Nr.: 537

A.R. Nr.: 2013/MR/6

Rep. nr.: 2014/2347

Code : I.1.f

Eindarrest

van 12 maart 2014

HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL
18e kamer,

zetelend in burgerlijke zaken,
na beraad, wijst volgend arrest:

INZAKE VAN:

1. **BRABOMILLS N.V.**, met maatschappelijke zetel te 2170 MERKSEM (ANTWERPEN), Westkaai 1, ingeschreven met KBO-nummer 0403.722.116,
appellante,

vertegenwoordigd door Mr. DEBOEL Marc, advocaat te 9000 GENT, Coupure 5 en Mr. YSEWYN Johan, advocaat te 1050 BRUSSEL, Louizalaan 65 B2;

VRIJWILLIG TUSSENKOMENDE PARTIJEN:

1. **DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING**, administratief rechtscollege, opgericht bij artikel 11 van de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006, dat behoort tot de Belgische Mededingingsautoriteit in de zin van artikel 1,3° van dezelfde wet, met kantoor te 1000 BRUSSEL, Koning Albert II laan;

2. **DE ALGEMEME VERGADERING VAN DE RAAD VOOR DE MEDEDINGING**, met kantoor te 1000 BRUSSEL, Koning Albert II laan 16,

Vrijwillig tussenkomende partijen,

vertegenwoordigd door Mr. VERBORGH Noémie, advocaat te 1000 BRUSSEL, koningsstraat 145;

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep van appellante ingediend op de griffie van het hof op 29 maart 2013;

Mededingingsrecht

Gelet op de beslissing nr. 2013-I/O-06 van 28 februari 2013 waarbij de 15e kamer van de Raad voor de Mededinging appellante, samen met 4 andere ondernemingen, maalderijen, veroordeelt omwille van

concurrentiebeperkende afspraken in de markt voor de verkoop en levering van meel in België (de "bestreden beslissing");

Gelet op de verzoekschriften van de vrijwillig tussenkomende partijen ingediend op de griffie van het hof respectievelijk op 22 april 2013 en 25 juni 2013;

Gelet op het proceduredossier en het onderzoeksdossier overgemaakt aan het hof door de griffie van de Raad op 9 april 2013;

Gelet op de conclusies en bundels met stavingstukken overgemaakt door de partijen;

Gehoord partijen bij monde van hun raadslieden op de openbare pleitzitting van 4 september 2013, waarna de zaak in beraad werd genomen.

I. BESTREDEN BESLISSING

Het beschikkende gedeelte van de bestreden beslissing van 28 februari 2013 in de zaak MEDE-I/O-08/0009 aangaande mededingingsbeperkende praktijken op de markt voor levering en verkoop van meel in België luidt als volgt:

> *[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 BRABOMILLS NV een boete op van 100.000 (honderd duizend) euro.*
>
> *(...).*

II. VOORWERP VAN HET HOGER BEROEP EN DE VORDERING VAN APPELLANTE.

Appellante verzoekt het hof om de bestreden beslissing te vernietigen en, opnieuw recht sprekend, overeenkomstig artikel 75, 2e lid en 3e lid van de wet bescherming economische mededinging, gecoördineerd op 15 september 2006 ("WBEM") vast te stellen dat ze geen inbreuk heeft gepleegd op de artikelen 2 WBEM en 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("VWEU").

Appellante vordert aldus om de bestreden beslissing te vernietigen en de haar opgelegde boete van 100.000 EUR te annuleren en, opnieuw recht sprekend met volle rechtsmacht, vast te stellen dat zij geen inbreuk heeft gepleegd op artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU.

III. VOORWERP VAN DE VRIJWILLIGE TUSSENKOMSTEN.

De tussenkomende partijen vragen in hoofdorde om het hoger beroep af te wijzen als ongegrond en de bestreden beslissing te bevestigen.

De tussenkomende partijen laten verder opmerken dat indien het hof haar volle rechtsmacht uitoefent met betrekking tot de opgelegde sancties, het hof in eerste instantie verzocht wordt om de opgelegde geldboete van 100.000 EUR zonder meer te bevestigen, dit op grond van de ter zake dienende overwegingen in de bestreden beslissing. Mocht het hof hierover evenwel anders oordelen, dan zou het toepassing kunnen maken van de boeterichtsnoeren van de Raad die evenwel door de Raad nog niet werden toegepast gelet op de vigerende regel van overgangsrecht en doordat de zittingen voor de Raad plaatsvonden voor de publicatie ervan in het Belgisch staatsblad op 18 januari 2012.

Zij vestigen er tevens de aandacht op dat bij ontstentenis van een beroep dat tegen de bepaling van de geldboete is gericht, het hof geen lagere geldboete aan appellante kan opleggen.

IV. FEITEN, ANTECEDENTEN EN DE BEOORDELING VAN DE INBREUK DOOR DE RAAD.

De relevante feiten worden hierna beknopt samengevat.

Aan de basis van het door het auditoraat op 8 april 2008 ambtshalve geopende onderzoek ligt een clementieverzoek van de Duitse onderneming WERHAHN van 28 februari 2008 en van de Nederlandse onderneming MENEBA van 22 september 2010.

Het onderzoek was gericht tegen 6 ondernemingen in de meelsector met name DOSSCHE Mills N.V., CERES N.V., BRABOMILLS, BLOEMMOLENS VAN GEEL N.V., MENEBA Belgium N.V. en WERHAHN GmbH & co KG..

Volgens het door de Auditeur ingediende 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 BRABOMILS maken deel uit van de voedingsgroep Vanherpe. De La Lorraine Bakery group and Paniflower Milling group zijn sinds 2006 ondergebracht in de Vanobake NV Holding (randnr. 30 bestreden beslissing).
Blijkens hetzelfde verslag, werden er huiszoekingen verricht op 15 april 2008 bij CERES NV, bij DOSSCHE Mills NV, bij BRABOMILLS NV en bij de ondernemingsvereniging Koninklijke Vereniging van Belgische Maalderijen. Er werd ook informatie uitgewisseld met de Nederlandse en Duitse kartelautoriteiten.

Op 23 december 2010 heeft de Auditeur bij de Raad zijn gemotiveerd verslag en dossier over het onderzoek neergelegd, waarin hij vaststelde

dat voormelde ondernemingen afspraken hadden gemaakt met Duitse en Nederlandse molenaars met betrekking tot de gehanteerde prijzen, marktverdeling en de beperking van de capaciteit in de Benelux en Duitsland.

