

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: 6306_20/217_OV
Datum: 20 november 2014

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt¹ als bedoeld in artikel 56, aanhef en onder a, en artikel 89 van de Mededingingswet.

Inhoud

1	Inleiding	4
1.1	Verloop van de procedure	4
1.2	Betrokken ondernemingen.....	6
1.3	Opbouw van dit besluit	9
2	Relevante feiten en omstandigheden.....	10
2.1	Feiten en omstandigheden ten aanzien van Meneba Holding B.V. en BMI	10
2.1.1	Bevoegdheden BMI in de aandeelhoudersvergadering van Meneba Holding B.V.	11
2.1.2	Bevoegdheden van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V.	13
2.1.3	Bevoegdheden via prioriteitsaandeel	15
2.1.4	Benoeming nieuwe directeuren	16
2.1.5	Conclusie feiten en omstandigheden ten aanzien van BMI	16
2.2	Feiten en omstandigheden ten aanzien van BMI, BBOF II A en BBOF II B	16
2.3	Feiten en omstandigheden ten aanzien van BBOF II A, BBOF II B en BBOF II GP ...	17
2.4	Feiten en omstandigheden ten aanzien van BBOF II GP en BCP	18
2.5	Conclusie feiten en omstandigheden	18
3	Beoordeling zienswijze Bencis ten aanzien van het inbreukmakende gedrag.....	19
3.1	Onvoldoende bewijs voor bestaan niet-aanvalspect	19
3.2	Begindatum niet-aanvalspect afhankelijk van verklaring Meneba.....	20
3.3	Gedragingen vormen niet een complexe inbreuk.....	21
3.3.1	Van Ooijen	22
3.3.2	UNO	22
3.4	Toerekening onjuist	23

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden. Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit. Het besluit in de onderhavige zaak wordt dan ook door ACM genomen.

Besluit Openbaar

4	Beoordeling zienswijzen Bencis betreffende rechten van verdediging en onderhavige procedure	24
4.1	Reformatio in Peius	24
4.2	Omvang van het geschil	26
4.3	Ne bis in idem	26
4.4	Rechten van verdediging Bencis	28
4.5	Zorgvuldigheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel en legaliteitsbeginsel	30
5	Toerekening van de overtreding aan de geadresseerde rechtspersonen.....	32
5.1	Juridisch kader	32
5.2	Toepassing op BMI en Meneba Holding B.V.....	35
5.2.1	Bevoegdheden in de aandeelhoudersvergadering van Meneba Holding B.V.....	36
5.2.2	De invloed van BMI via de Raad van Commissarissen.....	39
5.2.3	De rol van BMI als prioriteitsaandeelhouder van Meneba Holding B.V.....	43
5.2.4	Consolidatie jaarrekeningen	45
5.2.5	Conclusie toerekening overtreding aan BMI.....	45
5.3	Toepassing op BBOF II GP, BBOF II A, BBOF II B en BMI	46
5.4	Toepassing op BCP en BBOF II GP.....	48
5.5	Tussenconclusie	48
5.6	Beoordeling formele punten zienswijze Bencis	48
5.6.1	Strijd met fundamentele rechtsbeginselen	49
5.6.2	Toerekening aan investeringsmaatschappijen	49
5.7	Beoordeling materiële punten zienswijze Bencis	51
5.7.1	Mogelijkheid beslissende invloed niet daadwerkelijk uitgeoefend.....	51
5.7.2	Geen invloedrijke positie RvC.....	52
5.7.3	Geen bepalende rol marktgedrag Meneba.....	53
5.8	Conclusie ten aanzien van toerekening.....	54
6	Sanctie	55
6.1	Juridisch kader	55
6.2	Beoordeling zienswijze Bencis omtrent bevoegdheid ACM tot beboeting	55
6.2.1	Rechtsgrondslag voor beboeting	55
6.2.2	Verval van sanctiebevoegdheid.....	57
6.3	Toepassing op BBOF II GP en BCP.....	59
6.4	Wettelijk maximum.....	61
6.5	Boetevermindering wegens clementie.....	62
6.6	Vaststelling van de hoogte van de boete.....	62

Besluit
Openbaar

7 Besluit.....63

1 Inleiding

1.1 Verloop van de procedure

1. In opdracht van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit² is op 10 december 2009 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) opgemaakt met betrekking tot een mogelijke overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU)³ door ondernemingen die actief zijn op het gebied van productie van meel en/of bloem en verkoop hiervan aan afnemers in Nederland (hierna: het Rapport).⁴ Op 17 december 2009 is het Rapport aan de betrokken meelproducenten toegezonden.
2. In het Rapport wordt geconcludeerd dat acht Nederlandse, Belgische en Duitse meelproducenten in de periode van 12 september 2001 tot en met in ieder geval 16 maart 2007 (hierna ook: de betrokken periode) in wisselende samenstellingen hebben deelgenomen aan een zogeheten “één enkele inbreuk”. Deze ondernemingen worden verweten dat zij tot expliciete collusie kwamen door middel van diverse gedragingen die allen hetzelfde doel dienden: het bewerkstelligen van stabiele verhoudingen op de Nederlandse meelmarkt om zo een negatieve prijsspiraal en leegstand van hun productiecapaciteit te voorkomen. Tevens wordt in het Rapport geconcludeerd dat zeven van de acht ondernemingen, tezamen met vijf andere Belgische en Duitse meelproducenten die niet aan de één enkele inbreuk hebben deelgenomen, een meelfabriek hebben opgekocht en ontmanteld om zo productiecapaciteit uit de markt te halen.
3. Naar aanleiding van het Rapport heeft ACM bij besluit van 16 december 2010 (hierna: het Sanctiebesluit) een boete opgelegd aan verscheidene meelproducenten wegens een overtreding van artikel 6 Mw en/of artikel 101 VwEU.⁵ De overtreding van de meelproducent Meneba Meel B.V. (daarna Meneba B.V., thans Rotterdam Brielselaan B.V)

² Om de leesbaarheid te vergroten zal in het vervolg van dit besluit worden gesproken over de Autoriteit Consument en Markt (dan wel: ACM), ook voor de periode waarin de NMa het met de handhaving van de Mededingingswet belaste orgaan was.

³ Voorheen artikel 81, eerste lid, van het Verdrag tot de oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag).

⁴ 6306_1/321.

⁵ 6306_1/1136.

Besluit Openbaar

wordt aan haar toegerekend alsmede aan haar directe aandeelhouder Meneba B.V. (voorheen Rotterdam Brielselaan B.V.) en de aandeelhouder van laatstgenoemde, Meneba Holding B.V. (hierna tezamen aangeduid als Meneba).

4. Een aantal meelproducenten heeft bezwaar gemaakt tegen het Sanctiebesluit. Twee van hen hebben in hun bezwaren onder meer aangevoerd dat ACM de overtreding van Meneba Meel B.V. ten onrechte niet heeft toegerekend aan de moedermaatschappij van Meneba Holding B.V. ten tijde van (het einde van) de overtreding (de investeringsmaatschappij Bencis).⁶ De Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: de Adviescommissie) heeft op 12 augustus 2011 advies uitgebracht aan ACM.⁷ Volgens de Adviescommissie is sprake van ongelijke behandeling, nu onvoldoende duidelijk is geworden op grond van welke objectieve, relevante gegevens en op basis van welke afweging ACM niet tot toerekening aan Bencis is overgegaan.
5. Mede naar aanleiding van het advies van de Adviescommissie heeft de Directie Mededinging (hierna: DM) van ACM nader onderzoek verricht naar het antwoord op de vraag of de overtreding van Meneba aan haar moederverenootschap(pen) kan worden toegerekend. De resultaten van het aanvullend onderzoek hebben geleid tot de opstelling van een rapport in de zin van artikel 59, eerste lid, Mw, dat een aanvulling is op het Rapport van 10 december 2009 (hierna: "het Aanvullend Rapport"). Op 19 december 2012 is het Aanvullend Rapport toegezonden aan onder meer de rechtspersonen Bencis Meneba Investment B.V., Bencis Buyout Fund II General Partner B.V. en Bencis Capital Partners B.V. (hierna tezamen ook aangeduid als Bencis).⁸
6. Bij besluit op bezwaar van 14 maart 2012 (hierna: het Besluit op Bezwaar) zijn de bezwaren van onder meer de twee andere meelproducenten ongegrond verklaard. Hiertegen hebben deze partijen beroep aangetekend. Bij uitspraak van 17 juli 2014 zijn deze beroepen grotendeels ongegrond verklaard.⁹ Ten tijde van het nemen van dit besluit is door verschillende partijen hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

5/63

⁶ In het hierna volgende zal nader worden uitgewerkt welke rechtspersonen onderdeel uitmaken van de groep 'Bencis'.

⁷ Dit betrof een algemeen advies en zeven individuele adviezen. Het standpunt van de Adviescommissie met betrekking tot de toerekening bij Meneba is behandeld in de individuele adviezen van de producenten die dit bezwaar hebben aangevoerd, zie 6306_20/5.

⁸ 6306_20/72 en 6306_20/78 t/m 6306_20/80.

⁹ Zaaknummer ROT 12/1762.

Besluit Openbaar

6/63

7. Per brief van 1 maart 2013 is het op het Aanvullend Rapport betrekking hebbende dossier aan Bencis toegezonden.¹⁰ Op 11 juli 2013 zijn nadere dossierstukken aan Bencis gestuurd.¹¹ Tevens is zij in de gelegenheid gesteld om schriftelijk haar zienswijze op het (Aanvullend) Rapport naar voren te brengen. Deze zienswijze is op 30 september 2013 bij ACM binnengekomen¹² en door de gemachtigden van Bencis nader toegelicht op de hoorzitting van 7 november 2013.¹³ Van deze hoorzitting is een verslag opgemaakt dat op 18 december 2013 aan Bencis is verzonden.¹⁴ Op 29 november 2013 heeft Bencis naar aanleiding van hetgeen op de hoorzitting is besproken nadere schriftelijke stukken ingediend.¹⁵
8. Gelet op deze voorgeschiedenis heeft onderhavige procedure betrekking op de vraag of de overtreding van onder meer Meneba Meel B.V. kan worden toegerekend aan de geadresseerden van het Aanvullend Rapport.

1.2 Betrokken ondernemingen

9. In het hierna volgende zal ACM de structuur van de door het Aanvullend Rapport geadresseerde en andere betrokken vennootschappen beschrijven.
10. Bencis Capital Partners B.V. (hierna: **BCP**) is een investeringsmaatschappij die verschillende investeringsfondsen beheert en via deze fondsen deelnemingen verwerft in verscheidende bedrijven in de Benelux.¹⁶ Het Bencis Buyout Fund II (hierna: **BBOF II**) is een dergelijk investeringsfonds, dat in de praktijk bestaat uit het Bencis Buyout Fund II A C.V. en Bencis Buyout Fund II B C.V. (hierna: **BBOF II A** en **BBOF II B**). Het beheer van deze fondsen lag bij Bencis Buyout Fund II General Partner B.V. (hierna: **BBOF II GP**), een

¹⁰ 6306_20/94.

¹¹ 6306_20/106.

¹² 6306_20/118.

¹³ 6306_20/119.

