stelselmatig afzonderlijk behandelt en ook niet als afzonderlijke inbreuken identificeert, maar veeleer de feiten gezamenlijk

benadert als één kartel, namelijk ongeoorloofde contacten tussen ondernemingen die als concurrenten op de relevante markt te beschouwen zijn en die betrekking hebben op de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie, met als doel of als gevolg de concurrentie te beperken.

Anders gezegd zou er overleg tussen concurrenten hebben plaatsgevonden dat deels op zichzelf al inbreukmakend is, en dat tevens inbreukmakend was omwille van de gevolgen die dergelijk overleg kan worden geacht te hebben gelet op de inhoud van het overleg en de aard van uitgewisselde informatie. De auditeur bestempelt de door hem aangehaalde praktijken ook als een enkele en voortdurende inbreuk, ook al was er een zekere evolutie in de aard en frequentie van de contacten tussen de ondernemingen.

Hierna worden de verschillende elementen besproken waarop de auditeur zijn verslag heeft gebaseerd en wordt door de Raad onderzocht in hoeverre deze als bewijzen kunnen worden weerhouden. Gelet op het feit dat de auditeur het geheel van feiten als één enkele continue inbreuk bestempelt en niet stelselmatig deelbreuken onderscheidt, worden hierna de bewijselementen besproken per type bewijs om na te gaan of het geheel van feiten inderdaad als inbreukmakend kan worden aangemerkt.

6.2.1. De clementieverzoeken

117. In het clementieverzoek van Werhahn, dat aan de basis lag van het onderzoek door de auditeur, wordt gewag gemaakt van een fundamentele afspraak tussen Duitse, Nederlandse en Belgische molenaars waarbij de Benelux molenaars de nationale grenzen zouden respecteren, de Duitse molenaars hun activiteiten in de Benelux niet zouden intensifiëren en waarbij werd afgesproken dat grote verliezen aan marktaandeel onderling zouden worden gecompenseerd. In haar clementieverklaring heeft Werhahn het over een “general understanding” tussen de maalderijen [...]. In de eerste clementieverklaring beschrijft Werhahn feiten die ook op Nederland en Duitsland betrekking hebben maar zoals de auditeur meermaals heeft bevestigd betreft het onderzoek in de onderhavige zaak alleen maar de Belgische markt en werden er naar aanleiding van het clementieverzoek van Werhahn huiszoeken uitgevoerd met het oog op het onderzoek naar mededingingsbeperkende praktijken in de meelsector in België.

118. In aanvullingen op het clementieverzoek door Werhahn is er sprake van concrete contacten met concurrenten aangaande de export naar de Duitse markt van Belgisch meel, onder meer over de levering aan een belangrijke Belgische klant (contacten in 2004/2005, [...]). Uit die informatie blijkt dat er tussen Werhahn en Dossche contacten waren over de pogingen van Dossche om meer meel te verkopen in Duitsland. Het verband wordt gelegd met de Belgische markt, in zoverre dat duidelijk is dat de betrokken ondernemingen proberen markten af te schermen: de Belgische maalderijen zouden liefst niet te actief zijn op de Duitse markt en daartegenover zou kunnen staan dat de Duitse maalderijen zoals Werhahn op de Beneluxmarkt niet te actief Belgische klanten zouden benaderen.

119. Op 11 mei 2009 werd een clementieverzoek ingediend door Meneba (geruime tijd na het eerste clementieverzoek en na de huiszoeken). Daar waar de clementieverklaring van Werhahn melding maakte van afspraken vanaf 2001, stelt Meneba van ongeveer 1996 tot 2006 (voor wat betreft de participatie van Duitse concurrenten wordt 2000 vermeld) deelgenomen te hebben aan het uitwisselen en coördineren van verkoopprijzen en prijsverhogingen en het anderszins beperken van prijsconcurrentie, klantenverdeling gericht op het behoud van een status quo van de marktverhoudingen en het maken van afspraken inzake de reductie van capaciteit. Dit laatste aspect komt voor België niet verder aan bod in het verslag.

120. Meneba benoemt ook concreet de ondernemingen die in wisselende samenstelling, aan deze afspraken zouden hebben deelgenomen. Voor zover van belang in deze zaak werden Ceres, Dossche, Molens Van Geel, Brabomills (handelend onder de naam Paniflower) en Werhahn genoemd.

121. Het clementieverzoek van Meneba sluit eerst en vooral aan bij de verklaringen van Werhahn en bevestigt met name een fundamentele afspraak in de meelsector die erin bestond om elkaars klanten te

respecteren. Deze afspraak betrof klaarblijkelijk zowel de Beneluxmarkt als de Duitse markt, al was het belang van elk van de betrokken ondernemingen daarin verschillend naar gelang ze op de verschillende markten actief waren. Nederland en Duitsland zijn grotere markten, hetgeen kan verklaren dat ze meer aan bod kwamen in de gesprekken, maar uit de clementieverklaring van Meneba blijkt duidelijk dat België ook werd besproken. Meneba laat zich doorgaans uit over de “Beneluxmarkt”, hetgeen de verwevenheid aantoont van de Nederlandse en Belgische markt.

122. Het clementieverzoek van Meneba bevat een gedetailleerde beschrijving van de contacten tussen de maalderijen, de betrokken personen en de onderwerpen die aan bod kwamen, alsook de context waarbinnen dit gebeurde. Ook werden verschillende verklaringen van werknemers van Meneba overgemaakt, die getuigden op basis van hun eigen persoonlijke betrokkenheid bij zowel multilaterale als bilaterale contacten met concurrenten die betrekking hadden op de Beneluxmarkt en in het bijzonder de Belgische markt (uitvoerige verklaringen van werknemers van Meneba, en met name van de heer [...] van Meneba Holding BV). Meneba stelt van minstens 1996 tot eind 2006 deelgenomen te hebben aan afspraken tussen maalderijen.

123. Zowel overleg rondom prijsverhogingen als overleg omtrent het stabiliseren van de marktverhoudingen, komen uitvoerig aan bod. Er worden ook uittreksels van agenda's overgelegd die door de betrokkenen van commentaar werden voorzien [...].

124. Uit het clementieverzoek van Meneba, de overgelegde verklaringen en de verdere aanvullingen achteraf komt volgens de Raad inderdaad een beeld naar voren, wat België betreft, van overleg tussen concurrenten dat tot doel heeft de commerciële relaties te bespreken die de maalderijen hadden met hun klanten om zo enige controle uit te oefenen op het prijsniveau en de respectievelijke marktposities. Meneba verklaart dat zij voortdurend marktinschattingen maakte en dat die mede gebaseerd waren op informatie afkomstig van de afnemers maar ook van concurrenten [...].

Voor wat betreft het aspect niet-aanvalspect of de intentie tot het uitvoeren van een dergelijk pact, komt uit de verklaringen van Meneba duidelijk naar voren dat het gold voor de hele Beneluxmarkt en dus ook voor België. Het ging voor België met name om enkele grote klanten. Meneba noemt voor zichzelf om welke klanten het ging [...].

125. Uit de verschaft informatie komt ook naar voren dat er vanaf 2000 duidelijk een meer structureel overleg was, dat mede verband hield met een aanzienlijke stijging van de tarweprijs. Op aandringen van de Duitse maalderijen zou dan gezocht zijn naar een oplossing voor de prijzen op de Beneluxmarkt, namelijk een gecoördineerde aanpak om de prijsverhoging van de tarwe door te rekenen [...]. Meneba stelt onder druk gezet te zijn door de Duitse maalderijen en zo een initiatiefnemersrol gespeeld te hebben bij overleg betreffende de Benelux en dus ook België. Het belang van de Duitse maalderijen zou geweest zijn dat ze zelf voor de Duitse markt afspraken rond prijsverhoging gemaakt zouden hebben en dat die niet effectief zouden geweest zijn als het prijspeil in de Benelux onder het Duitse prijspeil zou zakken.

126. Er is sprake van gesprekken die plaatsvonden in de marge van bijeenkomsten van de Nederlandse Vereniging van Meelfabrikanten, van besprekingen in de lokalen van de Belgische Koninklijke Vereniging van Maalders (maar die verder volgens Meneba bij de organisatie van het overleg niet betrokken zou zijn). Er is ook sprake van twee specifieke hotels in Breda waar vergaderingen plaatsvonden waar de volledige Beneluxmarkt besproken werd [...]. Omdat de prijsvorming in die periode plaatsvindt, vonden de besprekingen doorgaans plaats in de periode augustus-december volgens Meneba.

Alle ondernemingen zouden niet altijd aanwezig geweest zijn, voor de niet-aanwezigen gebeurde er soms bijkomende opvolging per telefoon door Meneba. Uit de verklaringen van Meneba komt naar voren dat Dossche (doorgaans vertegenwoordigd door de heer [...], soms ook de heer [...]) en Paniflower (vaak vertegenwoordigd door de heer [...]) alsook Ceres (de namen van de heer [...]) en

[...] worden genoemd) aanwezig zijn geweest bij dergelijke besprekingen, naast ook Nederlandse maalterijen die niet relevant zijn voor deze zaak. Werhahn maakte deel uit van het overleg maar was klaarblijkelijk niet vaak aanwezig bij vergaderingen, en werd eerder op de hoogte gehouden via Meneba. Dit zou te verklaren geweest zijn door het wantrouwen van de Belgische maalterijen tegenover de Duitse maalterijen.