De Auditeur besloot in zijn verslag dat deze afspraken gericht waren op marktstabilisatie door (i) het uitwisselen van informatie over het coördineren van verkoopprijzen en prijsverhogingen, (ii) het beperken van de prijsconcurrentie, (iii) klantenverdeling in het kader van een zogenaamd niet-aanvalspact en (iv) het uitwisselen van gevoelige informatie en aldus een inbreuk uitmaken op artikel 2 WBEM en artikel 101 VWEU inzake het kartelverbod.

De Raad oordeelde na een uitvoerige bespreking van de voorliggende bewijselementen dat het bilateraal en multilateraal overleg tussen de betrokken ondernemingen een inbreuk uitmaakt op basis van volgende overwegingen:

> *"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-aanvalspact" 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 maalderijen en de economische verwevenheid van België met de omringende landen, er klaarblijkelijk toe leidden dat de contacten tussen de maalderijen vaak zowel over de Nederlandse als de Belgische markt gingen. In het bijzijn van andere Nederlandse maalderijen (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 geviseerde maalderijen 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 maalderijen.
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 kartelafspraak 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 maalderijen 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).”

Onder randnummer 169 besluit de Raad:

“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.”

Wat betreft het aandeel van appellante aan de inbreuk weerhield de Raad de volgende elementen:

“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 WERHAHN bij betrokken waren.
(...)

43. voor wat betreft de inbreukperiode van BRABOMILLS: vanaf 2000 tot en met september 2007;

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

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."

V. IN RECHTE.

A RECHTSMACHT VAN HET HOF EN TOEPASSING VAN DE WBEM.

Sedert de zaak in beraad werd gesteld op 4 september 2013, is de wettelijke context die de rechtsmacht van het hof van beroep betreft volgens de gecoördineerde wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging (WBEM) gewijzigd. Artikel 6 van de wet van 3 april 2013 (1) houdende invoeging van boek IV in het Wetboek van economisch recht, die ten laatste op 6 september 2013 in werking is getreden, heft op drie wetsartikelen na de voormelde gecoördineerde wet van 15 september 2006 op.

Hierdoor heeft de 'Raad voor de Mededinging' als administratief rechtscollege opgehouden te bestaan. De rechtsmacht van het hof van beroep ten aanzien van beslissingen van dit rechtscollege werd door WBEM bepaald, zonder dat die toewijzing door het Ger.W. werd bevestigd.

De artikelen 11 en 12 van de wet van 3 april 2013 (2) die bepalingen invoegt die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet in boek IV van het Wetboek van economisch recht, wijzen de

rechtsmacht om kennis te nemen van beroepen tegen beslissingen van de administratieve Belgische Mededingingsautoriteit toe aan het hof van beroep te Brussel.

Geen van beide wetten van 3 april 2013 bevatten evenwel overgangsbepalingen inzake de uitoefening van de rechtsmacht van het hof van beroep ten aanzien van hangende gedingen over beslissingen van de voormalige Raad voor de Mededinging.

Aangenomen moet evenwel worden dat de opheffing, met ingang van ten laatste 6 september 2013, van de bepalingen die het hof rechtsmacht verleende ten aanzien van beslissingen van de Raad voor de Mededinging, zonder dat tegelijk een andere appelrechter hiervoor als bevoegd wordt aangewezen, geen afbreuk kan doen aan het door appellante verkregen recht om haar grieven voor te leggen aan de appelrechter.

De ontstentenis van een wetsbepaling kan niet tot gevolg hebben dat het hof geen rechtsmacht meer kan uitoefenen ten aanzien van geschillen die onder de vigeur van de afgeschafte wetsbepalingen regelmatig aanhangig werden gemaakt voor het hof.

Zodoende neemt het hof aan dat de opheffing tijdens het beraad van de op 15 september 2006 gecoördineerde wet tot bescherming van de economische mededinging en de invoering van de wetten (1) en (2) van 3 april 2013 er niet aan in de weg staan dat het hof verder kennis neemt van het voorliggende geschil en oordeelt over het vernietigingsverzoek van appellante op basis van de toepasselijk regels van de WBEM zoals die van kracht waren en geïnterpreteerd werden door de rechtspraak op datum van de bestreden beslissing.

B. ONTVANKELIJKHEID.

Appellante betwist de vrijwillige tussenkomst van de Raad niet.

Op basis van voormelde overwegingen in verband met de gelding van de WBEM neemt het hof ook aan dat de Raad, die auteur is van de bestreden beslissing, onder de gelding van de WBEM vrijwillig kan tussenkomen om zijn beslissing te verdedigen.

C. TEN GRONDE: GRIEVEN TEGEN DE BESTREDEN BESLISSING.

Appellante formuleert vier grieven tegen de bestreden beslissing.

(i) de bestreden beslissing is gebaseerd op bewijsmateriaal dat niet aan de vereiste bewijsstandaard in mededingingszaken voldoet;

(ii) de bestreden beslissing voorziet in een ongeoorloofde ongelijke behandeling van appellante enerzijds en de andere in de procedure betrokken meelproducenten anderzijds;

(iii) de bestreden beslissing schendt de aan Verordening 1/2003 ten grondslag liggende principes van consistente toepassing van het Europees mededingingsrecht, alsmede het daaraan verbonden "*non bis in idem*" beginsel;

(iv) de bestreden beslissing schendt de formele motiveringsplicht, vermits ze gekenmerkt is door verschillende tegenstrijdigheden. Deze maken het voor appellante onmogelijk om op een ondubbelzinnige een duidelijke manier kennis te nemen van de motieven die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen.

1. Miskenning van de vereiste bewijsstandaard.

a. Algemeen

De Raad hanteert de volgende bewijsstandaard:

> *"111. (...)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.*
>
> *114 (...) 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."

Anderzijds stelt de Raad in randnr. 69 dat het bewijs in mededingingszaken vrij is en dat als dusdanig geen enkel bewijsmiddel uitgesloten is.

De Raad specificeert nog dat :

"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."

De bestreden beslissing steunt op de volgende 4 soorten bewijselementen:

(i) de clementieverzoeken van WERHAHN en MENEBA;

(ii) de verklaring van een anonieme getuige;

(iii) telefonische contacten tussen verkoopverantwoordelijken van de betrokken ondernemingen;

(iv) een aantal documenten onder meer gevonden bij huiszoekingen met betrekking tot vergaderingen.

b. Beoordeling van de grieven.

(i) Algemeen

Appellante is van oordeel dat geen enkele van de door de Raad gebruikte stukken voldoet aan de vereiste bewijsstandaard. Geen enkel bewijselement, afzonderlijk of samengenomen met andere bewijselementen is voldoende nauwkeurig bepaald. Samengenomen geven zij geen coherent beeld van de betrokkenheid van appellante bij de inbreuk. De bewijselementen zijn bijgevolg niet van aard om tot een vaste

overtuiging omtrent het bestaan van de inbreuk in hoofde van appellante te leiden (conclusie van appellante § 41).