¹⁴ 6306_20/128.

¹⁵ 6306_20/125.

¹⁶ 6306_20/4, 6306_20/9, onderdeel 1 en 6306_20/47, deel 10. 6306_20/47: Kamer van Koophandel nummer 30194051 Bencis Capital Partners B.V. BCP is op 17 maart 2004 opgericht door [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], zie 6306_20/9, onderdeel 11 en 6306_20/37. 6306_20/47: Kamer van Koophandel nummer 30197585 Bencis Buyout Fund II A C.V., nummer 30197587, Bencis Buyout Fund II B C.V. en nummer 30197541 BBOF II General Partner B.V.

Besluit Openbaar

100%-dochtervennootschap van BCP.¹⁷ Al deze vennootschappen zijn statutair gevestigd te Amsterdam.

11. In ieder geval in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 hielden de fondsen van BBOF II een groot deel van de aandelen in Meneba. Om de verwerving van de aandelen van Meneba te vergemakkelijken heeft BBOF II GP op 25 november 2004 Bencis Meneba Investment B.V. (hierna: **BMI**) opgericht.¹⁸ BMI werd in de betrokken periode voor 36% gehouden door BBOF II A en voor 47,8% door BBOF II B. De resterende 16,2% van de aandelen in BMI werden gehouden door meerdere externe investeerders.¹⁹
12. BMI was in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 grootaandeelhouder van Meneba Holding B.V.²⁰ Alhoewel het percentage van de aandelen in handen van BMI in geringe mate fluctueerde, hield zij nooit minder dan 92%.²¹ De resterende aandelen in Meneba Holding B.V. werden gehouden door Stichting Meneba, een stichting opgericht door Meneba Holding B.V. op 26 november 2004.²² Het bestuur van Stichting Meneba werd in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 gevormd door de directie van Meneba Holding B.V. Van de door de Stichting Meneba gehouden aandelen waren certificaten uitgegeven aan certificaathouders, uitsluitend personeel en management van Meneba Holding B.V. en/of haar dochtermaatschappijen.²³ BMI en Stichting Meneba zijn op 26 november 2004 een "*Shareholders' Agreement relating to Meneba Holding B.V.*" (hierna: de Aandeelhoudersovereenkomst 2004)²⁴ overeen gekomen, waarin zij nadere afspraken hebben gemaakt over de wijze waarop zij de aan hun aandelen verbonden stemrechten zouden gebruiken.
13. Zoals reeds aangegeven, worden BMI, BBOF II GP en BCP in dit besluit tezamen aangeduid als "Bencis", tenzij anders gespecificeerd.

7/63

¹⁷ 6306_20/4, 6306_20/9, onderdeel 1 en 6306_20/47, deel 10.

¹⁸ 6306_20/9, onderdeel 1 en bijlage 1G. 6306_20/47: Kamer van Koophandel nummer 30200158 Bencis Meneba Investment B.V.

¹⁹ 6306_20/4.

²⁰ 6306_20/47: Kamer van Koophandel nummer 24369618 Meneba Holding B.V.

²¹ 6306_20/32, bijlage 3.

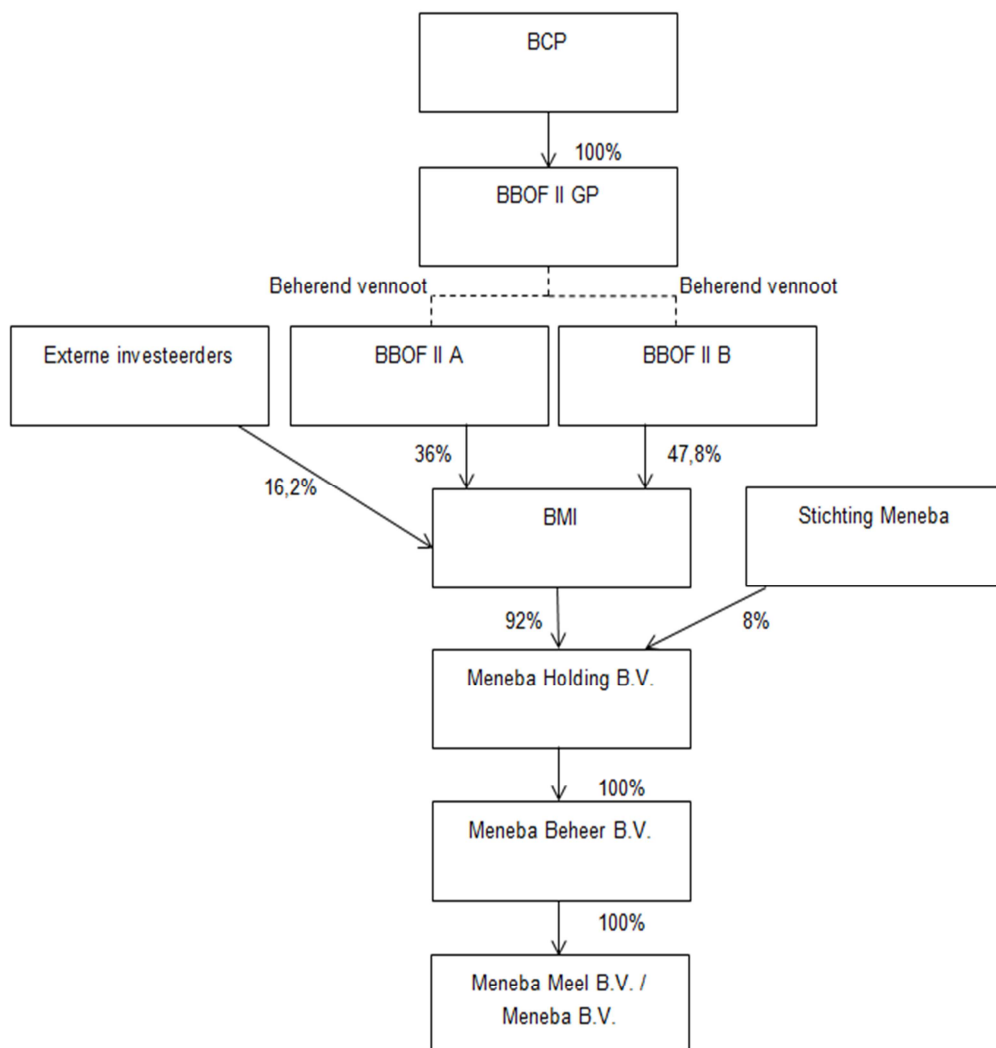
²² 6306_20/9, bijlage 1F.

²³ 6306_20/15, bijlage 9A, 6306_20/25, bijlage 2 en 6306_20/32, bijlage 2.

²⁴ 6306_20/9, bijlage 7B.

**Besluit
Openbaar**

14. De verhoudingen tussen de verschillende Bencis-vennootschappen, de rechtspersonen die behoren tot de Meneba-groep en andere betrokkenen zijn in onderstaand organogram schematisch weergegeven.



Besluit
Openbaar

1.3 Opbouw van dit besluit

15. Dit besluit is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 zijn de feiten en omstandigheden weergegeven die relevant zijn voor de vraag of de inbreukmakende gedraging van Meneba Meel B.V. aan de in het Aanvullend Rapport geaddresserde rechtspersonen kan worden toegerekend. In hoofdstuk 3 gaat ACM in op de door Bencis ingebrachte zienswijze ten aanzien van de in het Sanctiebesluit vastgestelde inbreukmakende gedraging. In hoofdstuk 4 behandelt ACM de zienswijze van Bencis ten aanzien van haar rechten van verdediging en de gevolgde procedure. Hoofdstuk 5 bevat de juridische beoordeling van de toerekening van de overtreding aan Bencis en behandelt de door de Bencis op dit punt ingebrachte zienswijzen. Vervolgens gaat ACM in hoofdstuk 6 in op het al dan niet opleggen van een sanctie.

2 Relevante feiten en omstandigheden

16. Dit besluit heeft betrekking op de vraag of de overtreding van Meneba Meel B.V. aan BCP, BBOF II GP en BMI als geadresseerden van het Aanvullend Rapport kan worden toegerekend. ACM verwijst voor de vaststelling van de inbreukmakende gedraging naar het Sanctiebesluit van 16 december 2010 en het Besluit op Bezwaar van 14 maart 2012.²⁵
17. In het hiernavolgende stelt ACM op basis van het Rapport, het Aanvullend Rapport, het dossier en de zienswijze van de geadresseerde rechtspersonen de feiten en omstandigheden vast die relevant zijn voor de vraag of de inbreukmakende gedraging aan BCP, BBOF II GP en BMI kan worden toegerekend. Deze feiten en omstandigheden vormen de basis voor de juridische beoordeling in dit besluit.
18. Hierna beschrijft ACM allereerst de organisatorische, economische en juridische banden tussen Meneba Holding B.V. en BMI (paragraaf 2.1), waarna wordt ingegaan op de banden tussen de investeringsfondsen BBOF II A en BBOF II B met BMI (paragraaf 2.2.), de banden tussen BBOF II GP en de investeringsfondsen (paragraaf 2.3) met tot slot een beschrijving van de banden tussen BCP en BBOF II GP (paragraaf 2.4).

2.1 Feiten en omstandigheden ten aanzien van Meneba Holding B.V. en BMI

19. BMI is op 25 november 2004 door BBOF II GP opgericht met onder meer als doel het deelnemen in, besturen van en toezichhouden op ondernemingen en vennootschappen.²⁶ Eén van haar eerste handelingen na totstandkoming was de oprichting van Meneba Holding B.V., eveneens op 25 november 2004.²⁷ Op 26 november 2004 verkreeg Meneba Holding B.V. vervolgens alle aandelen in Meneba Beheer B.V., die (middellijk) alle aandelen van Meneba Meel B.V. in handen had.²⁸ Op dezelfde datum droeg BMI een klein

²⁵ 6306_1/1136, randnummers 31 tot en met 397.

²⁶ 6306_20/9, bijlage 1G.

²⁷ 6306_20/9, bijlage 1E.

²⁸ 6306_20/47, deel 4. Tot 1 september 2005 werden alle aandelen in Meneba Meel B.V. gehouden door Maxeres N.V. waarvan alle aandelen tot 1 september 2005 werden gehouden door Meneba Subholding B.V. Met ingang van 1 september 2005 is Maxeres N.V. als rechtspersoon verdwenen ten gevolge van een juridische fusie met als verkrijgende rechtspersoon Meneba Subholding B.V. en is Meneba Subholding B.V. als rechtspersoon verdwenen ten gevolge van een juridische fusie met Meneba Beheer B.V. als verkrijgende rechtspersoon. Vanaf deze datum hield

Besluit Openbaar

deel van haar aandelen in Meneba Holding B.V. over aan de op die dag door Meneba Holding B.V. opgerichte Stichting Meneba.²⁹ Sindsdien varieerde de precieze verdeling van aandelen tussen deze twee aandeelhouders van Meneba Holding B.V. licht, maar hield BMI nooit minder dan 92% van de aandelen.

20. Hieronder worden de organisatorische, economische en juridische banden tussen Meneba Holding B.V. en BMI nader weergegeven.