127. Voor de jaren 2000, 2001, 2002 en 2003 bevat de clementieverklaring informatie over bijeenkomsten waar zowel over prijsniveau als over behoud van klanten werd gesproken in multilateraal verband en/of op bilaterale wijze. Voor 2004 ging het blijkbaar meer over behoud van klanten [...]. In 2005 zou het nieuwe bestuur van Meneba besloten hebben om het overleg met de concurrenten geleidelijk af te bouwen. Vooralsnog werd echter geen einde gemaakt aan het “pact” voor wat betreft grote klanten. De verderzetting gebeurde grotendeels op basis van bilaterale contacten. Opnieuw worden zowel Werhahn, Dossche, Ceres als Paniflower genoemd. Voor 2006 is er ook nog sprake van minstens twee bijeenkomsten. Echter na bijeenkomsten tegen het einde van het jaar, in november en december 2006, zou gebleken zijn dat er minder gemeenschappelijk draagvlak was voor overleg, althans voor wat betreft de prijzen en klanten in België.

128. Tijdens de procedure voor de Raad, heeft Meneba de inhoud van haar clementieverzoek bevestigd en betrokkenheid erkend aan inbreukmakende praktijken in de zin van artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU.

129. Door andere betrokken ondernemingen is, kort gezegd, aangevoerd dat de clementieverklaring van Meneba met name betrekking heeft op Nederland en dat de verklaringen van de werknemers waarop het clementieverzoek gebaseerd is, worden tegengesproken door latere verklaringen van andere werknemers van Meneba.

130. Voor wat betreft het middel dat het clementieverzoek van Meneba voornamelijk op Nederland betrekking heeft, blijkt reeds uit voorgaand overzicht dat dit ongegrond is. Het clementieverzoek bevat informatie die specifiek betrekking heeft op de Nederlandse markt, maar evenzeer zijn er voldoende elementen aanwezig die verband houden met de Belgische maalterijen en de Belgische meelmarkt. Het clementieverzoek gaat klaarblijkelijk uit van een Beneluxmarkt omdat het overleg tussen de concurrenten zowel Nederland als België betrof.

131. Voor wat betreft de mogelijke tegenstrijdigheid met latere verklaringen, moet het volgende worden opgemerkt. Er wordt verwezen naar het verhoor tijdens het onderzoek van twee ex-werknemers van Meneba, de heren [...] en [...].

Uit de verklaring van de heer [...] van 19 juni 2009 [...] komt naar voren dat hij als zodanig veel minder stellig is over de inhoud van de contacten met concurrenten. Hij ontkende ook zijn eigen persoonlijke betrokkenheid bij de praktijken die in het clementieverzoek van Meneba aan de orde waren gesteld. Uit zijn verklaringen komt, zoals door de auditeur ook benadrukt, wel sterk naar voren dat het management in Rotterdam het commercieel beleid bepaalde en dat hij slechts uitvoerde wat de heer [...] vroeg.

Voor wat betreft de verklaringen van de heer [...], geldt een gelijkaardige vaststelling. [...] Uit zijn verhoor op 22 juni 2009 blijkt dat hij niet zonder meer de verklaringen van de heer [...] wilt bevestigen. Zowel de heer [...] als de heer [...] bevestigen wel dat er al eens met concurrenten werd gesproken over prijzen en klanten maar erkennen niet dat er structurele afspraken waren en minimaliseren hun eigen betrokkenheid.

132. Uit het verhoor van de heer [...] door de auditeur op 3 juni 2009 (dat voorafging aan het verhoor van beide ex-werknemers) bleek dat hij twijfels had over de bereidheid van de beide ex-werknemers om mee te werken met het onderzoek en informatie te verschaffen over hun contacten met andere maalterijen tijdens hun periode bij Meneba [...]. Omwille van het gevoelige karakter van de relatie van beiden met Meneba vraagt de heer [...] ook dat hij niet zou verplicht worden om hen zelf te

benaderen voor een verklaring. Om die reden heeft het onderzoeksteam dit ook zelf gedaan (zie de verklaringen die hiervoor worden vermeld). Voor het overige bleef de heer [...] bij zijn eerdere verklaringen.

133. De Raad stelt enerzijds vast dat de twee ondervraagde ex-werknemers van Meneba inderdaad niet in dezelfde bewoordingen de afspraken hebben bevestigd die er bestonden over de Beneluxmarkt en meer bepaald over België. Anderzijds blijkt uit hun verklaringen wel dat er voortdurende contacten waren tussen de Belgische maalderijen. Verder blijkt duidelijk dat Meneba België uitvoerde wat in Nederland werd beslist, of althans verondersteld werd dat te doen. Het is derhalve geloofwaardig dat de heer [...] van de fundamentele afspraak tussen de maalderijen in de Benelux beter op de hoogte was. Tenslotte moet bij het beoordelen van de verklaringen worden meegewogen dat beide personen niet meer voor Meneba werkzaam zijn.

Het een en ander brengt met zich mee dat mogelijke tegenstrijdigheid tussen de verklaringen van de heer [...] en [...] enerzijds, en de heren [...] en [...] anderzijds, niet van dien aard is om de bewijswaarde van het clementieverzoek aangevuld met verdere verklaringen vanwege Meneba, teniet te doen. Meneba heeft haar betrokkenheid ook bevestigd voor de Raad.

134. Op basis van verder onderzoek heeft de auditeur in voldoende mate de inhoud van deze clementieverzoeken kunnen bevestigen, met name op basis van het materiaal verzameld tijdens de huiszoeken die hierna onder 6.2.4 verder aan bod komen. Eerst wordt een getuigenverklaring besproken.

6.2.2. Getuigenverklaring

135. De auditeur verwijst in zijn verslag naar een anonieme verklaring die hiervoor reeds ter sprake kwam voor wat betreft de toelaatbaarheid als bewijs.

136. Enkele betrokken ondernemingen hebben opgeworpen dat aan deze verklaring geen bewijswaarde mag worden toegekend omdat zij de identiteit van de getuige niet kennen en dit hen niet toelaat om de geloofwaardigheid van de verklaring te beoordelen.

137. In dit verband moet worden vastgesteld dat de identiteit van een getuige in die zin bijvoorbeeld relevant zou kunnen zijn dat de professionele bezigheden van de persoon in kwestie een bepaald licht kunnen werpen op zijn reële kennis van de betreffende sector en/of van de ondernemingen die erin actief zijn. Verder is nog denkbaar dat een concrete relatie met de één of de andere onderneming van invloed zou kunnen zijn op de teneur van de verklaringen van de getuigen.

138. Het komt de Raad toe het geheel van bewijselementen te beoordelen en de afweging te maken welke de impact moet zijn van het anonieme karakter van de getuigenis op de bewijswaarde ervan. In dit geval is de Raad van oordeel dat er geen bezwaar bestaat om aan de getuigenis bewijswaarde toe te kennen, voor zover het niet het enige bewijs is waar het verslag zich op baseert en het niet doorslaggevend is. Met andere woorden kan de verklaring gelden als een ondersteunend bewijselement, te bezien in een reeks andere bewijselementen. Er zal bewijswaarde aan toekomen als het aanwijzingen inhoudt die overeenstemmen met andere aangedragen bewijselementen zodat de verschillende bewijzen elkaar kunnen versterken (zie de bewijsstandaard die hiervoor werd besproken, zie ook bij analogie HvJEU 25 januari 2007, zaak C-401/04 P, Salzgitter Mannesmann).

139. De getuige begint zijn verklaring met te stellen dat er frequent telefoonverkeer was tussen de verkoopdiensten en de CEO's van de Belgische maalderijen. Zelf heeft hij een lange ervaring in de meelsector. Volgens hem was het gevestigde praktijk dat de maalderijen bij elkaar aftoetsen "hoe scherp" men kon gaan. Wat een rol speelde volgens hem was dat de marges in de sector heel klein zijn, met name voor industriële klanten. Het "aftoetsen" gebeurde telefonisch, ofwel tijdens vergaderingen in de schoot van de KVBM en de exportmaatschappij UBEMI. De basisidee zou geweest zijn dat men elkaars trouwe klanten met rust laat. Uit zijn verklaring blijkt dat een groot

volume in België over een klein aantal klanten is verdeeld en dus dat verschuivingen voor individuele maalderijen grote gevolgen kunnen hebben.

Daarnaast was de inzet van het overleg om zo mogelijk gelijktijdig en gelijkmatig te reageren op verhogingen van de prijs van het graan. Ook hier werd overleg gepleegd om af te toetsen in hoeverre hier “samen stappen konden worden gezet”. De getuige verklaart nog dat de afspraken grotendeels mondeling plaatsvonden en dat er wellicht weinig schriftelijk bewijs over te vinden zal zijn.