De concrete grieven van appellante kaderen in een breder betoog betreffende haar bedrijfsstrategie en economische motieven waaruit zou moeten blijken dat zij er geen belang bij had om deel te nemen aan de inbreuk.

De verschillende elementen van kritiek op de bewijswaarde van de in de bestreden beslissing weerhouden bewijsvoering komen er op neer dat de deelname van appellante aan de inbreuk niet met voldoende zekerheid is komen vast te staan terwijl er integendeel elementen zijn die het aannemelijk maken dat appellante zich afzijdig hield ten aanzien van de ingeburgerde overlegcultuur van informatie-uitwisseling tussen concurrenten met het oog op het stabiliseren van de marktverhoudingen en het gelijktijdig doorvoeren van prijsverhogingen.

Appellante betwist niet als dusdanig het bestaan van een georganiseerde informatie-uitwisseling tussen concurrenten in de sector over prijzen en klantenverdeling maar stelt daaraan niet te hebben deelgenomen omdat zij een aparte marktpositie innam ten aanzien van de overige marktdeelnemers.

Geconfronteerd met een gebrek aan productiecapaciteit zou zij in tegenstelling tot haar concurrenten die geconfronteerd werden met overcapaciteit veeleer een groeistrategie hebben gevolgd en klanten van haar concurrenten hebben afgeworven. Die groeistrategie zou blijken uit een belangrijke toename van haar omzet in de periode tussen 2002- 2007 (conclusie van appellante § 26). In het kader hiervan zou zij ook regelmatig verplicht geweest zijn meel bij concurrenten aan te kopen wanneer haar eigen capaciteit niet volstond om te beantwoorden aan de groeiende vraag.

Het argument van appellante komt er op neer dat het economisch gezien niet in haar belang was om aan stabilisatie van de markt deel te nemen zoals dat wel het geval was voor de overige producenten met een structurele overcapaciteit. Bovendien zou moeten blijken uit de voorliggende groeicijfers dat zij ook niet effectief heeft deelgenomen aan een dergelijke stabilisatiestrategie.

Ter ondersteuning van deze argumentatie omtrent haar aparte positie wijst zij onder meer op:
(i) de erkenning door de Auditeur dat zij een aparte koers vaarde (Gemotiveerd Verslag § 404 en Opmerkingen § 13);
(ii) de verklaring van de heer V.S. over het feit dat BRABOMILLS *"zijn eigen weg ging"*.

Haar verweer komt er op neer dat zij geen belang had om deel te nemen aan de inbreuk, dat haar deelname aan de inbreuk onvoldoende vaststaat en dat de aangevoerde contacten met concurrenten een andere legitieme verklaring hebben.

Alvorens op de concrete kritiek van appellante op de bewijsvoering in te gaan, overweegt het hof dat uit het geheel der aangevoerde elementen weliswaar duidelijk blijkt dat appellante ten aanzien van het overleg tussen de concurrenten een eigen positie innam, maar dat hieruit nog niet zondermeer kan worden afgeleid dat appellante zich ten aanzien van de door de Auditeur en de Raad weerhouden inbreukmakende gedragingen volledig heeft onthouden of gedistantieerd. Ook indien de houding van appellante in het overleg over prijzen en klanten louter passief zou zijn geweest en zij zich niet (consequent) aan de afspraken zou hebben gehouden, neemt dit niet weg dat zij de inbreuk mede heeft gefaciliteerd door zich niet uitdrukkelijk te distantiëren.

(ii) De clementieverzoeken.

Volgens appellante heeft het clementieverzoek van WERHAHN geen betrekking op het Belgische Luik van het dossier en wordt het clementieverzoek van MENEBA op verschillende punten tegengesproken door latere verklaringen van ex-werknemers, zodat ze haar geloofwaardigheid verliest.

Nu de relevantie van het clementieverzoek van WERHAHN ten aanzien van de Belgische markt onzeker is (WERHAHN verklaarde zelf geen weet te hebben van afspraken betreffende Belgische klanten) en het clementieverzoek van MENEBA daarentegen ten aanzien van de deelname van appellante aan de inbreuk meer specifiek is, zal de hiernavolgende beoordeling van het bewijselement clementieverzoek tot dit laatste beperkt blijven. De bestreden beslissing merkt trouwens dit clementieverzoek aan als een belangrijk element in de bewijsvoering (randnummer 172).

In haar clementieverzoek ingediend op 11 mei 2009 erkent MENEBA deelgenomen te hebben aan het uitwisselen van informatie en het coördineren van verkoopprijzen en prijsverhogingen, het beperken van prijsconcurrentie, klantenverdeling gericht op het behoud van een status-quo van de marktverhoudingen (bestreden beslissing randr. 119). Zij benoemt ook concreet de ondernemingen die in wisselende samenstelling, aan deze afspraken zouden hebben deelgenomen: CERES, DOSSCHE, BLOEMMOLENS VAN GEEL, BRABOMILLS (**handelend onder de naam Paniflower**) en WERHAHN (bestreden beslissing randnr. 120).

De Raad licht de draagwijdte van deze contacten als volgt toe:

> *"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.
(...)
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-aanvalspact 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 [...]."

Meer in het bijzonder betwist appellante de juistheid van de clementieverklaring van MENABA waarop de Raad zich steunt om aan te tonen dat appellante tussen 2002 tot 2004 heeft deelgenomen aan multilateraal overleg over prijzen en klanten op de Beneluxmarkt (bestreden beslissing randnr. 126) en aan hoofdzakelijk bilaterale telefonische contacten vanaf 2004 tot 2006 (bestreden beslissing randnr. 127):

"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 maalderijen 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 maalderijen tegenover de Duitse maalderijen.
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."

Appellante voert aan dat de bestreden beslissing ondanks de uitdrukkelijke erkenning van het bestaan van tegenstrijdigheden in de verklaringen van clementieverzoekster geen rekening houdt met deze tegenstrijdigheden. Met name wijst zij erop dat op verschillende punten deze verklaringen werden tegengesproken door ex-werknemers van MENEBA tijdens hun verhoren waardoor deze verklaring niet meer geloofwaardig is en elke bewijswaarde zou verliezen (stukken 5 en 8, appellante). Met name zouden de ondervraagde personen het beeld hebben tegengesproken van een gecoördineerde prijsverhoging of van een niet- aanvalspact. Bovendien zou de Auditeur zelf erkend hebben dat door deze verklaringen het clementieverzoek van MENEBA aan waarde inboet (stuk 7, appellante).

De bestreden beslissing overweegt hierover het volgende:

"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 huiszoekingen die hierna onder 6.2.4 verder aan bod komen. (...)"