2.1.1 Bevoegdheden BMI in de aandeelhoudersvergadering van Meneba Holding B.V.

21. Krachtens de statuten van Meneba Holding B.V. was haar aandeelhoudersvergadering in ieder geval in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 bevoegd te besluiten over de vaststelling van de jaarrekening, het vaststellen van het aantal commissarissen, het benoemen van de leden van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. en het opzeggen van het vertrouwen daarin, resulterend in het onmiddellijk ontslag van alle commissarissen.³⁰
22. Voor besluiten van de aandeelhoudersvergadering was ingevolge de statuten een volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen vereist, waarbij ieder aandeel recht gaf op één stem.³¹
23. Met betrekking tot besluiten over de benoeming en het ontslag van de leden van de Raad van Commissarissen zijn de aandeelhouders van Meneba Holding B.V. aanvullende voorwaarden overeengekomen in de Aandeelhoudersovereenkomst 2004.³² Deze aanvullende voorwaarden worden in het hierna volgende behandeld.³³

Meneba Beheer B.V. dus alle aandelen in Meneba Meel B.V.

²⁹ 6306_20/9, bijlage 1F en bijlage 7B. Volgens de tabel behorende bij deze aandeelhoudersovereenkomst verkreeg Stichting Meneba op dat moment ongeveer 5% van de aandelen in Meneba Holding B.V.

³⁰ 6306_20/9, bijlage 1E.

³¹ 6306_20/9, bijlage 1E. Dit betrof zowel gewone, preferente als prioriteitsaandelen. Alleen BMI hield naast gewone aandelen ook preferente aandelen en prioriteitsaandelen in Meneba Holding B.V. (zie 6306_20/32, bijlage 3).

³² 6306_20/9, bijlage 7B.

³³ Op 3 december 2004 en 25 augustus 2005 (6306_20/9, bijlage 7B) hebben de aandeelhouders aanvullende overeenkomsten gesloten. De aanvullende afspraken overeengekomen op 3 december 2004 hebben evenwel niet tot wijzigingen in de bevoegdheden of de stemrechten in de aandeelhoudersvergadering geleid. Met de aanvullende overeenkomst van 25 augustus 2005 hebben de aandeelhouders de hoogte van investeringen die voorafgaande

Benoeming leden Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V.

24. Krachtens de statuten van Meneba Holding B.V. geschiedde de benoeming van de leden van de Raad van Commissarissen op basis van de volgende voordrachtsrechten:
- twee commissarissen werden benoemd op voordracht van BMI (als prioriteitsaandeelhouder), waaronder de voorzitter;
 - één commissaris werd benoemd op voordracht van Stichting Meneba; en
 - één commissaris werd benoemd op voordracht van de ondernemingsraad.³⁴
25. Krachtens de statuten kon de aandeelhoudersvergadering van Meneba Holding B.V. bij besluit een (al dan niet bindende³⁵) voordracht afwijzen. Voor een dergelijk besluit was een volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen vereist, vertegenwoordigende tenminste één derde gedeelte van het geplaatste kapitaal. In het geval dat een voordracht werd afgewezen, moest een nieuwe voordracht worden gedaan met inachtneming van de voordrachtsrechten.³⁶
26. In de Aandeelhoudersovereenkomst 2004 zijn BMI en Stichting Meneba overeengekomen dat zij een voorgedragen persoon tot commissaris zouden benoemen, tenzij beiden van mening waren dat de voorgedragen persoon niet gekwalificeerd was voor de positie van commissaris.³⁷ De aandeelhouders hebben bij de Aandeelhoudersovereenkomst 2004 een "Supervisory Board Job Profile" (profielschets) gevoegd.³⁸

Ontslag Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V.

27. Ingevolge de statuten van Meneba Holding B.V. was voor een besluit van de

goedkeuring van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. vereisten aangepast. Naar aanleiding van deze afspraak zijn op 25 augustus 2005 de statuten van Meneba Holding B.V. gewijzigd.

³⁴ 6306_20/9, bijlage 1E. De voordrachtsrechten zijn bekrachtigd in de Aandeelhoudersovereenkomst 2004 (zie 6306_20/9, bijlage 7B).

³⁵ In de statuten van Meneba Holding B.V. is bepaald dat alleen een voordracht voor een te vervullen plaats die bestaat uit twee of meer kandidaten bindend is en benoeming in de desbetreffende vacature geschiedt door verkiezing uit de bindend voorgedragen kandidaten. De Algemene Vergadering van Aandeelhouders kan echter bij besluit aan een voordracht het bindende karakter ontnemen. Voor dit besluit is een volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen vereist, vertegenwoordigende tenminste één derde gedeelte van het geplaatste kapitaal. Zie 6306_20/9, bijlage 1E.

³⁶ 6306_20/9, bijlage 1E.

³⁷ 6306_20/9, bijlage 7B.

³⁸ 6306_20/9, bijlage 7B, annex 5.6.

Besluit Openbaar

13/63

aandeelhoudersvergadering tot het opzeggen van het vertrouwen in de Raad van Commissarissen een volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen vereist, vertegenwoordigende tenminste één derde gedeelte van het geplaatste kapitaal.³⁹ Een dergelijk besluit resulteerde in het onmiddellijke ontslag van alle leden van de Raad van Commissarissen.

28. In aanvulling op de statutaire bepalingen zijn BMI en Stichting Meneba in de Aandeelhoudersovereenkomst 2004 overeengekomen dat zij beiden te allen tijde gerechtigd waren om aan de aandeelhoudersvergadering voor te stellen, de gehele Raad van Commissarissen te ontslaan en dat de aandeelhouders een dergelijk voorstel zouden goedkeuren.⁴⁰
29. In de volgende paragraaf worden de bevoegdheden beschreven van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. en de positie van BMI in dit orgaan.

2.1.2 Bevoegdheden van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V.

30. De Raad van Commissarissen was ingevolge de statuten van Meneba Holding B.V. bevoegd te besluiten over de benoeming, schorsing en het ontslag van de directie van Meneba Holding B.V., alsmede over het aantal directeuren.⁴¹ De statuten bepaalden tevens dat voorafgaande goedkeuring van de Raad van Commissarissen was vereist voor besluiten van de directie betreffende onder meer:
- het vaststellen en/of wijzigen van het businessplan (waaronder begrepen de jaarlijkse begroting, inclusief '*working capital*' en '*capital expenditure budget*');;
 - het aangaan van belangrijke transacties die buiten de normale bedrijfsvoering vallen;
 - investeringen van meer dan EUR 100.000, voor zover niet voorzien in het businessplan⁴²;
 - het verkrijgen, vervreemden, bezwaren, huren, verhuren en op andere wijze in gebruik of genot krijgen en geven van registergoederen met een waarde gelijk aan een jaarlijkse huuropbrengst van meer dan EUR 300.000;
 - het aangaan van financiële verplichtingen door Meneba Holding B.V. en/of haar

³⁹ 6306_20/9, bijlage 1E.

⁴⁰ 6306_20/9, bijlage 7B.

⁴¹ 6306_20/9, bijlage 1E.

⁴² Vanaf augustus 2005 is dit veranderd in "investeringen tussen EUR 100.000 en EUR 500.000 voor zover niet voorzien in het business plan en investeringen van meer dan EUR 500.000 ongeacht of deze investeringen zijn voorzien in het business plan", zie 6306_20/9, bijlage 1E.

Besluit Openbaar

dochtermaatschappijen (zekerheden, hoofdelijke aansprakelijkheid e.d.) die van belang zijn voor het bedrijf van Meneba;

- het optreden in rechte bij procedures die van belang zijn voor het bedrijf van Meneba met uitzondering van (cumulatief) (i) het nemen van rechtsmaatregelen die geen uitstel kunnen leiden en (ii) procedures met een belang van minder dan EUR 100.000; en
- het sluiten en wijzigen van arbeidsovereenkomsten voor leden van het managementteam⁴³ van Meneba waarbij een beloning wordt toegekend die een door de Raad van Commissarissen vast te stellen bedrag per jaar te boven gaat.⁴⁴

31. In deze bepalingen van de statuten wordt gesproken over zaken die “belangrijk” dan wel “van belang” zijn. Het was aan de directie van Meneba Holding B.V. om in overleg met de voorzitter van de Raad van Commissarissen vast te stellen wat hieronder moest worden verstaan.⁴⁵
32. Voor besluiten van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. was een volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen vereist.⁴⁶ Bij het staken van stemmen had de voorzitter een beslissende stem.⁴⁷
33. Bij de Aandeelhoudersovereenkomst 2004 werd de [A] op voordracht van BMI benoemd tot voorzitter van de Raad van Commissarissen.⁴⁸ [A] vervulde op het moment van zijn benoeming onder meer de functie van directeur bij BCP.⁴⁹ Uit de ondertekening van de aandeelhoudersovereenkomst en aandeelhoudersbesluiten van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders van Meneba Holding B.V. blijkt daarnaast dat [A] optrad namens de directe aandeelhouder BMI, alsmede namens BBOF II GP en haar 100%-moedervennootschap BCP.⁵⁰

⁴³ Uit de Aandeelhoudersovereenkomst 2004 (6306_20/9, bijlage 7B) blijkt dat het “management team” werd gevormd door de volgende personen: [B], [C], [D], [E], en [F].

⁴⁴ 6306_20/9, bijlage 1E.

⁴⁵ 6306_20/9, bijlage 1E.

⁴⁶ 6306_20/9, bijlage 1E.

⁴⁷ 6306_20/9, bijlage 1E.

⁴⁸ 6306_20/9, bijlage 7B.

⁴⁹ 6306_20/37. [A] was bovendien van 1 december 2001 tot 14 oktober 2002 bestuurder van de voorloper van Bencis, NeSBIC Groep B.V. Daarnaast vervult [A] verscheidende bestuurlijke functies binnen de Bencis-groep, waaronder vanaf 27 juli 2004 de functie van bestuurder bij BBOF II Investors B.V., zo volgt uit 6306_20/36.

⁵⁰ 6306_20/9, bijlage 7B en bijlage 2D.

Besluit Openbaar

34. Bij aandeelhoudersbesluit van 14 maart 2005 werd vervolgens een volledige Raad van Commissarissen benoemd, bestaande uit [A] (voorzitter), [G], [H] en [I].⁵¹
35. De Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. kwam in de periode 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 acht keer bijeen; vier keer in 2005 en vier keer in 2006. Bij deze vergaderingen waren alle leden aanwezig.⁵² In de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 waren ook de statutair directeuren van Meneba Holding B.V., [B] en [C], bij elke vergadering van de Raad van Commissarissen aanwezig. Naast deze vaste vertegenwoordiging werden er ook regelmatig buitenstaanders uitgenodigd om aan de vergaderingen deel te nemen, waaronder vertegenwoordigers van Bencis.⁵³

2.1.3 Bevoegdheden via prioriteitsaandeel

36. BMI was in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 houdster van het enige prioriteitsaandeel in Meneba Holding B.V.⁵⁴ De statuten van Meneba Holding B.V. bepaalden dat, onverminderd hetgeen was bepaald met betrekking tot de goedkeuringsbevoegdheden van de Raad van Commissarissen, onder meer onderworpen waren aan de goedkeuring van de prioriteitsaandeelhouder besluiten van de directie betreffende:
- belangrijke transacties of overeenkomsten die niet zijn voorzien in het business plan en die buiten de normale bedrijfsvoering liggen;
 - het aangaan van overeenkomsten betreffende kredieten en geldleningen voor zover daarmee een bedrag ter grootte van EUR 50.000 wordt overschreden;
 - het aangaan van een duurzame rechtstreekse of middellijke samenwerking met een andere vennootschap, onderneming of persoon, die van belang is voor Meneba;
 - rechtstreekse of middellijke deelneming in het kapitaal van een andere vennootschap en het wijzigen van de omvang van een zodanige deelneming;
 - het verkopen van belangrijke bedrijfsmiddelen van Meneba of het afstoten van het bedrijf van Meneba of een substantieel deel ervan; en
 - het substantieel wijzigen of invoeren van een werknemersstimuleringsplan of

⁵¹ 6306_20/9, bijlage 2D en bijlage 6.