140. Als zodanig ondersteunt de getuigenverklaring alleszins de informatie die naar voren was gekomen in de clementieverzoeken. De Raad vindt het ook belangrijk op te merken dat er geen indicaties zijn dat de betrokken getuige enig belang heeft bij het in een negatief daglicht stellen van de een of de andere maalderij en dit ook niet doet. Uit de verklaring blijkt ook niet dat bepaalde maalderijen worden gevisieerd. De verklaring wordt gedaan op basis van de ervaring in de sector en de kennis van de in België actieve marktspelers.

6.2.3. Telefonische contacten

141. Verder onderzoek door de auditeur heeft ook uitgewezen dat er veelvuldige telefonische contacten waren tussen de grote maalderijen. Zowel de frequentie als de timing van de gesprekken werden tijdens het onderzoek geanalyseerd. Het telefonisch overleg bevestigt op zijn beurt de clementieverklaringen en de getuigenverklaring.

142. Het telefoonverkeer werd geanalyseerd op basis van de mobiele telefoonnummers en mobiele telefoonfacturen die bij de ondernemingen tijdens het onderzoek werden opgevraagd en die zonder voorbehoud werden overgemaakt. Hiervoor heeft de Raad reeds besproken dat er geen bezwaar bestaat tegen deze onderzoeksmethode van de auditeur.

143. Er is sprake van werknemers van Dossche (de heer [...] en de heren [...] en [...]), van Ceres (de heer [...] en de heer [...]) en Brabomills (de heer [...] en de heer [...]). In het dossier wordt een overzicht gegeven van het aantal telefoongesprekken tussen bepaalde betrokken ondernemingen [...]. Zoals de auditeur zelf aangeeft, heeft hij niet volledig alle telefoonverkeer kunnen reconstrueren, maar heeft hij met de overgemaakte facturen toch veelvuldig contact aangetoond. Ook blijkt uit bijvoorbeeld het overzicht voor Dossche dat er gevoelig meer gebeld wordt in de tweede helft van het jaar wanneer de prijzen worden bepaald [...].

144. Voor wat betreft de specifieke alternatieve verklaring die door verscheidene betrokken ondernemingen werd geopperd, namelijk dat de maalderijen elkaar ook beleverden, wordt gewezen op het feit dat uit de verklaringen van Meneba, de anonieme getuige en uit de opmerkingen van de auditeur blijkt dat het niet om dezelfde contactpersonen ging: overleg over prijzen en respectievelijke marktposities ging doorgaans tussen de CEO's en/of in ieder geval de verkoopsverantwoordelijken van de maalderijen, terwijl voldoende aannemelijk is gemaakt dat voor inkoop eerder gebeld werd met de aankoopverantwoordelijken.

145. De bewijswaarde die volgens de Raad kan worden toegekend aan deze informatie is dat er regelmatig overleg bestond tussen concurrenten. Dit bevestigt de clementieverklaringen waarin werd verwezen naar deze telefonische contacten en ook de getuigenverklaringen die er tevens naar verwees en die het beeld schetste van de ingeburgerde overlegcultuur. Opvallend is ook dat het onderzoek heeft aangetoond dat de frequentie van de telefooncontacten groter is in de jaren met een prijsverhoging [...].

146. Het spreekt voor zich dat, zoals door verschillende betrokken ondernemingen is aangevoerd, tijdens die contacten uiteraard ook geheel onverdachte onderwerpen besproken kunnen zijn. Dat ook dergelijke gespreksonderwerpen aan bod kwamen, wordt door de auditeur niet ontkend. De inhoud van de gesprekken maakt ook geen deel uit van het bewijsmateriaal. Wel staat vast dat de frequentie van telefonische contacten kan worden weerhouden als indirect bewijs van de context waarin de

afspraken zich afspeelde; regelmatige contacten creëren tenminste een forum waarbinnen concurrenten gemakkelijk concurrentieel gevoelige informatie kunnen uitwisselen.

6.2.4. Andere elementen verzameld tijdens het onderzoek aangaande het overleg tussen concurrenten

147. Naast de clementieverzoeken en de getuigenverklaringen heeft de auditeur informatie verzameld tijdens huiszoekingen bij Dossche, bij Ceres en bij Brabomills [...]. Daarna zijn er tot deze ondernemingen bijkomende verzoeken tot inlichtingen gericht [...]. Ook werden bepaalde betrokken personen verhoord. Daarnaast werd er, met toestemming van Meneba, informatie uitgewisseld met de NMa en werden er verdere verzoeken om inlichtingen verstuurd door het onderzoeksteam. Alle door de auditeur verzamelde elementen bevinden zich in het onderzoeksdossier. In het verslag citeert hij zelf uit bepaalde door hem gevonden stukken.

148. Tijdens de huiszoekingen bij Dossche, Ceres en Brabomills, zijn notities en e-mails gevonden die wijzen op vergaderingen waar verschillende maalderijen bij betrokken waren (multilateraal overleg) alsook die wijzen op bilateraal overleg.

149. De Raad is van oordeel dat de auditeur terecht, onder meer, de volgende elementen als belangrijke aanwijzingen heeft aangemerkt in zijn verslag: mail van Ceres die verwijst naar contacten met Meneba (document HS5, nummer 178 van het verslag), nota's van de heer [...] van Dossche die wijzen op contacten met Brabomills en Ceres [...], een nota gevonden bij Dossche die betrekking heeft op een vergadering bij de KBVM op 12 september 2003 waar verschillende ondernemingen bij aanwezig waren en die in verband kan worden gebracht met een prijsverhoging op 1 oktober 2003 [...], zoals ook [...]. De door de auditeur geciteerde elementen afkomstig van de huiszoekingen bevestigen volgens de Raad de uitvoerige informatie die verschaft werd door Meneba in haar clementieverzoek.

150. Tenslotte wijst de Raad op de samenwerking van Ceres, Dossche en Brabomills in de exportmaatschappij UBEMI (United Belgian Mills), het Belgisch filiaal van UEFM (United European Flour Mills). Deze samenwerking versterkt het beeld van nauwe contacten tussen de maalderijen. Als zodanig karakteriseert dit ook de context waarbinnen het overleg plaatsvond.

6.2.5. Conclusie aangaande de inbreuk

151. Uit de verzamelde elementen blijkt het systematische karakter van het overleg, waarbij de samenhang ook blijkt uit het feit dat het grotendeels dezelfde personen zijn die betrokken zijn en in een open en informele sfeer contact hebben, hetgeen de indruk versterkt dat het overleg ingeburgerd was en beantwoordde aan een gemeenschappelijke wil om elkaars gedrag op de markt te kennen en te beïnvloeden.

152. Bij gebreke aan tegenbewijs, mag vermoed worden dat ondernemingen die aan afstemming deelnemen en daarna actief blijven op de markt, bij de bepaling van hun gedrag rekening gehouden hebben met de informatie die ze met hun concurrenten hebben uitgewisseld.

153. Het feit dat er weinig documentair en rechtstreeks bewijs is gevonden waarin voor alle ondernemingen samen hun betrokkenheid wordt bewezen, vormt geen bezwaar tegen een optreden van de mededingingsautoriteit. Het is eigen aan dit type van afspraken tussen concurrenten dat er weinig schriftelijk rechtstreeks bewijs is. Van belang is dat het geheel van aanwezige elementen op voldoende wijze de Raad tot de vaste overtuiging kan brengen dat er ongeoorloofde contacten tussen de concurrenten zijn geweest.

Door de betrokken ondernemingen is op uitvoerige wijze getracht om ofwel de bewijselementen zo voor te stellen dat ze alleen op Nederland betrekking hebben, ofwel om hun bewijswaarde aan te tasten omdat er slechts sprake is van indirect bewijs. Dit geldt met name voor de elementen hiervoor onder 6.2.4 besproken. Voor wat betreft Nederland is hiervoor reeds gesteld dat er voldoende

bewijselementen zijn die betrekking hebben op België. Voor wat betreft het indirect bewijs moet erop gewezen worden dat alle bewijs toegelaten is en dat de Raad er enkel op moet toezien dat de bewijsstandaard wordt gehaald.

154. De Raad is van oordeel dat ongeoorloofde contacten aangetoond zijn en dat ze deels betrekking hadden op het prijsniveau en deels op het behoud van de belangrijkste Belgische klanten maar dat deze beide aspecten voor een deel ook door elkaar lopen. Dit is mede te verklaren door het heimelijke karakter van de afspraken. De term “niet-aanvalsact” lijkt te sterk: er is meer sprake van het vermijden van “teveel” concurrentie om de klanten in een markt waar de marges al onder druk stonden. De poging tot coördinatie van prijsverhogingen en de afspraak om elkaars klanten te respecteren waren keerzijden van dezelfde medaille: door na te streven dat prijsverhogingen gelijktijdig plaatsvonden kon vermeden worden dat klanten omwille van een prijsverhoging beslisten van leverancier te veranderen.

155. In de onderhavige zaak speelt de bredere context ook een rol, namelijk de overcapaciteit en de evolutie van de graanprijzen. Uit bepaalde stukken blijkt dat deze factoren de concurrenten ertoe aanzetten om prijsverhogingen van de graanprijzen af te wenden, liefst op gemeenschappelijke wijze, en om de prijsconcurrentie naar de klanten niet “uit de hand te laten lopen”.