Het hof oordeelt hierover als volgt.

Een ondernemingsverklaring die de deelname van andere ondernemingen aan een inbreuk op artikel 2 WBEM of 101 VWEU vermeldt, maar waarvan de juistheid wordt aangevochten door de beschuldigde ondernemingen, kan op zich niet worden beschouwd als een voldoende bewijs dat deze laatste ondernemingen een inbreuk hebben gepleegd indien deze verklaringen niet door andere bewijselementen worden aangevuld. Dit geldt a fortiori indien zij nadien door verklaringen van haar eigen ex-werknemers op bepaalde punten wordt tegengesproken.

Het voorgaande impliceert evenwel niet dat deze ondernemingsverklaring elke bewijswaarde zou moeten ontzegd worden. Een dergelijke ondernemingsverklaring kan een element van de bewijsvoering uitmaken indien zij door andere elementen wordt ondersteund.

De overweging van de Raad dat de betrokken ex-werknemers wellicht niet gemotiveerd waren om hun eigen deelname aan de inbreuk te benadrukken en blijkbaar niet betrokken waren bij de afspraken op het hoogste niveau ondersteunt haar conclusie dat de clementieverklaring haar bewijswaarde behoudt wat betreft betrokkenheid van appellante aan deze inbreuk. Er zijn geen aanduidingen die maken dat de nuancerende verklaringen van ex-werknemers *in casu* als meer geloofwaardig dienen te worden aangemerkt dan de clementieverklaring van de betrokken onderneming zelf.

Dat de heer V.S., Nederlands werknemer van MENEBA, die beter op de hoogte was van de fundamentele afspraken tussen de maalderijen in 2009 verklaarde dat *"BRABOMILLS zijn eigen weg ging"* doet aan het voorgaande geen afbreuk, nu hieruit niet kan worden afgeleid dat appellante in het geheel niet betrokken zou zijn geweest bij de mededingingsbeperkende contacten waarvan sprake in het clementieverzoek. Hetzelfde geldt met betrekking tot de opmerking van appellante dat uit de voortdurende contacten tussen de Belgische maalderijen (randr. 133), die door de Belgische ex-werknemers van MENEBA worden bevestigd, als dusdanig niet kan worden afgeleid dat deze een mededingingbeperkend karakter hadden.

In ieder geval geeft de ondernemingsverklaring van MENEBA een context (afspraak) aan waarbinnen deze "voortdurende contacten" tussen de Belgische concurrenten waaronder appellante redelijk verklaard kunnen worden. Er is met andere woorden geen sprake van een fundamentele tegenstrijdigheid maar van belangrijke nuanceringen tussen de verschillende verklaringen. Zelfs indien men aanneemt dat er geen redenen zijn om de neutraliteit van de verklaringen van voornoemde ex-werknemers te betwijfelen, dan nog zijn hun verklaringen enkel van aard om het expliciet, georganiseerd karakter van de informatie-uitwisseling

zoals aangegeven in de clementieverklaring te nuanceren en niet om de geloofwaardigheid ervan als dusdanig volledig te diskwalificeren.

De Raad heeft terdege rekening gehouden met de relatieve bewijswaarde van het clementieverzoek van MENEBA in haar overwegingen (randnr. 133) en stelt bovendien dat de Auditeur in voldoende mate de inhoud van het clementieverzoek heeft kunnen bevestigen op basis van zijn onderzoek aan de hand van andere bewijselementen ondermeer in het kader van huiszoekingen (randnr. 134).

Appellante kan bijgevolg niet gevolgd worden waar zij aanvoert dat de Raad geen rekening houdt met bovenvermelde contradicties en dat deze de Raad hadden moeten er toe aanzetten om het clementieverzoek van MENEBA als bewijselement met betrekking tot de deelname van appellante aan de inbreuk volledig te diskwalificeren of minstens ernstig in twijfel te trekken.

(iii) Anonieme getuigenis.

Betreffende de verklaring van een anonieme getuige overweegt de bestreden beslissing het volgende:

> *"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 geviseerd. De verklaring wordt gedaan op basis van de ervaring in de sector en de kennis van de in België actieve marktspelers."

Appellante voert enerzijds aan dat de anonieme getuige haar in zijn verklaring niet expliciet vermeldt. Anderzijds stelt zij dat de bestreden beslissing door dit bewijselement te aanvaarden, de bepalingen schendt betreffende (i) de procedure inzake vertrouwelijkheid ; (ii) artikel 6 EVRM en de algemene rechtsbeginselen van behoorlijk rechtsbedeling en

(iii) de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de bewijswaarde van een anonieme getuigenis.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

Vooreerst neemt de Raad uitdrukkelijk in aanmerking dat het anoniem karakter van de getuigenis de bewijswaarde ervan relativeert zodat het enkel als een ondersteunend en niet als het enig of doorslaggevend bewijselement kan worden aangewend. Verder neemt de Raad ook aan dat de bewijswaarde van de anonieme verklaring afhankelijk is van andere ondersteunende elementen die ermee overeenstemmen (randnr. 138).

Appellante voert hiertegen aan dat de Raad het ondersteunend karakter van het anonieme getuigenbewijs miskent nu hij daaraan bewijswaarde toekent omwille van het overeenstemmend karakter met andere bewijselementen waarvan de bewijswaarde ook ontbreekt.

Dit argument mist feitelijke grondslag. De Raad stelt in dit verband immers dat de verklaring van de anonieme getuige de informatie bevestigt die in de clementieverklaring naar voor komt (randnr. 140). Door het hof werd reeds aanvaard dat de bewijswaarde van de clementieverklaring van MENEBA weliswaar dient te worden genuanceerd maar niet moet worden gediskwalificeerd wat betreft het bestaan van ongeoorloofde informatie-uitwisseling tussen de betrokken ondernemingen, waaronder appellante.

Ook al wordt appellante in de anonieme getuigenverklaring niet expliciet bij name genoemd als deelnemer, de verklaring bevestigt niettemin het bestaan van een gevestigde aftoetsingspraktijk tussen de grote Belgische maalderijen wat betreft klanten en gelijktijdige prijsverhogingen via telefonische contacten en in de marge van de beroepsverenigingen KVBM en UBEMI (randnr. 139). De verklaring laat anderzijds ook niet toe om

vast te stellen dat appellante zich van de litigieuze overlegpraktijk zou hebben gedistantieerd.

De Raad heeft bijgevolg de bewijswaarde van de anonieme getuigenis niet geschonden wat betreft het ondersteunend karakter ervan ten aanzien van het clementieverzoek van MENEBA.