⁵² 6306_20/9, bijlage 5B.

⁵³ 6306_20/9, bijlage 5B. Uit de aanwezigheidslijst volgt dat [J] bij een drietal vergaderingen aanwezig was. Zoals blijkt uit 6306_20/37 is [J] werkzaam bij Bencis, in welke hoedanigheid [J] ook aan de hoorzitting op 7 november 2013 deelnam.

⁵⁴ 6306_20/32, bijlage 3.

bonusregeling.⁵⁵

37. Onder “belangrijk” en “van belang” als bedoeld in deze bepalingen van de statuten werd in de statuten naast een bedrag ter grootte van meer dan EUR 100.000 tevens begrepen “(...) *ieder andere door de directie te verrichten handeling of te nemen besluit als door de directie in overleg met de voorzitter van de raad van commissarissen zal worden vastgesteld*”.⁵⁶

2.1.4 Benoeming nieuwe directeuren

38. Uit het dossier blijkt dat na de overname van de aandelen in Meneba Holding B.V. door BMI er wezenlijke veranderingen plaatsvonden op sleutelposities binnen Meneba Holding B.V. Per direct werden de (statutair) directeuren – [K] , [L] en [M] - vervangen door nieuwe (statutair) directeuren, [B] en [C].⁵⁷

2.1.5 Conclusie feiten en omstandigheden ten aanzien van BMI

39. Uit de hiervoor beschreven feiten en omstandigheden blijkt dat BMI een sterke positie had met betrekking tot het handelen van Meneba Holding B.V., zowel door haar positie in de aandeelhoudersvergadering als ook via haar prioriteitsaandeel. Tevens versterkte de rol van BMI in de Raad van Commissarissen haar positie binnen Meneba Holding B.V., aangezien zij twee van de vier leden kon benoemen waaronder de voorzitter. De voorzitter had bij het staken van stemmen de beslissende stem binnen de Raad van Commissarissen.

2.2 Feiten en omstandigheden ten aanzien van BMI, BBOF II A en BBOF II B

40. De twee investeringsfondsen van het BBOF II hielden in ieder geval in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 gezamenlijk 83,8% van de aandelen in BMI, waarbij BBOF II A 36% van de aandelen hield en BBOF II B 47,8%. De resterende 16,2% was in handen van een aantal externe investeerders.⁵⁸ Als absolute meerderheidsaandeelhouders hadden de investeringsfondsen uitsluitende zeggenschap in

⁵⁵ 6306_20/9, bijlage 1E.

⁵⁶ 6306_20/9, bijlage 1E.

⁵⁷ 6306_20/47, deel 1, deel 2, deel 3, deel 4 en deel 6 en 6306_20/9, bijlage 7B.

⁵⁸ 6306_20/4 en 6306_20/47, deel 7.

Besluit Openbaar

de aandeelhoudersvergadering van BMI.⁵⁹ Dit wordt bevestigd in de Aandeelhoudersovereenkomst 2004:

*“Upon Completion, CV [ACM: BBOF II A en BBOF II B] and Finance [ACM: de vennootschap Bencis Finance B.V.] will jointly hold circa 90% of the issued and outstanding shares in the capital of BENCIS [ACM: BMI] and will have the absolute majority and decisive power in the general meeting of shareholders of BENCIS”.*⁶⁰

41. Krachtens de statuten van BMI heeft de aandeelhoudersvergadering onder meer het recht de directie te benoemen, de besluiten daarvan aan haar goedkeuring te onderwerpen of tot ontbinding van de vennootschap te besluiten.⁶¹ Deze besluiten dienen te worden genomen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, tenzij de wet of statuten anders bepalen; elk aandeel geeft recht op één stem.⁶²

2.3 Feiten en omstandigheden ten aanzien van BBOF II A, BBOF II B en BBOF II GP

43. BBOF II A en BBOF II B zijn commanditaire vennootschappen naar Nederlands recht. Dit heeft tot gevolg dat zij geen eigen rechtspersoonlijkheid bezitten en zij voor al hun handelen afhankelijk zijn van hun met de dagelijkse leiding belaste beherend vennoot.⁶³ BBOF II GP vervulde in ieder geval in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 de rol van beherend vennoot van de twee investeringsfondsen.⁶⁴
44. Naast hun beherend vennoot hebben de investeringsfondsen beiden één commanditaire vennoot, waarin een groot aantal externe investeerders participeren.⁶⁵ Geen van deze investeerders beschikt echter over (individuele dan wel gezamenlijke) zeggenschap.⁶⁶

⁵⁹ 6306_20/9, bijlage 1G.

⁶⁰ 6306_20/9, bijlage 7B.

⁶¹ 6306_20/9, bijlage 1G.

⁶² 6306_20/9, bijlage 1G.

⁶³ Artikel 19 jo. artikel 17 van het Wetboek van Koophandel.

⁶⁴ 6306_20/4, en 6306_20/47, deel 8 en 9.

⁶⁵ 6306_20/4. Zie eveneens artikel 20 van het Wetboek van Koophandel.

⁶⁶ 6306_20/39.

Besluit
Openbaar

2.4 Feiten en omstandigheden ten aanzien van BBOF II GP en BCP

45. BCP staat aan het hoofd van de Bencis-groep en is tevens statutair directeur van haar 100%-dochtermaatschappij BBOF II GP.

2.5 Conclusie feiten en omstandigheden

46. Uit de hiervoor beschreven feiten en omstandigheden blijkt, kort gezegd, dat:
- BMI een sterke positie had ten opzichte van Meneba Holding B.V., door haar positie in de aandeelhoudersvergadering, waarin zij 92% van het kapitaal vertegenwoordigde, haar prioriteitsaandeel en haar rol in de Raad van Commissarissen waar zij twee van de vier leden kon benoemen waaronder de voorzitter (paragraaf 2.1);
 - BBOF II A en BBOF II B op hun beurt de absolute meerderheidsaandeelhouders waren in BMI (paragraaf 2.2);
 - BBOF II GP de beherend vennoot was in BBOF II A en BBOF II B (paragraaf 2.3); en
 - BCP op haar beurt 100% van de aandelen hield in BBOF II GP en daarvan statutair directeur was (paragraaf 2.4).

3 Beoordeling zienswijze Bencis ten aanzien van het inbreukmakende gedrag

47. In haar zienswijze heeft Bencis onder meer materieel verweer gevoerd tegen de kartelinbreuk zoals vastgesteld in het Sanctiebesluit van 16 december 2010. ACM zal in de volgende paragrafen op deze zienswijze ingaan.

3.1 Onvoldoende bewijs voor bestaan niet-aanvalspect

Zienswijze Bencis

48. Het eerste verweer van Bencis ziet op de vaststelling van het zogeheten "niet-aanvalspect" als onderdeel van de één enkele inbreuk en luidt – kort samengevat – als volgt. ACM had volgens Bencis onvoldoende bewijs om in het Sanctiebesluit tot deze vaststelling over te gaan. Het bestaan van het niet-aanvalspect is volgens haar enkel gebaseerd op de elkaar tegensprekende clementieverklaringen. Geen van de clementieverklaarders is het eens over het bestaan van een "*understanding*" en al helemaal niet over het bestaan van een niet-aanvalspect. Ook zijn zij het oneens over de wijze waarop een dergelijk niet-aanvalspect werd afgesloten. Zij hebben tegenstrijdige verklaringen afgelegd, die niet worden gesteund door overige verklaringen of schriftelijk bewijs. Hoewel ACM zich voor de vaststelling van een inbreuk kan baseren op slechts één verklaring, kan dit niet als adequaat bewijs worden beschouwd als deze verklaring door ander bewijs wordt tegengesproken.

Beoordeling ACM

49. De stelling van Bencis dat het bestaan van een niet-aanvalspect slechts gebaseerd is op de elkaar tegensprekende clementieverklaringen is onjuist.
50. In het Sanctiebesluit van 16 december 2010 en het Besluit op Bezwaar van 14 maart 2012 is uiteengezet dat het "niet-aanvalspect" een onderdeel is van de door ACM vastgestelde één enkele inbreuk. Het bestaan van het "niet-aanvalspect" is gebaseerd op meerdere bewijsstukken, waaronder een aantal verklaringen onder meer bestaande uit clementieverklaringen en schriftelijk bewijs.⁶⁷ Het bestaan van het niet-aanvalspect, als onderdeel van de één enkele inbreuk, is dan ook niet slechts gebaseerd op de clementieverklaringen en wordt door deze bewijsmiddelen overtuigend aangetoond.

⁶⁷ Paragraaf 2.2.2 van het Sanctiebesluit.

51. Ook de stelling van Bencis dat de clementieverklaringen elkaar tegenspreken volgt ACM niet. Het is niet meer dan logisch dat verschillende clementieverzoekers andere bewoordingen gebruiken, dit neemt echter niet weg dat de verklaringen inhoudelijk dezelfde gedragingen beschrijven.⁶⁸

3.2 Begindatum niet-aanvalspact afhankelijk van verklaring Meneba

Zienswijze Bencis

52. Bencis herhaalt het betoog van Meneba dat ACM de startdatum van het niet-aanvalspact niet had kunnen vaststellen zonder haar clementieverzoek. Dit had, gezien het belang van het niet-aanvalspact voor de vaststelling van de overtreding, tot een hogere boetevermindering moeten leiden dan de 10% die Meneba heeft gekregen.

Beoordeling ACM

53. ACM volgt het betoog van Bencis niet. ACM overweegt dat, aangezien het “niet-aanvalspact” onderdeel vormt van de één enkele inbreuk, niet apart de duur van de deelname aan het “niet-aanvalspact” is vastgesteld. De aanvang van de één enkele inbreuk voor Meneba is in het Sanctiebesluit van 16 december 2010 op basis van schriftelijk bewijs vastgesteld op 12 september 2001. Dit bewijs is niet afkomstig uit het clementieverzoek van Meneba, maar is door ACM aangetroffen bij een bedrijfsbezoek dat heeft plaatsgevonden voor het moment waarop Meneba haar clementieverzoek heeft ingediend.⁶⁹

⁷⁴ Randnummer 24 van het Besluit op Bezwaar.

⁶⁹ Randnummer 528 van het Sanctiebesluit.