156. Het feit dat gemaakte afspraken niet altijd werden nagekomen, of door sommigen beter werden nagekomen dan door anderen, is op zich geen bezwaar. Door informatie-uitwisseling en afstemming wordt door ondernemingen transparantie gecreëerd en een cultuur van voortdurend “aftoetsen”. Wanneer dan in de praktijk een bepaalde klant toch overstapt naar een andere leverancier is dat op zich geen bewijs dat het overleg niet heeft plaatsgevonden. De basis voor de inbreuk is de deelname aan het overleg.

157. Uit het dossier blijkt dat de aard van de activiteiten, het geografisch bereik van de maalterijen en de economische verwevenheid van België met de omringende landen, er klaarblijkelijk toe leidden dat de contacten tussen de maalterijen vaak zowel over de Nederlandse als de Belgische markt gingen. In het bijzijn van andere Nederlandse maalterijen (meermaals genoemd Koopmans, Ranks) werden bijvoorbeeld afspraken gemaakt over de Nederlandse markt en dan werden die uitgebreid naar de Beneluxmarkt. De auditeur heeft echter, ook tijdens het onderzoek, kenbaar gemaakt dat hij zich bezighield met een onderzoek naar het Belgische luik van mogelijke concurrentiebeperkende afspraken in de meelsector.

158. Het is afdoende vast komen te staan dat de door het verslag geïdentificeerde maalterijen contacten hadden waarbij concurrentiegevoelige informatie uitgewisseld werd met het doel en ook minstens het potentiële gevolg dat de concurrentie op de markt werd beperkt, verhinderd of vervalst. Tevens werd op voldoende wijze het verband gelegd tussen het overleg en strategie ten aanzien van de klanten van de maalterijen.

159. De gemeenschappelijke wil om de prijzen te verhogen (namelijk het voornaamste element op basis waarvan men in concurrentie zou moeten treden met elkaar), zelfs zonder dat de concrete prijzen altijd besproken werden, en zonder dat de kartelafspraken altijd werd nageleefd, is op zich reeds voldoende om een concurrentiebeperking uit te maken. De onzekerheid omtrent het gedrag van de concurrenten wordt daarmee verminderd, of tenminste beïnvloed.

In deze zaak is het van belang dat de bewijsvoering heeft aangetoond dat er over een langere periode overleg en aftoetsing was waar dan weer prijzen konden worden bekeken, en dan weer de marktpositie van elkeen van de maalterijen de revue kon passeren. De clementieverklaringen, de getuigenverklaringen, het veelvuldig telefonisch contact en de verzamelde notities en stukken wijzen op multilateraal en bilateraal overleg met eenzelfde doelstelling.

160. Door enkele van de betrokken ondernemingen is nog betoogd dat parallelle prijsverhogingen, voor zover ze al zijn aangetoond, niet als indirect bewijs kunnen gebruikt worden in deze zaak. Uit het

verslag blijkt echter dat dit ook niet is gebeurd. Er is sprake van overleg dat tot doel had om de concurrentie te beperken, daarbij is geen nader onderzoek gevoerd naar daadwerkelijke gevolgen of gehanteerde prijzen. Dergelijk onderzoek is volgens de gevestigde jurisprudentie ook niet noodzakelijk bij bepaalde vormen van collusie die naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van normale mededinging (zie bijvoorbeeld HvJEU 4 juni 2009, zaak C-8/08, T-Mobile en HvJEU 6 oktober 2009, gevoegde zaken C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, GSK).

6.2.6. De positie van Bloemmolens Van Geel

161. De Raad is van oordeel dat voor Bloemmolens Van Geel evenwel het nodige bewijs niet is geleverd.

162. Bloemmolens Van Geel heeft terecht aangevoerd dat er onvoldoende feitelijke elementen zijn die toelaten om haar betrokkenheid bewezen te achten. De auditeur heeft erkend dat de positie van Bloemmolens Van Geel bijzonder is.

Bloemmolens Van Geel is een kleine speler op de relevante markt met een beperkte omzet. In het segment van de industriële klanten was zij nauwelijks aanwezig in de periode waarvan sprake in het verslag. De auditeur koos ervoor, naar aanleiding van de clementieverzoeken van Werhahn en Meneba, om de kleinere maalterijen niet te vervolgen. Toch werd Bloemmolens Van Geel wel in de zaak betrokken.

163. De aanwezigheid van een vertegenwoordiger van Bloemmolens Van Geel tijdens één van de ontmoetingen waarvan hiervoor sprake was (noch multilateraal, noch bilateraal) is niet aangetoond. Noch Werhahn, noch Meneba vermelden Bloemmolens Van Geel in hun clementieverzoeken. Als meer lokale speler is het ook geloofwaardig dat Bloemmolens Van Geel niet uitgenodigd werd op overleg dat met name werd aangestuurd door ondernemingen die op de volledige Beneluxmarkt (en daarbuiten) actief waren.

In het verslag erkent de auditeur overigens dat Bloemmolens Van Geel niet aanwezig was bij multilaterale contacten tussen concurrenten (nummer 403 van het verslag). Hij stelt dat de onderneming zich echter achteraf akkoord heeft verklaard met de besluiten die tijdens overleg zouden genomen zijn. Verder wordt in het verslag gesteld dat er na 2003 in ieder geval geen elementen à charge zijn voor Bloemmolens Van Geel. De positie van de auditeur is een belangrijke overweging voor de Raad.

164. Uit de door de auditeur uitgevoerde analyse van de telefonische contacten blijkt dat de gegevens van Bloemmolens Van Geel niet in die analyse betrokken zijn, zodat dat gedeelte van de bewijsvoering ook wegvalt ten aanzien van de betrokkene. Uit de telefonische contacten van de andere maalterijen blijkt dat enkele keren gebeld is met Bloemmolens Van Geel, maar op beperkte schaal en gedurende het hele jaar en niet zozeer in de periode van oogst en/of net erna.

165. Aangezien de inbreuken zoals gedefinieerd in het verslag geen specifiek verband leggen tussen overleg enerzijds en daadwerkelijke prijsverhogingen anderzijds, kan Bloemmolens Van Geel ook niet louter veroordeeld worden omwille van de vermeende gelijktijdige prijsverhogingen met de andere maalterijen, zonder bijkomende elementen die op informatie-uitwisseling of afstemming wijzen.

166. Voor wat betreft het zogenaamde niet-aanvalsact of de afspraak om elkaars grotere industriële klanten in België niet actief te benaderen, steunt de auditeur op enkele sporadische verwijzingen in de mondelinge verklaring van een vertegenwoordiger van Meneba (clementieverzoek Meneba). Daarin wordt gewag gemaakt van twee/enkele telefonische bilaterale contacten met Van Geel in 2000 en 2001. Deze worden slechts vermeld door één van de verschillende werknemers van Meneba die verklaringen heeft afgelegd en er zijn geen ondersteunende stukken terug te vinden. De verwijzingen

naar twee (niet-gedateerde) telefoongesprekken in 2000 en 2001 zijn onvoldoende om als genoegzaam bewijs te worden beschouwd. Voor 2002-2007 zijn er geen vermeldingen van Bloemmolens Van Geel.

167. Bloemmolens Van Geel heeft ook aangetoond dat zij in de periode 2000-2007 actief gepoogd heeft industriële klanten te verwerven (zij was in dat segment nog niet of nauwelijks actief) en zij heeft tijdens het onderzoek en in de procedure voor de Raad aangevoerd dat ze in die periode een duidelijke omzetstijging kon voorleggen in het segment van de industriële klanten.

Uit enkele verklaringen blijkt overigens dat “kleine” maalderijen zich niet neerlegden bij een status quo en hun eigen weg gingen. Dat moet gelden voor Bloemmolens Van Geel.

Op basis van al deze overwegingen is de Raad van oordeel dat Bloemmolens Van Geel buiten de zaak kan blijven en dat aan haar op basis van het verslag in deze zaak geen inbreuk kan worden verweten.

6.3. Toerekening en duur van de inbreuk

168. Voor Werhahn, Meneba, Dossche, Ceres en Brabomills kwam de auditeur tot de conclusie dat er sprake is van één enkele en voortdurende inbreuk.

169. De voornoemde gedragingen in hun geheel en in onderlinge samenhang bekeken, kunnen door de Raad worden beschouwd als een inbreuk op artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU. Vervolgens moet ook duidelijk kunnen bepaald worden of de inbreuk aan elk van de door het verslag geviseerde onderneming kan worden verweten en voor welke periode.

170. Het dossier bevat aanwijzingen dat er vanaf 1996 contacten waren tussen bepaalde maalderijen. Dit volgt met name uit het clementieverzoek van Meneba en de verklaringen van haar werknemers. Werhahn daarentegen situeert het begin van het kartel in 2000/2001. Uit het verslag blijkt dat er voor 2000 nauwelijks overeenstemmende bewijselementen zijn. Het is derhalve onvoldoende duidelijk welke ondernemingen in de periode voor 2000 op voortdurende wijze betrokken waren. Het verslag erkent bijvoorbeeld ook dat er voor Brabomills voor 2000 geen bewijzen zijn van multilaterale contacten (nummer 403 van het verslag).