Het hof oordeelt verder dat – gelet op de bijzondere beperkingen inzake bewijsvoering ten gevolge van het doorgaans geheim karakter van een inbreuk op het kartelverbod - het anoniem karakter van de getuigenis als ondersteunend bewijselement, in beginsel toelaatbaar is in mededingingszaken zelfs indien de betrokken onderneming niet in de gelegenheid wordt gesteld, ten gevolge van het anonimiseren van de getuige, de geloofwaardigheid van de getuige en dus de bewijswaarde van diens verklaring te beoordelen.

Volgens appellante heeft de Raad nagelaten de ernst en de gegrondheid van de redenen waarom de getuige anoniem wenste te blijven te onderzoeken en kon de Raad bijgevolg ook niet nagaan of er geen gevoeligheden of feitelijke antecedenten bestonden tussen haar en de getuige welke diens neutraliteit zouden beïnvloeden.

Op basis van de getuigenverklaring zelf kon de Raad evenwel in rechte op een voldoende verantwoorde manier vaststellen dat er geen redenen zijn om aan te nemen dat de getuige appellante viseerde (randnr. 140). Uit de bestreden beslissing blijkt weliswaar niet dat de Raad de redenen waarom de getuige anoniem wenste te blijven als dusdanig heeft onderzocht of kennis heeft kunnen nemen van de identiteit van de getuige en van zijn achtergrond. Dit maakt *in casu* echter geen schending uit van artikel 6 EVRM of van de algemene beginselen van behoorlijke rechtsbedeling omdat in het kader van de wettelijke procedure op grond van de WBEM de beslissing tot het verlenen van de anonimiteit aan een getuige enkel toekomt aan de Auditeur zonder dat de Raad op het hof

hierover kunnen oordelen, teneinde het risico te vermijden die anonimiteit prijs te geven in de motieven van de uitspraak.

Bovendien kan om de hierboven reeds aangegeven reden het recht op een eerlijk proces met betrekking tot onderzoeken aangaande mededingingsbeperkende gedragingen niet zo ruim worden uitgelegd dat documenten die belastend bewijsmateriaal bevatten, automatisch als bewijsmiddel dienen te worden geweerd indien de informatie met betrekking tot de identiteit van de auteur van deze informatie vertrouwelijk dient te blijven.

Conform de rechtspraak van het hof van Justitie volstaat het dat de Raad afdoende de geloofwaardigheid van de anonieme verklaring op gemotiveerde wijze beoordeelt en rekening houdt met de relatieve waarde van een anonieme getuigenis, waarvan het anoniem karakter de geloofwaardigheid noodzakelijk vermindert, opdat hij zijn beslissing in rechte zou verantwoorden (Arrest HvJEU van 25 januari 2007, zaak c-411/04 P, *Salzgitter Mannesman*, II -990 e.v., randnr. 40-50).

De Raad heeft in zijn beslissing de relatieve bewijswaarde van de anonieme getuigenis erkend (randnr. 137), verwezen naar het noodzakelijk ondersteunend karakter ervan (randnr. 138) en aangegeven dat het slechts een bewijselement betreft dat deel uitmaakt van een reeks van overeenstemmende en elkaar versterkende elementen (randnrs. 138 en 140).

Op grond van de voorgaande overwegingen oordeelt het hof dat de Raad door het aannemen van de betreffende anonieme verklaring als ondersteunend maar niet-doorslaggevend bewijsstuk omtrent het bestaan van een aftoetsingspraktijk over prijzen en klanten tussen de betrokken ondernemingen de rechten van de verdediging van appellante niet heeft geschonden.

Appellante beklaagt er zich ten slotte nog over dat er geen gemotiveerde beslissing voorligt met betrekking tot het vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens van de getuigenverklaring en van de identiteit van de auteur ervan, zodat haar recht op toegang tot het dossier is geschonden. Aldus zouden haar rechten van verdediging eveneens geschonden zijn. Appellante kan hierin echter niet worden gevolgd. Appellante had de mogelijkheid om voor het hof een ruimere toegang te vragen tot vertrouwelijke stukken, wat zij nagelaten heeft. Wat het vertrouwelijk karakter van de identiteit van de getuige betreft heeft het hof hierboven reeds geoordeeld dat deze geen schending uitmaakt van de rechten van de verdediging van appellante.

(iv) De telefonische contacten.

Volgens de Raad bevestigt het bestaan van frequente telefonische contacten zoals die blijken uit het onderzoek de reeds eerder aangenomen verklaringen van MENEBA en de anonieme getuige omtrent regelmatige bilaterale contacten tussen de grote meelproducenten DOSSCHE, CERES en BRABOMILLS vooral dan in de periode van 2003-2008. Deze regelmatige contacten scheppen volgens de Raad een forum om gevoelige informatie uit te wisselen:

> *"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."

Appellante meent dat de telefonische contacten waarbij haar medewerkers betrokken waren (i) veel minder frequent waren dan deze tussen de andere ondernemingen en (ii) legitiem verklaard worden door de noodzaak voor appellante om meel bij concurrenten aan te kopen gelet op haar beperkte productiecapaciteit. Wat dit tweede punt betreft betoogt appellante dat de heer M. als verkoopverantwoordelijke tevens instond voor de aankoop van meel en dat het hier dus om legitieme contacten gaat.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

Dat door appellante minder frequent telefonisch contact werd genomen dan door de overige ondernemingen en dat sommige van die contacten mogelijks te maken hadden met de aankoop van meel moest de Raad er niet toe doen besluiten dat andere contacten geen mededingingsbeperkend karakter hadden. De mogelijks legitieme alternatieve verklaring van sommige contacten door de heer M. als verantwoordelijke voor de aankoop evenals voor de verkoop van meel sluit immers niet uit dat die contacten eveneens betrekking hadden op gevoelige informatie met betrekking tot prijzen en klanten. In die omstandigheden waarbij het bestaan van inbreukmakende contacten redelijkerwijs niet kan worden uitgesloten omwille van de dubbele functie van de betrokkene, komt het aan appellante toe om het tegenovergestelde aannemelijk te maken door aan te tonen dat deze contacten uitsluitend te maken hadden met de aankoop van meel. Het door appellante op dit vlak aangebrachte partiële bewijs overtuigt niet.

De door appellante in de loop van het geding aangebrachte verduidelijking dat de heer V. enkel inkoopverantwoordelijke was voor graan en niet voor meel spreekt het bovengaande niet tegen, zodat de Raad wel degelijk mocht aannemen dat ook in hoofde van appellante er sprake was van contacten tussen verkoopverantwoordelijken (randnr. 144) waarvan de frequentie kan worden weerhouden als indirect bewijs van de context waarin de afspraak zich afspeelde (randnr. 146).

(v) Het overige bewijsmateriaal.