3.3 Gedragingen vormen niet een complexe inbreuk

Zienswijze Bencis

54. Volgens Bencis zijn in het Sanctiebesluit van 16 december 2010 de gedragingen met betrekking tot Van Ooijen, afkoop Ranks, UNO en Bakkersland, tezamen met het niet-aanvalspect, aangemerkt als één Complexe Inbreuk. Een reeks gedragingen kan slechts als één enkele voortdurende overtreding worden gekwalificeerd, indien ACM aantoont dat:
- deze reeks gedragingen deel uitmaakten van een overkoepelend plan door hetzelfde gemeenschappelijke doel na te streven; en
 - dat de verschillende handelingen complementair zijn.⁷⁰
55. Volgens Bencis is in onderhavige zaak aan beide voorwaarden niet voldaan. Ten eerste is het 'stabiliseren van de markt' niet voldoende specifiek genoeg om als het gemeenschappelijke doel te dienen, en ten tweede vertonen de gedragingen onvoldoende inhoudelijke overeenstemming om als complementair te worden beschouwd.

Beoordeling ACM

56. Ook dit betoog van Bencis faalt. Wat er ook zij van het door Bencis geschetste juridisch kader, ACM heeft het gemeenschappelijke doel voldoende concreet omschreven en aangetoond dat de diverse gedragingen complementair zijn.
57. In de eerste plaats is 'stabiliseren van de markt' een voldoende concreet en specifieke omschrijving van het gemeenschappelijke doel.⁷¹ De meelproducenten streefden in de betrokken periode één en hetzelfde doel na: stabiele verhoudingen wat betreft de door hen aan Nederlandse afnemers geleverde volumes.⁷² Zo trachtten zij kostbare leegstand van hun fabrieken te voorkomen en hun positie op de Nederlandse markt te behouden. Dit eindigde met het mislukken van de afstemming omtrent compensatie voor verloren marktaandeel bij de afnemer Bakkersland.
58. Ten tweede kwamen de door ACM beschreven gedragingen allen voort uit hetzelfde doel en zij waren door hun gemeenschappelijke achtergrond, de onderlinge samenwerking en de

⁷⁰ Zie het arrest van het Gerecht van 12 december 2007 in de gevoegde zaken T-101/05 en T-111/05, Basf en UCB/Commissie, ECLI:EU:T:2007:380, punt 161 en 179.

⁷¹ Zo ook de rechtbank Rotterdam van 17 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5849, r.o. 6.2.

⁷² Randnummer 73 van het Sanctiebesluit.

Besluit Openbaar

feitelijke banden tussen hen bij uitstek geschikt om de marktverhoudingen te stabiliseren. Deze gedragingen waren daarom complementair aan elkaar.⁷³

3.3.1 Van Ooijen

Zienswijze Bencis

59. Bencis stelt dat ACM ten onrechte voorbijgaat aan het feit dat de overtreding met betrekking tot Van Ooijen is verjaard, aangezien deze is geëindigd met het sluiten van een koopovereenkomst op 30 augustus 2002. Dit is ruim vijf jaar voor de start van het onderzoek, dat op 22 februari 2008 is begonnen. Daarnaast levert deze gedraging geen mededingingsbeperking op, aangezien Van Ooijen te koop stond en dus hoe dan ook de markt zou verlaten.

Beoordeling ACM

60. Met haar stelling dat de gedraging met betrekking tot de overname van Van Ooijen verjaard is, gaat Bencis voorbij aan het feit dat deze gedraging een onderdeel is van de één enkele inbreuk. De vastgestelde één enkele inbreuk is niet verjaard, aangezien deze heeft voortgeduurd tot 16 maart 2007 en is beboet in het Sanctiebesluit van 16 december 2010, minder dan vijf jaar na het einde van de overtreding zoals bepaald in artikel 64, eerste lid, Mw (oud). Van verjaring van de gedraging Van Ooijen is dan ook geen sprake.

3.3.2 UNO

Zienswijze Bencis

61. Bencis stelt dat de gedragingen met betrekking tot de UNO fabriek geen mededingingsbeperkend doel of effect hebben. De motivering die ACM in het Sanctiebesluit van 16 december 2010 heeft gegeven is volgens Bencis om een aantal redenen ondeugdelijk en onvoldoende. Zo vertoonde de UNO fabriek aanzienlijke gebreken, waardoor ACM nader had moeten motiveren waarom deze gebreken niet aan de toetreding van een nieuwe concurrent in de weg zouden staan. Tevens is een potentiële toetredster door de koop en ontmanteling van de UNO fabriek niet gehinderd in het op een andere locatie opstarten van een molen, waardoor het causale verband tussen de afspraak en het uitschakelen van potentiële concurrentie onderbouwing mist. Ten slotte stelt Bencis dat de merkbaarheid van de afspraak onvoldoende is gemotiveerd, nu deze enkel is

⁷³ Vergelijkbaar: de rechtbank Rotterdam van 17 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5849, r.o. 6.2.

Besluit Openbaar

23/63

gebaseerd op het feit dat vrijwel alle in Nederland actieve meelproducenten bij de afspraak betrokken waren.

Beoordeling ACM

62. Met haar betoog gaat Bencis er wederom aan voorbij dat de gedragingen met betrekking tot de UNO fabriek een onderdeel zijn van de één enkele inbreuk. Meneba is beboet wegens haar deelname aan de één enkele inbreuk en niet voor de gedragingen met betrekking tot de UNO fabriek als een aparte overtreding.
63. In paragraaf 3.1.4 van het Sanctiebesluit heeft ACM gemotiveerd uiteengezet dat de één enkele inbreuk – de afspraak om gezamenlijk de markt(verhoudingen) te stabiliseren – ertoe strekte de mededinging te beperken. ACM stelt vast dat de zienswijze van Bencis geen betrekking heeft op deze mededingingsbeperkende strekking van de één enkele inbreuk en gaat daarom aan haar zienswijze ten aanzien van de gedragingen met betrekking tot de UNO fabriek voorbij.

3.4 Toerekening onjuist

Zienswijze Bencis

64. Bencis is van mening dat in randnummer 402 van het Sanctiebesluit de overtreding van Meneba Meel B.V. (later Meneba B.V., thans Rotterdam Brielselaan B.V.) zonder grondslag is toegerekend aan Rotterdam Brielselaan B.V. (thans Meneba B.V.), de rechtsopvolger van Meneba Meel B.V.

Beoordeling ACM

65. De bij de overtreding betrokken rechtspersoon hield zich bezig met de exploitatie van meelfabrieken en de handel in graan, meel en meelproducten. Dit deed zij tot 27 december 2004 onder de naam Meneba Meel B.V.⁷⁴ en tot 9 mei 2007 onder de naam Meneba B.V.⁷⁵ Vanaf 9 mei 2007 werden de gedragingen voortgezet door een andere rechtspersoon met dezelfde naam, Meneba B.V. dat voorheen bekend was als Rotterdam

⁷⁴ 6306_20/47: Kamer van Koophandel nummer 24124444 Rotterdam Brielselaan B.V. (voorheen Meneba Meel B.V. en Meneba B.V.).

⁷⁵ 6306_20/47: Kamer van Koophandel nummer 24124444 Rotterdam Brielselaan B.V. (voorheen Meneba Meel B.V. en Meneba B.V.).

Besluit Openbaar

Brielselaan B.V.⁷⁶ Deze overdracht van activiteiten heeft, zo blijkt, plaats gevonden na de geconstateerde einddatum van de overtreding.⁷⁷

66. Het is een reeds lang bestaand principe dat in geval van economische opvolging, waarin de economische activiteiten van een onderneming door een andere onderneming worden voortgezet, de economische (rechts)opvolger kan worden aangesproken voor het gedrag van zijn voorganger.⁷⁸ In casu heeft Rotterdam Brielselaan B.V. (thans Meneba B.V.) de economische activiteiten van Meneba Meel B.V. (thans Rotterdam Brielselaan B.V.) voortgezet. Het betoog van Bencis faalt derhalve.

4 Beoordeling zienswijzen Bencis betreffende rechten van verdediging en onderhavige procedure

4.1 Reformatio in Peius

Zienswijze Bencis

67. Bencis stelt zich op het standpunt dat, mocht komen vast te staan dat zij en Meneba één onderneming vormen, haar als onderdeel van die onderneming en dus als onderdeel van de vermeende overtreder, een volledig beroep toekomt op het reformatio in peius verbod.
68. Bencis voert aan dat het Aanvullend Rapport materieel een reformatio in peius behelst en bovendien terugwerkende kracht heeft. Immers, een tot verlaging van de eigen boete strekkend bezwaar van twee andere producenten zou tot een belastende maatregel voor Bencis leiden en Bencis zou ten aanzien van het onderzoek naar de vraag of een overtreding is begaan opeens toch vanaf het begin als betrokken onderneming worden gezien. Daarbij is van belang dat sprake is van een punitieve sanctie.
69. Bencis stelt in dit verband dat de ACM niet enerzijds kan betogen dat Bencis en Meneba tot dezelfde onderneming behoren en anderzijds dat Bencis zich niet mag beroepen op het reformatioverbod ter zake van het door Meneba ingestelde bezwaar.

Beoordeling ACM

⁷⁶ 6306_20/47: Kamer van Koophandel nummer 24412411 Meneba B.V. (voorheen Rotterdam Brielselaan B.V.).

⁷⁷ Randnummer 24 van het Sanctiebesluit.

⁷⁸ Zie onder meer het arrest van het Hof van Justitie van 11 december 2007 in zaak C-280/06, ETI, ECLI:EU:C:2007:775, punt. 42. Zie ook de conclusie van AG Kokott van 3 juli 2007 in deze zaak, punt 77 tot en met 80.

Besluit Openbaar

25/63

70. Het verbod van reformatio in peius ligt besloten in artikel 7:11, eerste lid, van de Awb dat bepaalt dat de heroverweging van het bestreden besluit op grondslag van het bezwaar plaatsvindt. Dit betekent dat een bezwaarschrift er niet toe mag leiden dat het bestuursorgaan de heroverweging gebruikt om een verslechtering van de positie van de indiener te bereiken, die zonder bezwaarschriftprocedure niet mogelijk zou zijn.
71. Het verbod op reformatio in peius heeft derhalve betrekking op entiteiten die eerder in een procedure betrokken zijn geweest en ten aanzien waarvan een besluit genomen is. ACM stelt vast dat dit ten aanzien van de thans geadresseerde entiteiten BMI, BBOF II GP en BCP niet aan de orde is.
72. De omstandigheid dat onderhavige procedure kan resulteren in een boete voor BMI, BBOF II GP en BCP uit hoofde van hun beslissende invloed over Meneba, maakt niet dat hun positie met terugwerkende kracht verslechterd is, zoals bedoeld in artikel 7:11, eerste lid, van de Awb.
73. ACM merkt in dit verband op dat volgens vaste Europese jurisprudentie het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid zich er niet tegen verzet dat eerst de rechtspersoon die de inbreuk op de mededingingsregels heeft begaan beboet wordt, alvorens eventueel te onderzoeken of de inbreuk mogelijk aan haar moedermaatschappij kan worden toegerekend.⁷⁹ Het enkele feit dat eerst in 2012 jegens Bencis een procedure is gestart, verandert naar het oordeel van ACM niets aan haar aansprakelijkheid voor de gedragingen van haar voormalige dochtermaatschappijen. Deze aansprakelijkheid betreft een objectief feit dat bestaat onafhankelijk van de onderhavige procedure.