171. Aangezien de auditeur de feiten kwalificeert als een enkele voortdurende inbreuk moet er continuïteit bestaan, ook ten aanzien van de individuele betrokkenheid van de ondernemingen. Volgens de Raad is het met name vanaf het jaar 2000 bewezen dat er tussen Meneba, Werhahn, Dossche, Ceres en Brabomills ongeoorloofde contacten waren: als aanknopingspunt wordt uitgegaan van de vergaderingen waarvan sprake in nummer 176 van het verslag, die plaatsvonden vanaf augustus in de periode dat de prijsvorming plaatsvindt.

172. Voor wat betreft het einde van de inbreuk, moet worden vastgesteld dat het beeld vanaf eind 2006 meer diffuus wordt. Uit het clementieverzoek van Meneba, dat een belangrijk element in de bewijsvoering vormt, blijkt dat Meneba andere maalderijen niet kon overtuigen om een gezamenlijke prijsverhoging te overwegen. Er zijn duidelijk wel nog bewijzen gevonden van bilaterale contacten achteraf, maar de Raad is van oordeel dat er na de vergaderingen van november en december 2006 (waarvan sprake in de nummers 256 en 261 van het verslag) niet meer met voldoende zekerheid kan worden gesteld dat de inbreuk in hoofde van alle betrokken ondernemingen is blijven voortbestaan.

173. De duur van de inbreuk wordt voor Werhahn, Meneba, Dossche, Ceres en Brabomills bepaald als de periode van augustus 2000 tot en met december 2006.

174. Voor wat betreft de toerekening aan entiteiten die tot een zelfde groep ondernemingen behoren, hebben verschillende van de betrokken ondernemingen kritiek geuit op de wijze waarop de bestemmingen in het verslag zijn geïdentificeerd. Voor sommige ondernemingen wordt de inbreuk toegerekend aan de moederonderneming en aan de dochterondernemingen en hebben beiden ook een verslag ontvangen. Voor andere ondernemingen is dat niet het geval. Gelet op de conclusie waartoe de Raad hierna komt bij het berekenen van de sanctie, wordt niet nader ingegaan op de vraag op welke

wijze de moederondernemingen, eventueel buiten België gevestigd, aansprakelijk kunnen worden gesteld voor inbreuken van dochterondernemingen-maalderijen actief in België.

175. Voor de twee clementieverzoekers gaat de Raad uit van de ondernemingen die het initiatief genomen hebben voor het indienen van het clementieverzoek en die hun deelname bij een inbreuk aldus hebben erkend: Wilhelm Werhahn KG en Werhahn Mühlen GmbH, gevestigd in Neuss, Duitsland; voor Meneba werd het clementieverzoek ingediend door Meneba Belgium NV, Meneba Meel BV, Meneba BV en Meneba Holding BV. Voor de overige ondernemingen ziet de Raad in deze specifieke zaak geen reden om andere entiteiten mee aansprakelijk te stellen dan diegenen voor wie rechtstreekse betrokkenheid in België bewezen werd. Derhalve worden veroordeeld Dossche Mills NV, Brabomills NV en Ceres NV.

VII. Sanctionering

7.1. De beoordeling van de clementieverzoeken

176. Werhahn heeft als eerste een verzoek tot het bekomen van een volledige vrijstelling van geldboete ingediend. Op 28 februari 2008 werd een voorbehouden rang gevraagd, op 13 maart 2008 werd het clementieverzoek vervolledigd, op 19 maart 2008 werd een geconsolideerd verzoek met bijlagen overgemaakt.

177. Volgens de auditeur heeft Werhahn het verzoek in België gedaan nadat de Duitse mededingingsautoriteit, het Bundeskartellamt, invallen had gedaan bij verschillende maalderijen in Duitsland wegens vermoedens van marktverdeling en het maken van prijsafspraken op de Duitse meelmarkt. In zijn toelichting in het verslag en ook in de verdere procedure voor de Raad, heeft de auditeur gesteld dat Werhahn die nochtans slechts beperkt actief was op de Belgische markt, het onderzoek in België op gang heeft kunnen brengen. Hij erkent dat er vrij weinig concrete bewijselementen aangebracht werden voor België maar is desalniettemin van oordeel dat Werhahn aan alle voorwaarden voldoet om een volledige vrijstelling van geldboete te krijgen.

178. Ten eerste benadrukt de auditeur dat Werhahn als eerste informatie aanleverde die de Belgische mededingingsautoriteit daadwerkelijk toeliet een huiszoeking te doen op basis van informatie waarover zij nog niet beschikte. Daarmee beantwoordt het verzoek van Werhahn aan de beide hypothesen die volgens Titel III A onder nummer 10 recht geven op volledige vrijstelling (onder a) en onder b)). Ook aan de algemene voorwaarden voor vrijstelling is voldaan, evenzeer als aan de voorwaarden zoals die in de clementieverklaring van de Raad van 8 juli 2010 zijn geformuleerd. Met name is zonder meer komen vast te staan dat Werhahn volle medewerking heeft verleend aan het onderzoek en tijdens de procedure voor de Raad.

Aan Werhahn kan dan ook volledige vrijstelling van geldboete worden verleend.

179. Voor wat betreft Meneba, overweegt de Raad het volgende.

180. Het staat vast dat Meneba als tweede een clementieverzoek heeft ingediend, namelijk op 11 mei 2009. In zijn verslag geeft de auditeur aan dat dit verzoek plaatsvond ruim 14 maanden na het opstarten van het onderzoek in de meelsector. Volgens de auditeur heeft Meneba veel en voldoende bewijsmateriaal aangeleverd en tijdens het onderzoek op adequate wijze meegewerkt. De voorwaardelijke gedeeltelijke vrijstelling die door de Raad werd gegeven op 20 september 2010 in de vorm van een clementieverklaring moet volgens de auditeur omgezet worden in een definitieve gedeeltelijke vrijstelling. Op basis van de Clementiemededeling en de clementieverklaring van de Raad, zou Meneba derhalve in aanmerking komen voor een boetevermindering van 30 tot 50 % (nummer 16 van de Clementiemededeling).

181. In de procedure voor de Raad heeft Meneba in hoofdorde gevraagd dat de Raad zou vaststellen dat er geen reden is om op te treden (op grond van non bis in idem, zie hierna), dan wel de procedure

zou schorsen tot de Nederlandse autoriteit een definitieve uitspraak zou doen. Ondergeschikt heeft Meneba aanspraak gemaakt op volledige vrijstelling van geldboete, onder betwisting van de waarde van het materiaal aangeleverd door Werhahn. Slechts in de meest ondergeschikte orde heeft Meneba gevraagd aan de Raad om minstens 50 % boetevermindering toe te kennen.

182. Het komt de auditeur en de Raad in de eerste plaats toe om te beoordelen of Werhahn voldoet aan de voorwaarden voor een volledige vrijstelling. De belangrijkste criteria daarvoor, zoals thans in de Clementiemededeling vermeld, zijn met name het tijdstip van het verzoek en de mogelijkheid om een huiszoeking te doen. Een inhoudelijke beoordeling van bewijselementen en een vergelijking van de waarde van de respectievelijke inbreng van de eerste en de tweede verzoeker, zoals Meneba schijnbaar voorstelt, is niet voorzien en zou de basisuitgangspunten van de huidige clementieregeling ondermijnen. Er wordt overigens nogmaals aan herinnerd dat het verzoek van Meneba er kwam geruime tijd na de uitgevoerde huiszoekingen.

Hiervoor kwam de Raad tot de vaststelling dat aan de voorwaarden voldaan is om aan Werhahn volledige vrijstelling van geldboete te verlenen. Slechts één onderneming kan een dergelijke vrijstelling verkrijgen.

183. Meneba heeft inderdaad met haar clementieverzoek belangrijk bewijsmateriaal aangedragen, maar de proceshouding en de argumentatie van Meneba in de procedure voor de Raad leiden ook tot de nodige bedenkingen. Weliswaar heeft het clementieverzoek van Meneba bewijsmateriaal met aanzienlijke toegevoegde waarde opgeleverd, zoals ook door de auditeur erkend. Echter, in haar verdediging voor de Raad heeft Meneba het bewijzen van de inbreuk alleszins niet vergemakkelijkt. Nadat ze zelf een nagenoeg identiek clementieverzoek deed in Nederland en in België en in beide jurisdicties aanspraak maakte op boetevermindering (en zelfs boetevrijstelling), kwam haar verdediging er in wezen op neer te zeggen dat de Raad niet kon optreden omdat het merendeel van de bewijzen in de onderhavige procedure op Nederland betrekking hadden. Op basis van de verknochtheid in de feiten en de parallelle handhaving (mede in de hand gewerkt door haar eigen clementieverzoek) werd in hoofdorde voor de Raad aangevoerd dat tegen een inbreuk niet kon worden opgetreden.