Volgens de Raad bevestigen de overige bewijselementen afkomstig van de huiszoekingen uitgevoerd bij de betrokken ondernemingen in voldoende mate de informatie verstrekt door de clementieverklaring van MENEBA en die van andere getuigen over de nauwe multilaterale en bilaterale contacten tussen de Belgische maalderijen en de context waarin deze contacten plaatsvonden:

"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."

Volgens appellante zijn de documenten met name de notities, e-mail en ontwerpbrief waarop de bestreden beslissing zich expliciet baseert niet van aard de deelname van appellante aan de inbreuk te bevestigen omdat ze (i) haar niet expliciet vermelden of (ii) te onduidelijk zijn als aanwijzing van haar betrokkenheid bij de mededingingbeperkende afspraak.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

De voorliggende stukken bevestigen afdoende het algemeen beeld van nauwe contacten en overleg tussen de Belgische maalderijen – waaronder appellante - zoals dat reeds in het clementieverzoek tot uiting komt, zonder dat daarbij specifiek melding dient te worden gemaakt van het eigen aandeel van appellante. Zij ondersteunen de overige weerhouden bewijselementen.

(vi) Algemeen besluit.

Dat appellante in de weerhouden verklaringen minder expliciet in verband werd gebracht met de vastgestelde inbreuk dan de overige betrokken ondernemingen en dat integendeel sommige verklaringen en opmerkingen van de Auditeur erop wijzen dat appellante een aparte positie in het kartel innam en een eigen koers voer, neemt niet weg dat de Raad aan de hand van voldoende coherente elementen uit het onderzoek het bestaan van regelmatige contacten, overleg en aftoetsing inzake prijzen, prijsverhoging, klanten en onderlinge afstemming in dit verband - zowel bilateraal als multilateraal - tussen alle betrokken ondernemingen waaronder appellante rechtens heeft kunnen vaststellen (randnr. 159).

De basis van de inbreuk vormt – zoals de Raad terecht stelt – immers het overleg tussen de betrokkenen met het oog op het beperken van de mededinging en niet de vraag of dit overleg het handelen van deze of gene deelnemer heeft beïnvloed en of die daar een belang bij had.

Overigens maakt appellante het ook niet aannemelijk dat zij zich daadwerkelijk afzijdig heeft gehouden van het overleg of uitdrukkelijk heeft gedistantieerd van het overheersende klimaat van "hoffelijke" concurrentie waarbinnen de contacten tussen de betrokken ondernemingen plaatsvonden.

Zij toont evenmin aan dat haar omzetgroei tijdens de betrokken periode ten koste is gegaan van een dalend marktaandeel bij haar concurrenten.

Door vast te stellen dat appellante deelnam aan de vastgestelde inbreuken heeft de bestreden beslissing de vereiste bewijsstandaard niet geschonden.

2. Discriminatie ten aanzien van appellante.

Het tweede middel bevat twee onderdelen.

Appellante voert vooreerst aan dat zij gediscrimineerd werd ten opzichte van BLOEMMOLENS VAN GEEL nu aan deze onderneming geen boete werd opgelegd, hoewel beide ondernemingen zich volgens haar in dezelfde juridische en feitelijke situatie bevonden.

De verschillende behandeling van beide ondernemingen is met name door de Raad gesteund op het ontbreken van voldoende elementen die wijzen op de betrokkenheid van BLOEMMOLENS VAN GEEL als kleinere onderneming op de markt bij de multilaterale contacten tussen de grote maalderijen (randnr. 163). Beide ondernemingen bevonden zich bijgevolg niet in dezelfde juridische en feitelijke situatie.

Verder betoogt appellante dat zij ten onrechte op dezelfde wijze wordt behandeld als CERES en DOSSCHE en met name dan wat betreft de hoogte van de opgelegde boete, hoewel de Auditeur zelf toegaf dat het aandeel van appellante in de inbreuk beperkter was. Zij verwijst daarbij naar het Gemotiveerd Verslag en de opmerkingen van de Auditeur.

Voormelde elementen nopen het hof en de Raad ertoe vast te stellen dat appellante wat betreft haar aandeel in de inbreuk inderdaad een beperktere betrokkenheid aannemelijk maakt. Dit gegeven behoort een rol te spelen bij de vaststelling van de hoogte van de aan appellante op te leggen boete.

De Raad heeft in haar overwegingen bij de forfaitaire boetebepaling (randnr. 224) rekening gehouden met het feit dat CERES en DOSSCHE in Nederland reeds beboet werden voor hun betrokkenheid bij de inbreuk terwijl dat niet het geval was voor appellante. Op grond hiervan stelt de Raad dat in theorie zij een hogere boete had kunnen opleggen aan appellante. Zij besliste evenwel om ook aan appellante een lagere forfaitaire boete op te leggen, mede op grond van de eigen positie van appellante.

De Raad erkent met andere woorden de eigen positie van appellante ten opzichte van de andere beboete ondernemingen en houdt hiermee terdege rekening bij de boetebepaling. Hoewel de drie ondernemingen uiteindelijk eenzelfde boetebedrag wordt opgelegd, gebeurt de bepaling van dit bedrag voor appellante op een onderscheiden manier.

Er is bijgevolg geen sprake van een gelijke behandeling van ondernemingen in onderscheiden situaties.

3. Schending van het beginsel ne bis in idem.

Appellante betoogt vervolgens dat de Raad geen beslissing had mogen nemen die strijdig was met het besluit van de Nederlandse mededingingsautoriteit (toenmalige"NMa") en waarbij appellante niet werd veroordeeld. Tevens zou de bestreden beslissing een schending uitmaken van het algemeen rechtsbeginsel dat een onderneming geen tweemaal voor dezelfde feiten kan worden veroordeeld.

In haar conclusie betoogt de Raad op grond van Verordening 1/2003, dat de beginselen van de rechtszekerheid en de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht niet zijn geschonden.

Na uitvoerige overwegingen komt de Raad in haar bestreden beslissing tot de conclusie dat het beginsel *ne bis in idem* niet wordt geschonden

omdat aan minstens één van de toepassingsvoorwaarden ervan niet is voldaan (randnr. 208). De Raad verwijst daarbij uitdrukkelijk naar de Toshiba-rechtspraak[1] van het Europees Hof van Justitie (randnr. 204) Het Hof heeft volgens de Raad met name gesteld dat *non bis in idem* er niet aan in de weg staat dat twee autoriteiten dezelfde ondernemingen bestraffen die deel hebben genomen aan een mededingingsbeperkende afspraak zolang duidelijk onderscheiden gevolgen worden bestraft.