⁷⁹ Zie onder meer het arrest van het Gerecht van 27 juni 2012 in de zaak T-372/10, Bolloré/ Commissie, ECLI:EU:T:2012:325, punt 148, het arrest van het Hof van 24 september 2009 in zaak C-125/07, Erste Group Bank e.a./Commissie, ECLI:EU:C:2009:576, punt 82 en het arrest van het Hof van 29 september 2011 in zaak C-521/09, Elf Aquitaine/Commissie, ECLI:EU:C:2011:620, punt 121.

4.2 Omvang van het geschil

Zienswijze Bencis

74. In artikel 7:11, eerste lid, Awb ligt volgens Bencis de norm besloten dat het bestuursorgaan bij het nemen van een besluit op bezwaar of van een nieuw primair besluit naar aanleiding van een bezwaar niet buiten de grondslag van het bezwaar mag treden. Door andere ondernemingen is niet gevraagd om een procedure te starten tegen Bencis, maar om verlaging van de aan hen opgelegde boete. Andere bezwaarden hebben evenmin gevraagd om opening van een afzonderlijk onderzoek naar Bencis.
75. Door voor te stellen dat een onderzoek moet worden geopend naar Bencis en door dat onderzoek daadwerkelijk te openen zijn volgens Bencis zowel de Adviescommissie als ACM derhalve buiten de grenzen van het geschil getreden, zoals dat was afgebakend door de bezwaarschriften.

Beoordeling ACM

76. Bencis suggereert met haar zienswijze ten onrechte dat een bezwaar of beroep niet kan leiden tot aanvulling van een rapport en vervolgens aanvullend herhalen van de sanctieprocedure ten aanzien van rechtspersonen aan wie een overtreding kan worden toegerekend.⁸⁰
77. Voorts is naar het oordeel van ACM geen sprake van strijd met artikel 7:11, eerste lid, Awb, aangezien deze bepaling ziet op de situatie dat er een besluit op bezwaar of een nieuw primair besluit wordt genomen ten aanzien van degene die bezwaar heeft aangetekend. Wat betreft de besluitvorming ten aanzien van degenen die bezwaar gemaakt hebben tegen het Sanctiebesluit van 16 december 2010 mag ACM niet buiten de grondslag van het bezwaar treden. ACM stelt vast dat deze situatie in onderhavig geval niet aan de orde is.

4.3 Ne bis in idem

Zienswijze Bencis

78. Bencis stelt dat het thans vervolgen van Bencis in strijd is met het ne bis in idem beginsel, zoals neergelegd in artikel 14, zevende lid, IVBPR, artikel 50 Handvest en thans in artikel 5:43 van de Awb.

⁸⁰ Zie de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 17 november 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AR6034.

79. Bencis voert hiertoe aan dat ACM reeds in de aanloop naar het Sanctiebesluit, waarbij aan Meneba een boete is opgelegd, uitgebreide informatie heeft gevraagd en ontvangen over de financiële positie van Bencis ten opzichte van Meneba. Omdat deze gegevens hadden kunnen leiden tot het oordeel dat de handelingen van Meneba mede moeten worden toegerekend aan Bencis vormde volgens Bencis dit onderzoek reeds een daad van vervolging jegens haar. Bencis leidt hieruit af dat ACM in het Sanctiebesluit en het besluit op bezwaar heeft geoordeeld dat Bencis geen deel uitmaakte van dezelfde onderneming als Meneba en dat de overtreding van Meneba niet mede werd toegerekend aan Bencis. Dat oordeel staat volgens Bencis gelijk aan het staken van de vervolging jegens Bencis en kan gelijk gesteld worden met de mededeling dat aan Bencis geen boete zal worden opgelegd in de zin van artikel 5:50, tweede lid, aanhef en onder a, Awb. Deze mededeling stelt naar huidig recht de ne bis in idem regel van artikel 5:43 Awb in werking.

80. Indien ACM – ten onrechte – zou oordelen dat sprake is van één onderneming, dan komt Bencis ook een beroep toe op het ne bis in idem beginsel omdat zij in die optiek deel uitmaakt van de reeds beboete entiteit. Ook hier geldt immers dat ACM niet enerzijds zou moeten betogen dat Meneba en Bencis tot dezelfde onderneming behoren, maar dat anderzijds Bencis zich niet op het ne bis in idem beginsel zou kunnen beroepen omdat zij niet “dezelfde overtreder” is als Meneba.

Beoordeling ACM

81. Het beginsel “*ne bis in idem*” verbiedt dat in het kader van eenzelfde inbreuk op het mededigingsrecht voor eenzelfde gedraging van een onderneming op de markt meer dan één sanctie wordt opgelegd aan de rechtssubjecten die hier aansprakelijk voor kunnen worden gehouden.⁸¹

82. Naar het oordeel van ACM is van strijd met het ne bis in idem beginsel geen sprake. Bencis miskent met haar betoog haar eigen verantwoordelijkheid voor de inbreuk, die gebaseerd is

⁸¹ Zie het arrest van het Gerecht van 3 maart 2011 in de zaken T-117/07 en T-121/07, Areva en Alstom/Commissie, Jurispr. p. II-633, punt 205 en in die zin het arrest van het Hof Aalborg Portland e.a./Commissie, in de zaken C-204/00 P e.a., punt 338, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. (“PVC II”), gev. zaken T-305/94 e.a., Jurispr. p. II-931, punten 95-99 en het arrest van het Gerecht van 13 december 2006 in de zaken T-217/03 en T-245/03, FNCB e.a./Commissie ECLI:EU:T:2006:391, punt 340. Zie tevens de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 18 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI8766, r.o. 2.4 en de uitspraak in hoger beroep van het CBB van 1 december 2012 ECLI:NL:CBB:2011:BU9159, r.o. 5.1.

Besluit Openbaar

28/63

op haar beslissende invloed over Meneba. Deze verantwoordelijkheid is niet eerder onderwerp geweest van een procedure die heeft geleid tot een (sanctie)besluit.

83. ACM merkt hierbij op dat de informatieverzoeken van ACM, waar Bencis op wijst, zijn gedaan ter beoordeling van de zienswijzen van Meneba over haar financiële positie. Anders dan Bencis betoogt, en zoals ook blijkt uit de desbetreffende correspondentie⁸², zijn deze gegevens niet opgevraagd in het kader van de mogelijke toerekening van de overtreding door Meneba aan Bencis. ACM heeft over een dergelijke toerekening in het Sanctiebesluit of in andere correspondentie geen standpunt ingenomen.
84. Ook het enkele feit dat in het Sanctiebesluit overeenkomstig het Rapport aan de rechtspersonen Meneba B.V., Rotterdam Brielselaan B.V. en Meneba Holding B.V. een boete is opgelegd, kan naar het oordeel van ACM niet zo worden uitgelegd dat zij daarmee – al was het maar impliciet – haar standpunt heeft bepaald over de vraag of de overtreding al dan niet mede aan Bencis zou kunnen worden toegerekend.

4.4 Rechten van verdediging Bencis

Zienswijze Bencis

85. Bencis voert aan dat verschillende van haar procedurele rechten zijn geschonden. Bencis stelt ten eerste dat zij thans met terugwerkende kracht in een bestuurlijk traject wordt betrokken zonder dat zij op enigerlei wijze haar verdedigingsrechten heeft kunnen uitoefenen. Zowel in de fase van de zienswijze, het bezwaar en bij de rechtbank is immers het uitgangspunt dat de betrokken ondernemingen in elkaars aanwezigheid worden gehoord over de tegen hen gerichte beschuldigingen. Bencis heeft hier niet aan deel kunnen nemen, omdat zij tot nu toe niet bij dit boetetraject betrokken was. Bencis vindt dat zij hierdoor onherstelbaar op achterstand is gesteld ten opzichte van de andere betrokken ondernemingen. Meer in het bijzonder stelt Bencis dat zij in de gelegenheid had moeten worden gesteld om zich, voorafgaand aan het Sanctiebesluit dan wel het Besluit op Bezwaar, te uiten over de zienswijzen van Meneba of een van de andere betrokken ondernemingen. Nu dat niet is gebeurd, meent Bencis dat ACM in strijd handelt met artikel 61, eerste lid, Mw (oud).

⁸² 6306_20/4.

Besluit Openbaar

29/63

86. Bencis stelt ten tweede dat ACM in strijd heeft gehandeld met artikel 60, tweede lid, Mw (oud) door te weigeren hoofdstuk 5.7 van het Sanctiebesluit en de daarop betrekking hebbende correspondentie tussen Meneba en ACM te overleggen.
87. De bedoelde correspondentie is volgens haar relevant, omdat daarin “*waarschijnlijk is ingegaan op de vraag of Meneba kon rekenen op de middelen van Bencis of BIIA/BII B* [ACM: BBOF II A en BBOF II B]. *Daarin kan immers reeds een oordeel over de toerekeningsvraag besloten liggen*”.⁸³ Een beroep door ACM op vertrouwelijkheid kan volgens Bencis niet slagen, omdat, kort gezegd: (i) Bencis ten tijde van het beheer van de fondsen die participeerden in Meneba reeds kon beschikken over deze informatie; (ii) het zelfstandige verdedigingsbelang van Bencis vóór het vertrouwelijkheidsbelang gaat; (iii) het vertrouwelijke karakter had kunnen worden gewaarborgd door het verwijderen van de financiële gegevens.

Beoordeling ACM

88. Deze stellingen van Bencis treffen geen doel.
89. ACM overweegt dat Bencis weliswaar later in de procedure betrokken is, maar dat dit geenszins wegneemt dat zij in de gelegenheid is gesteld om op alle onderdelen van het Rapport en het Aanvullend Rapport, die tezamen een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (oud) vormen, te reageren. Van deze mogelijkheid heeft Bencis ook gebruik gemaakt. Zoals in randnummer 98 weergegeven, worden in onderhavig besluit haar belangen, alsmede hetgeen zij in haar zienswijze en tijdens de hoorzitting naar voren heeft gebracht, meegewogen.
90. Gelet op het voorgaande ziet ACM niet in op welke wijze Bencis onherstelbaar in haar verdediging geschaad zou zijn. Ook van strijd met artikel 61, eerste lid, Mw (oud) is geen sprake.
91. ACM is wat betreft de inzage van oordeel dat Bencis niet in haar rechten van verdediging is aangetast. De op de zaak betrekking hebbende stukken dienen ter inzage te worden gelegd met uitzondering van de als vertrouwelijk aangemerkte gegevens. Artikel 3:11, tweede lid, Awb, dat ingevolge artikel 60, derde lid, Mw (oud) van toepassing is, verwijst daartoe naar artikel 10 van de Wet Openbaarheid van Bestuur (hierna: Wob). De gegevens waar Bencis geen inzage in heeft gekregen betreffen bedrijfs- en fabricagegegevens die door een meelproducent vertrouwelijk aan ACM zijn meegedeeld in de zin van artikel 10,

⁸³ Randnummer 255 van de zienswijze.