De proceshouding van Meneba had als resultaat dat verwarring werd gecreëerd: enerzijds was er de erkenning van een inbreuk om zodoende boetevermindering te bekomen, en anderzijds, werd door de onderneming zelf de bewijsvoering aangetast, onder meer ook door onvoldoende medewerking (tijdens het onderzoek en tijdens de procedure voor de Raad) om twijfel omtrent mogelijks tegenstrijdige verklaringen weg te nemen. Al deze omstandigheden leiden ertoe dat de vraag gerechtvaardigd is of Meneba wel heeft meegewerkt aan de bewijsvoering zoals dat mag verlangd worden van een clementieverzoeker. De twijfels die daaromtrent bestaan brengen de Raad ertoe de laagste boetevermindering toe te kennen die voorzien is in de Clementiemededeling, namelijk 30 %.

7.2. Het opleggen van een boete door de Raad: non bis in idem

184. Door Meneba, Dossche en Ceres is aangevoerd dat de Raad in deze zaak geen sanctie kan opleggen omdat zij, in essentie weergegeven, al een boete hebben gekregen van de NMa. Brabomills, die niet veroordeeld werd door de NMa, doet geen beroep op non bis in idem, maar wijst erop dat wanneer één autoriteit beslist dat een onderneming niet aangesproken kan worden voor een bepaalde gedraging, een andere autoriteit met betrekking tot dezelfde gedraging niet tot een tegenovergestelde conclusie kan komen.

185. Uit het overzicht van het procesverloop blijkt dat de Raad belang heeft gehecht aan het beschikken over accurate informatie over het betreffende besluit en de boetes die aan elk van de betrokkenen werden opgelegd door de Nederlandse autoriteit. Om die reden werd de behandeling van de zaak een tijd geschorst zodanig dat de bezwaarfase bij de NMa kon worden afgewacht en de Raad kon beschikken over de definitieve informatie op niveau van de Nederlandse autoriteit. De Raad werd

ingelicht over het feit dat door de betrokken ondernemingen beroep is ingesteld tegen het boetebesluit van 14 maart 2012 van de NMa.

186. Uit het voorgaande blijkt ook dat er tijdens het onderzoek contacten zijn geweest tussen de NMa en het Auditoraat in het kader van de samenwerking tussen mededingingsautoriteiten die haar rechtsbasis vindt in Vo.1/2003. Dergelijke contacten liggen voor de hand wanneer ondernemingen op parallelle wijze clementieverzoeken indienen in verschillende lidstaten en uit die verzoeken blijkt dat feiten worden onthuld die ook verschillende lidstaten betreffen. Zij kaderen binnen de samenwerking die voorzien is in Vo.1/2003 en die deel uitmaakt van de gedecentraliseerde toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU.

187. De NMa en de Raad zijn elk door hun lidstaat aangewezen om inbreuken vast te stellen en te sanctioneren op de Europese mededingingsregels en meer bepaald het kartelverbod. De Raad is uitdrukkelijk bevoegd om zowel een inbreuk op artikel 2 WBEM als op artikel 101 VWEU vast te stellen. Eerder werd reeds gesteld dat de kerntaak van de Raad erin bestaat om de vrije concurrentie op de Belgische markt te beschermen en dat wanneer een boete wordt opgelegd deze specifiek betrekking heeft op de effecten op de Belgische markt (Beslissing in de zaak BBP, hiervoor geciteerd in nummer 81). Ook wanneer hij het Europees kartelverbod handhaaft, is dit de doelstelling die de Raad voor ogen heeft bij het uitoefenen van de hem toevertrouwde bevoegdheden.

188. De vraag is thans opgeworpen of het beginsel “non bis in idem” zich verzet tegen de uitoefening door de Raad van zijn sanctionerende bevoegdheid in deze zaak. Het betreffende beginsel geldt in de Belgische en EU orde als een algemeen rechtsbeginsel en maakt tevens deel uit van de fundamentele rechten die door de Raad moeten worden gewaarborgd op grond van het EVRM (Zevende Protocol) en het Handvest van grondrechten van de Europese Unie waar de Raad aan gebonden is wanneer hij artikel 101 VWEU toepast. Artikel 50 van het Handvest bepaalt het volgende: “*Niemand wordt berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet*”.

Er bestaat nog weinig twijfel dat het beginsel “non bis in idem” in principe van toepassing is ter bescherming van ondernemingen in kartelrechtelijke procedures (HvJEU 14 februari 2012, zaak C-17/10, Toshiba e.a.). Als administratief rechtscollege acht de Raad zich in ieder geval gebonden door het betreffende beginsel, ook al is duidelijk dat het beginsel in wezen van toepassing is in strafzaken, in een specifieke context wordt toegepast en dat in kartelzaken met de eigenheid van de handhaving van het mededingingsrecht rekening moet worden gehouden.

189. De Raad laat de vraag hier achterwege of er wel sprake is van een onherroepelijke veroordeling aangezien er een beroepsprocedure is aangespannen in Nederland tegen het besluit van de NMa. De vraag is door de betrokken ondernemingen op principiële wijze gesteld en zal door de Raad worden beantwoord, ongeacht de uitkomst van de gerechtelijke procedures die nog kunnen worden gevoerd in Nederland. De suggestie van de auditeur dat er nog geen definitieve veroordeling is en dat het beginsel “non bis in idem” sowieso niet kan worden ingeroepen, wordt om proceseconomische redenen niet gevolgd. Vooralsnog is de sanctionering door de NMa ook een vaststaand feit, dat in ieder geval relevant is voor de boeteberekening (zie hierna onder 7.3).

190. De drie voorwaarden die gelden voor de toepassing van “non bis in idem” zijn gelijkheid van feiten, van overtreders en van het beschermde rechtsgoed (zie ook recent Beslissing 2012-P/K-32 van de Raad van 10 december 2012 in de zaak bpost).

191. Volgens de Raad is er voor Werhahn, Meneba, Dossche en Ceres weliswaar identiteit van overtreders maar is aan de andere toepassingsvoorwaarden in de onderhavige zaak niet voldaan en kan het beginsel van “non bis in idem” derhalve niet in de weg staan van de mogelijkheid van de Raad om de bij de Nederlandse procedure betrokken ondernemingen te sanctioneren.

192. Hiervoor werd vastgesteld dat er een feitelijke verwevenheid bestaat tussen de Belgische en de Nederlandse markt: deze verwevenheid vindt haar oorsprong in het geografische bereik van de activiteiten van de maalderijen; ook in de inbreukmakende feiten zoals weerhouden door de auditeur is die verwevenheid terug te vinden.

193. De auditeur wijst er terecht op dat Werhahn en Meneba ook in de verschillende jurisdicties (Nederland en België) gelijkaardige, zo niet, identieke, met stavingsstukken onderbouwde, clementieverklaringen hebben ingediend. Dit verklaart mee de feitelijke verwevenheid van de zaken, die derhalve mee veroorzaakt is door de strategie van de ondernemingen zelf.

Daarmee staat echter nog niet vast dat er sprake is van (het bestraffen van) dezelfde feiten.

194. In dat verband moet er eerst op gewezen worden dat de NMa een geheel van feiten heeft beoordeeld en beboet: (1) een zogenaamd niet-aanvalspect, (2) de gezamenlijke overname van de Nederlandse meelhandelaar Van Ooijen, (3) de compensatie van de Nederlandse molen Ranks nadat deze volumeverlies had geleden door het verlies van een grote Nederlandse klant, Bake 5, (4) de gezamenlijke overname van de failliete Nederlandse maalderij UNO en (5) een poging tot stabilisering van de marktverhoudingen nadat een grote Nederlandse afnemer, Bakkersland had besloten het aantal leveranciers te reduceren. Het onderzoek van de NMa en het boetebesluit betroffen ook andere ondernemingen dan Werhahn, Meneba, Dossche en Ceres.

195. Uit dit overzicht blijkt dat er geen sprake is van volledige overlap in feitelijke zin. Het bereik van het boetebesluit van de NMa was aanzienlijk ruimer, zowel qua ondernemingen als qua onderzochte feiten. Gelet op de activiteiten van de ondernemingen, de algemene economische context en het geografische bereik van de maalderijen, is aannemelijk dat de doelstellingen van de ondernemingen voor de Nederlandse markt in het algemeen gelijkaardig waren: de prijsevolutie controleren en de marktverhoudingen stabiliseren. Uit de bewijsvoering blijkt dat de ondernemingen de “Beneluxmarkt” als geheel beschouwden voor hun overleg. Ook op basis daarvan kan echter niet geconcludeerd worden dat er sprake is van vervolging van dezelfde feiten.

196. Het feit dat tijdens overleg tussen de maalderijen zowel de Nederlandse als de Belgische markt aan bod kwamen, is op zich geen bezwaar voor een optreden van de Raad. Om het beginsel van non bis in idem te respecteren ten aanzien van Werhahn, Meneba, Dossche en Ceres, moet vaststaan dat de Raad zich niet baseert op dezelfde feiten voor het sanctioneren van de betrokken ondernemingen. De auditeur heeft alvast zelf tijdens het onderzoek, in het verslag en voor de Raad, steeds aangegeven dat hij zich heeft beperkt tot de Belgische markt en het “Belgisch luik” van het meelkartel waar voor het overige ook andere mededingingsautoriteiten mee bezig waren.