De Raad stelt in dit verband nog:

> *"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."*

Appellante betoogt dat *in casu* voldaan is aan de voorwaarden voor de toepassing van voormeld beginsel aangezien de Nederlandse mededingingsautoriteit en de Raad beiden oordeelden over afspraken met betrekking tot de Beneluxmarkt, tussen dezelfde ondernemingen en met oog op het beschermen van het zelfde rechtsgoed.

Appellante betwist *in casu* niet dat de inbreuk zowel op de Nederlandse als op de Belgische markt betrekking had, maar stelt dat (i) de NMa reeds rekening had gehouden met de schadelijke gevolgen van de feiten op de Beneluxmarkt als geheel en (ii) de gesanctioneerde praktijken volgens beide instanties één voortdurende inbreuk vormden en dus onlosmakelijk verweven zijn met elkaar, zodat in de praktijk quasi uitgesloten is dat de twee betrokken autoriteiten zich bij de beoordeling van de inbreuk enkel op de feiten baseerden die op hun respectieve grondgebied betrekking hebben.

---

[1] Het arrest HvJEU, van 14 februari 2012 in de zaak C-17/10 betrof een beslissing van de Commissie en van de Tsjechische mededingingsautoriteit.

Het hof brengt de volgende uitgangspunten in herinnering.

Een inbreukmakende afspraak tussen ondernemingen gevestigd in verschillende jurisdicties van de Europese Unie kan in beginsel door meerdere nationale mededingingsautoriteiten in parallel vervolgd en bestraft worden op grond van artikel 101 VWEU en Verordening 1/2003. Artikel 13 van Verordening 1/2003 bevestigt op dit vlak enkel een mogelijkheid voor een autoriteit om een klacht af te wijzen of een procedure te schorsen wanneer een andere autoriteit de zaak behandelt, maar houdt geen onthoudingsplicht in.

Een door een nationale mededingingsautoriteit genomen beslissing waarbij in hoofde van een onderneming geen inbreuk wordt vastgesteld belet dus niet dat een andere betrokken autoriteit in een andere lidstaat met betrekking tot de gevolgen van dezelfde gedragingen van die onderneming op het grondgebied waarvoor deze autoriteit bevoegd is tot een andere conclusie kan komen zonder dat tussen beide beslissingen noodzakelijk een tegenstrijdigheid bestaat of de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht in het gedrang komt. Wel dient erover gewaakt te worden dat aldus het beginsel *non bis in idem* niet wordt geschonden door een dubbele vervolging of bestraffing.

Dit beginsel is zoals de Raad terecht aanvoert in conclusie ook van toepassing op een onherroepelijke vrijspraak in een andere lidstaat.

Bij de handhaving van het Europees mededingingsrecht door de nationale mededingingsautoriteiten en rechtscolleges ten aanzien van grensoverschrijdende inbreuken (kartels) dient toepassing gemaakt te worden van het rechtsbeginsel *ne bis in idem* dat een op het niveau van de Europese Unie een erkend grondrecht uitmaakt (artikel 50 Handvest van de grondrechten van de EU). De eerbiediging van dit beginsel wordt verzekerd door het Europees Hof van Justitie en door de nationale

rechtscolleges in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 7 (1) van Protocol 7 bij het EVRM.

Bij de toepassing van dit beginsel past het Europees Hof van Justitie naar vaste rechtspraak een drievoudige test toe:
– identiteit van de betrokken onderneming;
– identiteit van de feiten;
– identiteit van het beschermde rechtsbelang.

Met het oog op een uniforme toepassing van de Europeesrechtelijke mededingingsregels is het aangewezen – niettegenstaande de ernstige kritiek op het derde criterium van de test zoals geformuleerd door advocaat-generaal Kokott in haar opinie van 8 september 2011, in bepaalde rechtsleer[2] en door appellante overgenomen - om deze criteria ook toe te passen in het kader van de vervolging van grensoverschrijdende mededingingsinbreuken door nationale mededingingsautoriteiten en rechtscolleges binnen de EU.

Het door het Europees Hof van Justitie vooropgestelde en door de Raad aanvaarde uitgangspunt dat naar de gevolgen van mededingingbeperkende gedragingen moet worden gekeken bij het bepalen of er sprake is van dezelfde feiten impliceert dat teneinde onderscheiden gevolgen te kunnen vervolgen en sanctioneren de betreffende mededingingsautoriteiten met betrekking tot grensoverschrijdende inbreuken de gevolgen territoriaal moeten afbakenen. Dit ongeacht of de litigieuze gedraging de beperking van de mededinging beoogt of tot gevolg heeft.

Evenwel, wat betreft het beoordelen van gedragingen of afspraken die er toe strekken de mededinging te beperken op een bepaalde markt dient de mededingingsautoriteit de gevolgen van die inbreuk niet nader te bepalen omdat ervan mag worden uitgegaan zoals de Raad terecht stelt

[2] S. BRAMMER, *"Is once not enough? Ne bis in idem after Toshiba"*, TBM, nr. 1, 2013, p.4 e.v.

dat een dergelijke gedraging of afspraak naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van normale mededinging (randnr. 160 in fine).

De Auditeur heeft in casu de vervolging gesteund op gedragingen in het kader van een afspraak die de beperking van de mededinging beoogde zonder de daadwerkelijke of potentiële gevolgen ervan bijvoorbeeld op de prijzen te beoordelen. Niettemin neemt de Raad het bestaan van gevolgen voor de mededinging op de Belgische markt voor vaststaand aan (randnr. 101 en 160).

De Raad verduidelijkt het verondersteld karakter van die gevolgen:

> *"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."*

De Raad oordeelt dus dat de bestreden beslissing zich beperkt tot het sanctioneren van de gevolgen op het eigen grondgebied (randnr. 205) zonder evenwel die gevolgen territoriaal af te bakenen.

De vraag is of het volstaat enkel verondersteld gevolgen in aanmerking te nemen om te spreken van de vereiste territoriale afbakening van de gevolgen van een inbreuk met het oog op de bestraffing ervan.

Het hof is van oordeel dat een effectieve territoriale afbakening en sanctionering van de gevolgen van een grensoverschrijdende (kartel)afspraak enkel kan gebeuren door het in aanmerking nemen van de effectieve of mogelijke gevolgen ervan op het betreffende grondgebied.

Dit betekent dat in de mate een autoriteit bij haar beoordeling van de litigieuze feiten niet duidelijk aangeeft dat zij uitsluitend rekening houdt met de gevolgen van de mededinging op haar eigen grondgebied maar de territoriaal onderscheiden gevolgen waarop zij zich steunt niet specificeert in haar beslissing, zij het risico schept van een overlapping wanneer een andere autoriteit zich hierover nadien uitspreekt. Om dit risico te vermijden zal die autoriteit expliciet duidelijk moeten maken welke de onderscheiden gevolgen zijn van de inbreuk op haar grondgebied alvorens de betrokken onderneming voor deze feiten te sanctioneren.