Besluit Openbaar

eerste lid, aanhef en onder c, Wob. Inzage van deze gegevens zou leiden tot onevenredige benadeling van de betrokken meelproducent.

4.5 Zorgvuldigheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel en legaliteitsbeginsel

Zienswijze Bencis

92. Bencis is van mening dat de rechtszekerheid en de vereiste zorgvuldigheid zich tegen het alsnog doen van onderzoek verzetten. Krachtens artikel 3:2 Awb moeten besluiten zorgvuldig worden voorbereid. ACM heeft alle kans gehad om onderzoek te doen naar de vennootschapsrechtelijke context waarin Meneba ten tijde van de vermeende inbreuk opereerde en om vervolgens dienaangaande het standpunt te bepalen, hetgeen ACM gedaan heeft. Het zou onzorgvuldig zijn om daar nu op terug te komen naar aanleiding van nadere adviezen van de Adviescommissie.
93. Los van het voorgaande mocht Bencis er op grond van het Sanctiebesluit en het Besluit op Bezwaar gerechtvaardigd op vertrouwen dat naar haar geen onderzoek meer zou worden gedaan, laat staan dat aan haar mogelijk een boete zou kunnen worden opgelegd.
94. Voorts moeten krachtens artikel 3:4, eerste lid, Awb alle rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen worden meegewogen bij het nemen van een besluit. Daarvan kan volgens Bencis geen sprake zijn, aangezien haar belangen, die in de ogen van ACM met terugwerkende kracht 'rechtstreeks betrokken' moeten worden geacht, niet zijn meegewogen bij het nemen van het Sanctiebesluit.
95. Tevens verzet het legaliteitsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 7 EVRM, artikel 15 IVBPR en artikel 5:46 Awb (als uitdrukking van een algemeen rechtsbeginsel), zich tegen het opleggen van een boete in twee fasen.

Beoordeling ACM

96. Ten aanzien van deze argumenten van Bencis stelt ACM vast dat zij thans niet terug komt op een eerder onderzoek, een rapport of een besluit dan wel op eerdere uitspraken jegens Bencis. ACM heeft aanvullend onderzoek verricht naar de mogelijke toerekening aan Bencis van de in het Rapport geconstateerde overtreding. Het Aanvullend Rapport vormt tezamen met het Rapport van 10 december 2009 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw (oud). Vervolgens is de procedure gevolgd zoals in randnummer 7 weergegeven. ACM oordeelt derhalve dat zij niet in strijd heeft gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de vereiste rechtszekerheid. ACM

Besluit
Openbaar

verwijst in dit verband ook naar paragraaf 4.3 van dit besluit.

97. Van strijd met het legaliteitsbeginsel is voorts geen sprake. Zoals opgemerkt in randnummer 81 van dit besluit is de toerekening van de overtreding door Meneba aan Bencis niet eerder onderwerp geweest van een procedure die heeft geleid tot een besluit en is Bencis dus niet eerder op deze grond een boete opgelegd. Van beboeting in twee fasen, zoals Bencis stelt, is dan ook geen sprake.
98. Met betrekking tot de zienswijze van Bencis dat haar belangen niet meegewogen zijn bij het nemen van het Sanctiebesluit van 16 december 2010, overweegt ACM dat Bencis geen geadresseerde was van het Rapport en het Sanctiebesluit. Bencis is geadresseerde van het Aanvullend Rapport en onderhavig besluit en haar belangen, alsmede hetgeen zij in haar zienswijze en tijdens de hoorzitting naar voren heeft gebracht, zijn bij het nemen van dit besluit meegewogen. Naar het oordeel van ACM is hiermee voldaan aan het gestelde in artikel 3:4, eerste lid, Awb.

5 Toerekening van de overtreding aan de geadresseerde rechtspersonen

5.1 Juridisch kader

99. Uit artikel IV, eerste lid, Vierde Tranche Awb⁸⁴ volgt dat bij het opleggen van een bestuurlijke sanctie voor een overtreding welke heeft plaatsgevonden voor de datum van inwerkingtreding van deze wet, het oude recht geldt zoals dit luidde ten tijde van de overtreding. Aangezien de in dit besluit beschreven gedraging is geëindigd op 16 maart 2007, heeft deze bepaling tot gevolg dat de beoordeling van de mogelijkheid tot toerekening moet worden beoordeeld naar het recht van voor 1 juli 2009.⁸⁵
100. De oplegging van een bestuurlijke boete wegens overtreding van, onder meer, artikel 6 Mw, was ten tijde van de overtreding geregeld in artikel 56, eerste lid, Mw (oud). Dit artikel geeft ACM de bevoegdheid om in geval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of artikel 24, eerste lid, Mw een boete op te leggen aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend. In de Memorie van Toelichting bij dit artikel heeft de wetgever voor de vaststelling van de identiteit van deze persoon of personen uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij de praktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie hieromtrent.⁸⁶
101. Voor de beoordeling of het mogelijk is gedragingen van een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij toe te rekenen, is van belang dat de mededingingsregels zijn gericht tot ondernemingen in de zin van artikel 81, eerste lid, van het Verdrag (oud, nu artikel 101 VwEU).⁸⁷ Dit begrip “onderneming” is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie nader ingevuld als zijnde elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.⁸⁸

⁸⁴ Wet van 25 juni 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht, 29 702, Stb. 2009, 266.

⁸⁵ Met inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb is overigens niet beoogd een materiële wijziging tot stand te brengen ten aanzien van de toerekening van een inbreuk van een dochtervennootschap aan haar moedervennootschap, zie Kamerstukken II, 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 57.

⁸⁶ Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86-87.

⁸⁷ Artikel 1, sub f, Mw (oud).

⁸⁸ Zie met name het arrest van het Hof van 23 april 1991 in zaak C-41/90, Höfner en Elser, ECLI:EU:C:1991:161, punt 21, het arrest van 28 juni 2005 in zaak C-189/02, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, ECLI:EU:C:2005:408, punt 112, het arrest van 10 januari 2006 in zaak C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e.a., ECLI:EU:C:2006:8, punt 107 en de in deze arresten aangehaalde jurisprudentie.

Besluit Openbaar

102. Het Hof van Justitie heeft verder gepreciseerd dat onder het begrip “onderneming” in deze context mede moet worden verstaan een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen.⁸⁹ Wanneer een dergelijke economische entiteit de mededingingsregels overtreedt, moet zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor dragen.⁹⁰

103. Voor het opleggen van een geldboete aan een onderneming wegens overtreding van de mededingingsregels is noodzakelijk dat de rechtspersonen die deel uitmaken van deze onderneming worden geïdentificeerd, zodat de overtreding op ondubbelzinnige wijze kan worden toegerekend. Dit volgt onder meer uit artikel 59, tweede lid, sub c en sub d, van de Mw zoals dat luidde ten tijde van de overtreding: in een rapport dient te worden vermeld (1) welke ondernemingen de overtreding hebben begaan en (2) aan welke natuurlijke personen of rechtspersonen de overtreding kan worden toegerekend.⁹¹

104. Het is vaste rechtspraak dat het gedrag van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend, met name wanneer de dochtermaatschappij, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.⁹² Bij de beoordeling of hiervan sprake is, moet met name worden gekeken naar de economische, organisatorische en juridische banden die de twee entiteiten verenigen.⁹³

⁸⁹ Arrest van het Hof van 14 december 2006 in zaak C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, ECLI:EU:C:2006:784, punt 40.

⁹⁰ Onder meer het arrest van het Hof van 8 juli 1999 in zaak C-49/92, Commissie/Anic Participazioni, ECLI:EU:C:1999:356, punt 145 en het arrest van het Hof van 11 december 2007 in zaak C-280/06, ETI e.a., ECLI:EU:C:2007:775, punt 39.

⁹¹ Zo ook het Gerecht in het arrest van 20 april 1999 in zaak T-305/94, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, ECLI:EU:T:1999:80, punt 978: “Zoals de Commissie in punt 44 van de considerans van de beschikking van 1994 heeft opgemerkt, valt het begrip onderneming in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag weliswaar niet noodzakelijk samen met het begrip vennootschap met rechtspersoonlijkheid, doch moet voor de toepassing en de tenuitvoerlegging van de beschikkingen steeds een rechtspersoon worden gezocht tot welke de handeling zal worden gericht.”

⁹² Arrest van het Hof van 10 september 2009 in zaak C-97/08, Akzo Nobel e.a./ Commissie, ECLI:EU:C:2009:536, punt 58 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

⁹³ Zie mutatis mutandis de reeds aangehaalde arresten Dansk Rørindustri e.a./Commissie, punt 117, en ETI e.a., punt 49.

105. De reden dat toerekening in een dergelijke situatie mogelijk is, is dat de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij dan deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve één onderneming vormen in de zin van het mededingingsrecht en de aangehaalde jurisprudentie. Dit maakt het mogelijk voor mededingingsautoriteiten om een geldboete op te leggen aan een moedermaatschappij voor een inbreuk begaan door de dochtermaatschappij, zonder dat noodzakelijk is dat de moeder persoonlijk bij de inbreuk was betrokken. Ook het CBb heeft deze bevoegdheid van ACM vastgesteld.⁹⁴
106. In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100% van het kapitaal van haar inbreukmakende dochtermaatschappij in handen heeft, kan deze moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van haar dochter en bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op dat gedrag.⁹⁵ In die omstandigheid volstaat het dat de mededingingsautoriteit bewijst dat de moedermaatschappij het gehele kapitaal van haar dochteronderneming in handen heeft. De moedermaatschappij is vervolgens hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de aan de dochtermaatschappij opgelegde geldboete. Dit is alleen anders indien de moedermaatschappij, bij wie de bewijslast voor weerlegging van het vermoeden rust, afdoende bewijzen overlegt die aantonen dat haar dochtermaatschappij zich op de markt autonoom gedraagt.⁹⁶
107. Een zelfde weerlegbaar rechtsvermoeden geldt in het geval dat een moedermaatschappij bijna 100% van het kapitaal in haar dochtermaatschappij houdt.⁹⁷
108. Bij bovenstaande situaties heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie tevens gepreciseerd dat, hoewel – naast het bezit van (bijna) 100% van het kapitaal – extra omstandigheden kunnen wijzen op beslissende invloed van de moedermaatschappij, het

⁹⁴ CBb 18 november 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO5197, r.o. 3.2, CBb 18 november 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO4962, r.o. 3.3, CBb 18 november 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BO5193, r.o. 3.4 en CBb 7 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0540, r.o. 3.10.4.

⁹⁵ Arrest van het Hof van 25 oktober 1983 in zaak 107/82, AEG-Telefunken/Commissie, ECLI:EU:C:1983:293, punt 50 en arrest van het Hof van 16 november 2000 in zaak C-286/98, Stora, ECLI:EU:C:2000:630, punt 29.

⁹⁶ Zie tevens het arrest Stora, reeds aangehaald, punt 29.

⁹⁷ Arrest van het Hof van 29 september 2011 in zaak C-520/09, Arkema SA/Commissie, ECLI:EU:C:2011:619, punt 42 en het arrest van het Hof van 29 september 2011 in zaak C-521/09, Elf Aquitaine/Commissie, ECLI:EU:C:2011:620, punt 63.