197. De rechtsvraag die zich stelt, en waarop in de rechtspraak nog geen duidelijk antwoord is gegeven, is hoe in kartelzaken moet worden nagegaan of de betrokken ondernemingen wegens dezelfde mededingingsbeperkende gedragingen opnieuw zouden worden bestraft. Het gaat dus met andere woorden om de betekenis van “idem” (zie Conclusie Advocaat generaal Kokott in zaak C-17/10, Toshiba, nummer 113).

198. Om die vraag te beantwoorden, gaat de Raad uit van een aantal uitgangspunten. Ten eerste functioneren zowel de NMa als de Raad in het kader van het Europees netwerk van autoriteiten en oefenen zij hun bevoegdheden uit op basis van Vo.1/2003 en hun respectievelijke nationale wetgeving. Het is de uitdrukkelijke bedoeling van de EU wetgever geweest dat nationale autoriteiten ook kartels kunnen sanctioneren met grensoverschrijdend effect; de beïnvloeding van de interstatelijke handel is immers een basisvoorwaarde voor het toepassen van artikel 101 VWEU.

199. Hieruit volgt ook dat de mogelijkheid dat nationale autoriteiten naast elkaar onderzoek naar inbreukmakende feiten zouden kunnen voeren, niet werd uitgesloten, en hetzelfde geldt voor het nemen van sanctiebeslissingen. Er is immers geen regeling getroffen waarbij er slechts één autoriteit een onderzoek tot een einde zou kunnen brengen (er is slechts de hypothese van artikel 11 (6) waarbij

de Commissie een zaak onttrekt aan een nationale autoriteit, een hypothese die zich hier niet heeft voorgedaan). Dit blijkt ook uit de Commissie bekendmaking inzake samenwerking tussen nationale autoriteiten (...): *“De verordening van de Raad is gebaseerd op een stelsel van parallelle bevoegdheden waarbij alle mededingingsautoriteiten bevoegd zijn om [artikel 81 en 82 van het Verdrag] toe te passen en verantwoordelijk zijn voor een doeltreffende taakverdeling ten aanzien van zaken waarvoor een onderzoek noodzakelijk wordt geacht. Tegelijkertijd behoudt elk lid van het netwerk ten volle de discretionaire bevoegdheid om te beslissen een zaak al dan niet te onderzoeken. Op grond van dit stelsel van parallelle bevoegdheden kunnen zaken behandeld worden door:*

- één enkele NMA, eventueel bijgestaan door NMA's van andere lidstaten, of
- verschillende NMA's die parallel optreden, of
- de Commissie.”

200. De veronderstelling moet dan ook zijn dat, wanneer een nationale autoriteit op basis van artikel 101 VWEU sanctioneert, zij dit doet vanuit haar specifieke wettelijke taak, in geval van de Raad is dat de bescherming van de vrije mededinging op de Belgische markt.

201. Uit de hiervoor geciteerde verordening en begeleidende Mededeling van de Commissie blijkt ook het belang van de band tussen de inbreuk en het grondgebied. *“...(9).. Uit bovengenoemde criteria blijkt dat er een concreet verband moet bestaan tussen de inbreuk en het grondgebied van een lidstaat, wil de mededingingsautoriteit van die lidstaat geschikt worden geacht om een zaak te behandelen. Het valt te verwachten dat de autoriteiten van lidstaten waar de mededinging merkbaar wordt beïnvloed door een inbreuk, geschikt zullen zijn om de zaak te behandelen, mits zij door afzonderlijk, dan wel parallel optreden daadwerkelijk een einde kunnen maken aan de inbreuk, tenzij de Commissie terzake beter is toegerust” (...).*

202. Het staat volgens de Raad vast dat de NMa in haar uiteindelijke boetebesluit van 14 maart 2012, zich uitdrukkelijk niet heeft uitgesproken over de Belgische aspecten van de zaak, noch in de beschrijving van de feiten die ze weerhoudt als basis voor de sanctie, noch in de motivering voor de sanctie zelf (bij het bepalen van de relevante omzet beperkt de NMa zich tot Nederland). Daaruit kan worden afgeleid dat de NMa niet de bedoeling had om gedragingen of gevolgen van gedragingen op de Belgische markt te bestraffen.

Dat impliceert ook dat om de volledige inbreuk in al zijn Beneluxaspecten effectief te beoordelen en te sanctioneren, een optreden van de Belgische autoriteit noodzakelijk is (zie de Mededeling hiervoor, nummer 12).

203. Het is inherent aan de beoordeling van afspraken tussen concurrerende ondernemingen in het kader van artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU dat het sanctioneren verband houdt met de gevolgen voor de concurrentie, in het geval van de Raad de concurrentie op de relevante markt voor zover die in België gelegen is. Afspraken hebben als doel de concurrentie te beperken (in welk geval de gevolgen worden verondersteld) en/of, minstens potentieel, tot gevolg dat de concurrentie wordt beperkt.

204. Dat naar de gevolgen van de gedragingen moet worden gekeken bij het bepalen of er sprake is van dezelfde feiten in kartelzaken en naar de periode waarin de feiten plaatsvonden, lijkt thans vast te staan (zie HvJEU in zaak C-17/10, Toshiba, nummer 99 en volgende). Het Hof heeft gesteld dat het non bis in idem er niet aan in de weg staat dat twee autoriteiten ondernemingen bestraffen die deel hebben genomen aan een mededingingsregeling zolang andere gevolgen worden bestraft.

205. Het is niet nodig dat de Raad zich ook verder uitlaat over de vraag of het feit dat iedere autoriteit zich houdt aan het sanctioneren van de gevolgen op het nationale grondgebied ook tot gevolg heeft dat niet voldaan is aan de voorwaarde “bescherming van een zelfde rechtsgoed” nu vaststaat dat er geen sprake is van sanctionering van dezelfde feiten.

206. De onderhavige beslissing beperkt zich tot inbreukmakende feiten in hoofde van de ondernemingen die nog niet als zodanig beoordeeld en gesanctioneerd zijn door een mededingingsautoriteit en die in verband staan met het Belgische grondgebied. Er is geen sprake van het extrapoleren van gedragingen die specifiek op Nederland betrekking hadden, zoals door Brabomills is aangevoerd. Zoals blijkt uit onderdeel IV hiervoor, heeft de Raad ook de markt voor verkoop van meel in België als uitgangspunt genomen voor zijn beoordeling.

207. Het feit dat enkele bewijsstukken in het onderzoeksdossier mogelijks door twee jurisdicties zijn gebruikt, doet daar niets aan af. Het een en ander volgt uit het feit dat de betrokken ondernemingen aan beide kanten van de landsgrens actief waren en hun activiteiten in beide (en ook nog andere) landen bespraken met de bedoeling voor de Beneluxmarkt hun onderlinge verhoudingen te controleren. Als een bepaald bewijselement aanwijzingen bevat die enerzijds betrekking hebben op Nederland, en anderzijds op België, kan elke autoriteit in het kader van haar eigen bevoegdheden met die aanwijzingen rekening houden.

208. Het beginsel non bis in idem verzet zich niet tegen het optreden van de Raad omdat aan de toepassingsvoorwaarden niet is voldaan.

7.3. Berekening: basisbedrag

209. Een beslissing in de zin van artikel 52 WBEM en artikel 5 Vo. 1/2003 die een inbreuk vaststelt op de artikelen 2 WBEM en 101 VWEU, dient volgens de rechtspraak van de Raad de motieven weer te geven aangaande de berekening van de boete, rekening houdend met de fundamentele rechten van de betrokkenen enerzijds, en de specifieke kenmerken van de handhaving van het mededingingsrecht anderzijds. De beslissing moet aan de betrokkenen en aan de auditeur toelaten inzicht te krijgen in de methode die de Raad heeft gebruikt om tot een boete te komen, maar is tegelijkertijd ook een uiting van een exclusieve en discretionaire bevoegdheid van de Raad.

210. In verband met de boeteberekening, is de auditeur in zijn verslag ingegaan op enkele van de verzwarende en verzachtende omstandigheden die volgens hem kunnen worden weerhouden en heeft hij verder bevestigd dat Werhahn en Meneba aan de voorwaarden voor vrijstelling of vermindering voldoen (zie hiervoor onder 7.1).

211. De betrokken ondernemingen hebben zich voor wat betreft de sanctie in hoofdorde beroepen op het beginsel van non bis in idem. Subsidiair is door [...] in meer of mindere mate ingeroepen dat zij in moeilijke financiële omstandigheden verkeren en dat de toestand van hun onderneming hen niet toelaat een aanzienlijke boete te betalen (zogenaamde hardheidsverzoeken), [...]. Tenslotte hebben de betrokken ondernemingen ook argumenten aangevoerd met betrekking tot de relevante omzet en de individuele omstandigheden die in het kader van de boeteberekening van belang zouden kunnen zijn.

212. In de onderhavige zaak zijn de boeterichtsnoeren van de Raad niet van toepassing aangezien de zittingen plaatsvonden voor de publicatie ervan (zie punt 46 van de Mededeling van de raad voor de Mededinging betreffende de berekening van geldboeten, B.S. 18 januari 2012, Ed.2, p. 3217).