Het hof oordeelt hierover in het voorliggende geval als volgt.

Er bestaat geen twijfel over het feit dat appellante in Nederland definitief werd vrijgesproken voor wat betreft de tenlasteleggingen waarvoor zij zich ten aanzien van de Belgische mededingingsautoriteit diende te verantwoorden.

Naast identiteit van onderneming is er *in casu* naar de mening van het hof ook sprake van een zelfde te beschermen rechtsgoed. Gelet op het feit dat de aantasting van de mededinging zich *in casu* uitstrekte over het ganse Benelux grondgebied, moet er worden van uitgegaan dat het beschermde rechtsgoed samenvalt met de onvervalste mededinging binnen een substantieel deel van de interne markt, wat aan de verschillende autoriteiten gemeenschappelijk is.

Rest ten slotte de vraag naar de identiteit van de weerhouden sanctioneerbare feiten in hoofde van de betrokken onderneming. Op grond van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie dient zoals reeds aangegeven nagegaan te worden of er sprake is van een territoriale afbakening van het doel en de gevolgen van de concurrentiebeperkende gedragingen (Arrest TOSHIBA, ov. 99-100).

Als betekenisvolle elementen die op de aanwezigheid van een afdoende territoriale afbakening wijzen, verwijst het hof in de overweging 101 van haar arrest naar:

(i) de bewoordingen waarin de beschikking van de Commissie zijn gesteld en waarbij specifiek verwezen wordt naar een afgebakend territorium waarop de gevolgen van de inbreuk zich voordoen (EG en EER);

(ii) het beperken van de opgelegde sanctie tot dat territorium;

(iii) de berekening van de boete op basis van de omzet binnen dat territorium gerealiseerd.

Hoewel de bestreden beslissing stelt zich te beperken tot het sanctioneren van de gedragingen met betrekking tot de Belgische markt wat betreft het beoordelen van het mededingingsbeperkend doel en gevolgen ervan, berekent de Raad de opgelegde boete niet in functie van een territoriaal afgebakende omzet.

De Raad verklaart in verband hiermee uitdrukkelijk dat met de omzet op het Belgisch grondgebied reeds rekening werd gehouden bij de begroting van de aan de overige ondernemingen opgelegde boete door de NMa (randnr. 221). Deze overweging betreft evenwel slechts het maximumbedrag van de boete zoals bepaald door artikel 57 van de Nederlandse Mededingingswet. In de randnummer 428 van het besluit van 16 december 2010 geeft de NMa evenwel aan dat bij berekening van de boete als uitgangspunt wordt genomen "*de hoogte van de betrokken omzet voor elke betrokken onderneming die heeft deelgenomen aan de hiervoor vastgestelde één enkele (voortgezette) inbreuk, waarmee werd beoogd de markt voor de verkoop van meel in Nederland te stabiliseren, bepaalt op de waarde van alle transacties die door de onderneming zijn verricht op het gebied van de verkoop van meel in Nederland*".

Hierdoor wordt *prima facie* voldaan aan de vereisten van een territoriale afbakening voor wat betreft de gevolgen van de inbreuk in de Nederlandse beslissing.

Tot eenzelfde concreet onderscheid tussen de gevolgen die specifiek op de Belgische markt betrekking hebben komt de Raad evenwel niet nu zij de boeteberekening op forfaitaire basis heeft bepaald en niet vertrekt van de gerealiseerde omzet van de betrokken onderneming op het Belgisch grondgebied. Zij stelt weliswaar uitdrukkelijk dat de inbreuk die tot doel heeft de concurrentie te beperken verondersteld wordt mededingingsbeperkende gevolgen te hebben maar zij geeft niet specifiek aan welke de relevante omzet is op het Belgisch grondgebied die zij hiertoe in aanmerking neemt.

Als gevolg van het forfaitair karakter van de boetebepaling en de ontbrekende territoriale afbakening van de gevolgen van de inbreuk op de mededinging in termen van getroffen omzet door de Raad kan het hof niet uitmaken of appellante niet gesanctioneerd wordt voor gevolgen van de inbreuk die zich voordeden op het Nederlands grondgebied en waarvoor zij niet werd veroordeeld.

Appellante kan bijgevolg niet beboet worden voor de haar ten laste gelegde inbreuk aangezien schending van het *ne bis in idem* beginsel niet kan worden uitgesloten. Een beoordeling van het laatste middel in verband met de motiveringsplicht is niet nodig nu dit geen ruimere vernietiging tot gevolg kan hebben.

De bestreden beslissing waarbij aan appellante een boete van 100.000 EUR wordt opgelegd dient op deze grond te worden vernietigd.

Op grond van bovenvermelde redenen en met name wegens het ontbreken van bewijskrachtige gegevens omtrent op het Belgisch grondgebied door BRABOMILLS gerealiseerde omzet en omdat het hof

niet meer beschikt over de mogelijkheid om hierover een bijkomend onderzoek te vragen aan het Auditoraat (zoals onder artikel 76 §2 van de oude wet) kan het hof in het kader van haar volle rechtsmacht zelf geen boete opleggen.

V. GERECHTSKOSTEN

De kosten van de procedure vallen ten laste van de Belgische Staat.

Appellante heeft in haar verzoekschrift gevraagd verwerende partij te veroordelen tot een rechtsplegingsvergoeding. Zij is gerechtigd op de basisrechtsplegingvergoeding van 1.320 EUR voor niet in geld waardeerbare vorderingen bepaald conform het K.B. van 26 oktober 2007 en zoals geïndexeerde vanaf 1 maart 2011.

OM DEZE REDENEN,
HET HOF,

Gelet op de bepalingen van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken;

Rechtsprekend op tegenspraak;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en deels gegrond;

Vernietigt de bestreden beslissing enkel in zoverre ze aan appellante een boete van 100.000 EUR oplegt;

Wijst het beroep voor het overige af;

Veroordeelt de Belgische Staat in de kosten van de procedure begroot op 210 EUR rolrecht en een rechtsplegingsvergoeding in hoofde van appellante ten bedrage van 1.320 EUR.

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de kamer 18 van het hof van beroep te Brussel op 12 maart 2014,

Waar aanwezig waren:

-Dhr. P. BLONDEEL, Kamervoorzitter,
-Dhr. E. BODSON, Raadsheer,
-Dhr. R. VAN RANSBEECK, Raadsheer,
-Mevr. D. VAN IMPE, Griffier.

D. VAN IMPE R. VAN RANSBEECK

E. BODSON P. BLONDEEL