213. De basisfactoren voor de berekening van de boete waren ook voor de boeterichtsnoeren reeds de ernst en de duur van de inbreuk. Tevens was het uitgangspunt dat voor het berekenen van het basisbedrag, moest worden uitgegaan van de omzet die zo dicht mogelijk aansluit bij de inbreukmakende feiten.

Teneinde na te gaan welke de betrokken omzet is, moet de Raad zich baseren op de beschikbare cijfers, zoals die door de auditeur en/of door de betrokken ondernemingen zijn overgemaakt. Door alle betrokkenen zijn aan de Raad omzetcijfers overgemaakt. Gelet op hetgeen onder 7.2 is uiteengezet, lijkt het in een zaak als de onderhavige belangrijk om rekening te houden met de omzet op de Belgische markt, om zo het risico van dubbele bestraffing te vermijden.

214. Gelet op de aard van de afspraken, horizontale afspraken waarin begrepen uitwisseling van commercieel gevoelige informatie en overleg over prijzen met marktstabilisatie tot doel, is er sprake van een zeer ernstige inbreuk op artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU.

215. De Raad is echter van oordeel dat er in deze zaak redenen voorhanden zijn om boetes van beperkte en forfaitaire aard op te leggen en niet verder de klassieke methode van boeteberekening te volgen.

216. Vooreerst moet worden vastgesteld dat de inbreukperiode eindigt in 2006 en dat de procedure, ook voor de Raad zelf, vrij veel tijd in beslag heeft genomen. Zowel op niveau van het onderzoek als op niveau van de Raad is de duur weliswaar deels te verklaren door het samenlopen van de Nederlandse en de Belgische procedure.

217. De betrokken ondernemingen hebben op plausibele wijze aangetoond dat zij actief zijn in een sector die het al geruime tijd moeilijk heeft. Enkel van hen hebben ook op plausibele wijze aangetoond dat zij zelf in een precaire financiële toestand verkeren. De onzekerheid van verschillende gerechtelijke en mededingingsrechtelijke procedures is in dat kader geen gunstige factor.

218. De Raad is in het voorgaande tot de conclusie gekomen dat een inbreuk op de mededingingsregels bewezen is. Ook werd uiteengezet dat het non bis in idem beginsel zich niet verzet tegen een veroordeling, noch een sanctie voor de bij de Nederlandse procedure betrokken ondernemingen.

219. Echter, het naast elkaar bestaan van de twee nationale procedures heeft gevolgen voor de mogelijkheid van de Raad om ook daadwerkelijk volgens de gebruikelijke methode een boete op te leggen.

220. Aan Meneba is in Nederland een boete opgelegd van 9.000.000 euro (na clementiekorting). Aan Dossche werd een boete opgelegd van 22.804.000 euro. Aan Ceres werd een boete opgelegd van 12.928.000 euro.

221. Voor de ondernemingen Meneba, Dossche en Ceres heeft de NMa sancties opgelegd waarbij rekening is gehouden met de wereldwijde omzet voor het toetsen van de maximale boete. Voor Meneba en Dossche heeft deze toetsing geleid tot een verlaging van de boete omdat het wettelijk maximum (gebaseerd op de wereldwijde omzet) werd overschreden. Dat betekent dat met de omzet op het Belgisch grondgebied reeds is rekening gehouden (bij de beboeting door de NMa) maar vooral dat de ondernemingen mogelijks maximaal beboet zijn of zullen zijn. De vraag kan gesteld worden of het gerechtvaardigd is dat het resultaat van parallelle handhaving door twee nationale autoriteiten strenger kan zijn dan handhaving enkel door de Commissie die zich voor de boete ook maximaal op 10 % van de wereldwijde omzet mag richten. De Raad beantwoordt deze vraag niet maar de twijfel of een dergelijk maximum zou kunnen worden bereikt als de Raad volgens de gebruikelijke methode een boete zou opleggen, is reeds voldoende om deze in het voordeel te laten spelen van de betrokken ondernemingen.

222. Bovenal hebben de parallelle procedures en de nog aanhangige gerechtelijke procedures in Nederland voor gevolg dat de Raad onmogelijk een accuraat beeld kan hebben van de impact die de sanctie die hij zelf zou opleggen, samengenomen met de reeds elders opgelegde sancties, zou hebben op de financiële situatie van de ondernemingen.

Nochtans is het om proceseconomische redenen, omwille van de op til staande hervormingen van de Belgische mededingingsautoriteit en vooral ook omwille van de rechtsonzekerheid van de ondernemingen, verkieslijk dat de Raad zich thans over de inbreuk uitspreekt zonder te wachten op de afloop van de procedures in Nederland.

223. Een verdere reden waarom de Raad beslist om haar discretionaire bevoegdheid in deze zaak zo te gebruiken dat hij beperkte en forfaitaire boetes uitspreekt, is omdat uit het voorgaande reeds blijkt dat

PUBLIEKE VERSIE

er zich in deze zaak relatief nieuwe rechtsvragen voordoen, met name aangaande de wijze waarop elke nationale autoriteit haar sanctiebevoegdheid kan uitoefenen in het EU kader bij parallelle vervolgingen (omzet, maximale bestraffing, etc). Samengenomen met de duur van de procedures, de globale economische context in de relevante markt en de in Nederland aanhangige procedures, is dit een reden om in deze zaak uiterst behoedzaam met de begroting van de sancties om te springen.

224. Brabomills is in Nederland niet veroordeeld voor betrokkenheid in de concurrentiebeperkende afspraken waar Meneba, Dossche en Ceres voor veroordeeld zijn. De hiervoor uiteengezette motivering kan dan ook voor deze onderneming niet geheel opgaan, althans niet voor wat betreft de beboeting in Nederland. De Raad is echter van oordeel dat het niet opportuun zou zijn om enkel op die basis een onderscheid te maken tussen de verschillende betrokken ondernemingen in deze zaak bij het bepalen van de sanctie. Daarbij speelt ook een belangrijke rol dat de auditeur tijdens de procedure duidelijk heeft erkend dat Brabomills meer zijn eigen weg ging.

225. Om deze redenen, worden de volgende boetes bepaald:

- Werhahn: 100.000 euro
- Meneba: 100.000 euro
- Dossche: 100.000 euro
- Ceres: 100.000 euro
- Brabomills: 100.000 euro

7.4. Berekening: individuele omstandigheden en clementiekortingen

226. Voor de onderneming Werhahn geldt zoals hiervoor in 7.1 uiteengezet, dat zij kan genieten van boete-immuniteit zodat de boete in haar geval herleid wordt tot 0 euro en op individuele omstandigheden niet meer moet worden ingegaan.

227. Voor Meneba geldt dat de Raad hiervoor besliste om een clementiekorting van 30% toe te kennen. Dat betekent dat de boete voor Meneba wordt herleid tot 70.000 euro.

228. Gelet op de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de Raad die er toe leidt dat op forfaitaire wijze sancties van beperkte aard worden opgelegd, hoeft niet nader te worden ingegaan op mogelijke aanpassingen wegens verzachtende of verzwarende omstandigheden.

229. Tenslotte moet nog worden nagegaan dat het door de wet ingestelde maximum van artikel 63 WBEM alleszins niet overschreden wordt. Dat hiervan geen sprake is, volgt uit de aan de Raad overgemaakte laatst beschikbare jaarrekeningen of schattingen van de verschillende ondernemingen.

Om deze redenen,

De Raad voor de Mededinging,

- Stelt vast dat Wilhelm Werhahn KG en Werhahn Mühlen GmbH, Meneba Belgium NV, Meneba Meel BV, Meneba BV en Meneba Holding BV, Dossche Mills NV, Ceres NV en Brabomills NV een inbreuk hebben gemaakt op artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU door van augustus 2000 tot en met december 2006 te hebben deelgenomen aan horizontale afspraken waarin begrepen uitwisseling van commercieel gevoelige informatie en overleg over prijzen met marktstabilisatie tot doel,
- Legt aan Wilhelm Werhahn KG en Werhahn Mühlen GmbH een boete op van 0 euro,

PUBLIEKE VERSIE

- Legt aan Meneba Belgium NV, Meneba Meel BV, Meneba BV en Meneba Holding BV een boete op van 70.000 (zeventig duizend) euro,
- Legt aan Dossche Mills NV een boete op van 100.000 (honderd duizend) euro,
- Legt aan Ceres NV een boete op van 100.000 (honderd duizend) euro,
- Legt aan Brabomills NV een boete op van 100.000 (honderd duizend) euro.

Aldus beslist op 28 februari 2013 door de Vijftiende kamer van de Raad voor de Mededinging, samengesteld uit Laura Parret, kamervoorzitter, Christian Huveneers, raadslid en ondervoorzitter van de Raad, en Kris Boeykens, raadslid.

Kennisgeving van deze beslissing gebeurt overeenkomstig artikel 67 WBEM aan Wilhelm Werhahn KG en Werhahn Mühlen GmbH, Meneba Belgium NV, Meneba Meel BV, Meneba BV en Meneba Holding BV, Dossche Mills NV, Ceres NV en Brabomills NV en de Minister die de Economie in zijn bevoegdheid heeft.