Besluit Openbaar

35/63

aanvoeren van extra omstandigheden niet noodzakelijk is om het vermoeden van beslissende invloed aan te kunnen nemen.⁹⁸

109. In andere gevallen is het aan de mededingingsautoriteit om op basis van het geheel van de economische, organisatorische en juridische banden tussen de moedermaatschappij en haar dochter te bewijzen dat zij één onderneming in de zin van het mededingingsrecht vormen. Het bestaan van beslissende invloed kan in een dergelijk geval worden afgeleid uit een reeks van met elkaar overeenstemmende omstandigheden, ook al volstaat geen van deze omstandigheden op zich om te kunnen spreken van een economische eenheid.⁹⁹
110. De toerekeningsleer is eveneens van toepassing op uiteindelijke en tussenliggende moedermaatschappijen.¹⁰⁰ Ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht kunnen ook worden gevormd door meerdere maatschappijen die tot dezelfde keten behoren, zolang maar sprake is van één economische eenheid zoals hiervoor beschreven. In het bijzondere geval waarin een houdstermaatschappij alle aandelen van een tussenliggende maatschappij bezit die op haar beurt beslissende invloed uitoefende op een dochtermaatschappij die een inbreuk op de mededingingsregels heeft gepleegd, rijst het weerlegbare vermoeden dat deze houdstermaatschappij beslissende invloed op de tussenliggende maatschappij uitoefende en indirect, via deze laatste, ook op voornoemde dochtermaatschappij.¹⁰¹ In een dergelijke situatie behoren de houdstermaatschappij, de tussenliggende maatschappij en laatstgenoemde dochtermaatschappij tot dezelfde onderneming in de zin van het mededingingsrecht en kunnen zij uit dien hoofde voor het inbreukmakende gedrag van de dochtermaatschappij worden aangesproken.

5.2 Toepassing op BMI en Meneba Holding B.V.

111. Zoals volgt uit het hiervoor beschreven juridisch kader, wordt het bestaan van beslissende invloed bij het ontbreken van (bijna) 100%-aandeelhouderschap – zoals in het onderhavige

⁹⁸ Zie o.a. het arrest van het Hof in Akzo NV e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 61 en het arrest van het Hof van 20 januari 2011 in zaak C-90/09, General Química e.a./Commissie, ECLI:EU:C:2011:21, punt 41 en 42.

⁹⁹ Arrest van het Hof van 1 juli 2010 in zaak C-407/08, Knauf/Commissie, ECLI:EU:C:2010:389, punt 65.

¹⁰⁰ Zie o.a. het Hof van Justitie in General Química e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 86 tot en met 88 en het arrest van het Gerecht van 6 maart 2012 in zaak T-65/06, FLSmidth & Co/Commissie, ECLI:EU:T:2012:103, punt 22 en 23.

¹⁰¹ Arrest van het Gerecht van 13 juli 2011 in zaak T-141/07 e.v., General Technic-Otis e.a./Commissie, Jurispr. p. II-4977, punt 118 en 119.

Besluit Openbaar

36/63

geval in de verhouding tussen BMI en Meneba Holding B.V. – aangetoond aan de hand van het geheel van organisatorische, economische en juridische banden tussen de betreffende moeder- en dochtermaatschappij.

112. In het hierna volgende concludeert ACM, dat BMI in de betrokken periode daadwerkelijk beslissende invloed op Meneba Holding B.V. heeft uitgeoefend, gelet op het geheel van organisatorische, economische en juridische banden die hen verenigen, in het bijzonder: (i) de bevoegdheden van BMI in de aandeelhoudersvergadering van Meneba Holding B.V. (paragraaf 5.2.1); (ii) de invloed van BMI via de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. (paragraaf 5.2.2); en (iii) de rol van BMI als prioriteitsaandeelhouder van Meneba Holding B.V. (paragraaf 5.2.3); BMI en Meneba Holding B.V. vormen derhalve één onderneming in de zin van het mededingingsrecht. Deze economische eenheid tussen BMI en Meneba Holding B.V. wordt bevestigd door het feit dat (iv) de jaarcijfers van Meneba Holding B.V. werden geconsolideerd in de jaarrekeningen van BMI (paragraaf 5.2.4).

5.2.1 Bevoegdheden in de aandeelhoudersvergadering van Meneba Holding B.V.

113. Zoals beschreven in paragraaf 2.1 van dit besluit, hield BMI gedurende de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 nooit minder dan 92% van de aandelen in Meneba Holding B.V. Dit gaf BMI de mogelijkheid zelfstandig alle besluiten van de aandeelhoudersvergadering te nemen, aangezien de statuten van Meneba Holding B.V. voor besluiten van de aandeelhoudersvergadering een volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen vereisten. Hierdoor kon BMI zelfstandig besluiten over onder meer het vaststellen van de jaarrekening en de hoeveelheid leden van de Raad van Commissarissen.
114. De positie die BMI op basis van de statuten van Meneba Holding B.V. in de aandeelhoudersvergadering verkreeg, vormt een aanwijzing voor het bestaan van beslissende invloed van BMI op Meneba Holding B.V.
115. Het belang van deze bevoegdheden wordt versterkt door het feit dat Meneba Holding B.V. op 25 november 2004 door BMI is opgericht.¹⁰² De inhoud van de statuten en de bevoegdheden van de grootaandeelhouder zijn met andere woorden door BMI zelf vastgesteld.

¹⁰² 6306_20/9, bijlage 1E.

Besluit Openbaar

37/63

116. Een van de onderwerpen waarover de aandeelhoudersvergadering bevoegd was besluiten te nemen, betrof de benoeming van de leden van de Raad van Commissarissen. Zoals beschreven in paragraaf 2.1.1., had BMI als prioriteitsaandeelhouder het recht om twee personen voor benoeming voor te dragen en Stichting Meneba en de ondernemingsraad ieder één. Krachtens de statuten kon de aandeelhoudersvergadering bij besluit een (al dan niet bindende) voordracht afwijzen. Gezien de stemrechten die ze vertegenwoordigde, kon Bencis op basis van de statuten onafhankelijk van Stichting Meneba bepalen of een voordracht werd afgewezen. Na afwijzing diende een nieuwe voordracht te geschieden met inachtneming van de voordrachtsrechten.
117. BMI en Stichting Meneba hebben in de reeds genoemde Aandeelhoudersovereenkomst 2004 nadere afspraken gemaakt over de benoeming van commissarissen. Zij hebben afgesproken een voorgedragen persoon altijd tot commissaris te benoemen, tenzij zij beiden van mening waren dat de voorgedragen persoon niet gekwalificeerd was voor de positie van commissaris.¹⁰³
118. Het gevolg van deze afspraken was dat de bevoegdheden van BMI in de aandeelhoudersvergadering deels werden beperkt, aangezien zij over de afwijzing van een voordracht niet langer zelfstandig kon besluiten. Daar staat echter tegenover dat zij als gevolg van de afspraken met Stichting Meneba de facto het recht had verkregen twee van de vier leden van de Raad van Commissarissen, waaronder de voorzitter, te kunnen benoemen. Immers, het is aannemelijk dat BMI alleen een kandidaat voor de functie van commissaris zou voordragen, die zij zelf gekwalificeerd achtte. Gelet op de hiervoor geschetste afspraak was BMI er in dat geval van verzekerd dat de benoeming van de door haar voorgedragen kandidaat niet kon worden tegengehouden door Stichting Meneba. De afspraak was immers dat een voorgedragen persoon altijd tot commissaris werd benoemd, tenzij zowel BMI als Stichting Meneba van mening waren dat de voorgedragen persoon niet gekwalificeerd was voor de positie van commissaris.
119. BMI heeft van haar benoemingsrechten gebruik gemaakt door op 26 november 2004 [A] als voorzitter van de Raad van Commissarissen aan te stellen. [A] vervulde op dat moment verschillende belangrijke functies binnen Bencis, zoals hiervoor in paragraaf 2.1.2 beschreven.
120. Uit de Europese jurisprudentie volgt dat personele unies tussen een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij niet alleen de intentie van de moedermaatschappij illustreren

¹⁰³ 6306_20/9, bijlage 7B.

Besluit Openbaar

om de (dagelijkse) gang van zaken bij de dochtermaatschappij nauwkeurig te volgen, maar dat zij tevens duiden op het bestaan van beslissende invloed van de moeder over de dochter. Dit is met name het geval indien de betreffende personen sleutelfuncties vervullen bij zowel de moeder- als de dochtermaatschappij.¹⁰⁴

121. De benoeming van [A] tot voorzitter van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. onderschrijft het bestaan van beslissende invloed van BMI op Meneba Holding B.V. Deze band wordt nog verder versterkt door de bepalende rol die de Raad van Commissarissen in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 in het marktgedrag van Meneba Holding B.V. en haar dochtermaatschappijen heeft gespeeld, zoals hierna wordt beschreven.
122. Voor het opzeggen van het vertrouwen in de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V., resulterend in het onmiddellijke ontslag van alle leden daarvan, was zoals beschreven in paragraaf 2.1.1 een besluit van de aandeelhoudersvergadering vereist. Ook zulk een besluit kon BMI, als grootaandeelhouder, zelfstandig nemen. In de Aandeelhoudersovereenkomst 2004 is zij met Stichting Meneba overeengekomen dat ook de stichting het onmiddellijke ontslag van de Raad van Commissarissen kon bewerkstelligen. Deze nadere afspraken nemen echter niet weg dat BMI de mogelijkheid had om geheel zelfstandig te besluiten alle leden van de Raad van Commissarissen te ontslaan. Vervolgens had zij, zoals aangetoond, het recht om de helft van de nieuwe leden te benoemen. Zoals gezegd in randnummer 119 heeft zij ook de voorzitter van de Raad van Commissarissen aangesteld. Deze bevoegdheden gaven BMI de mogelijkheid verregaande invloed op de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. uit te oefenen.
123. In het voorgaande heeft ACM aangetoond dat BMI beslissende invloed op Meneba Holding B.V. kon uitoefenen via de aandeelhoudersvergadering van laatstgenoemde. Mede met betrekking tot de samenstelling van de Raad van Commissarissen had BMI verregaande bevoegdheden. In het hierna volgende zal uiteen worden gezet welke rol de Raad van Commissarissen heeft gespeeld met betrekking tot het handelen van Meneba Holding B.V. en de wijze waarop BMI hier invloed op heeft gehad.

38/63

¹⁰⁴ Zie in dit verband bijvoorbeeld het arrest van het Gerecht van 27 oktober 2010 in zaak T-24/05, Alliance One International e.a./Commissie, ECLI:EU:T:2010:453, punt 179 en 180, het arrest van het Gerecht van 2 februari 2012 in zaak T-77/08, The Dow Chemical Company/Commissie, ECLI:EU:T:2012:47, punt 85, en het arrest van het Hof van Justitie van 20 januari 2011 in zaak C-90/09, General Química e.a./Commissie, ECLI:EU:C:2011:21, punt 106.

5.2.2 De invloed van BMI via de Raad van Commissarissen

124. In paragraaf 2.1.1 zijn de bevoegdheden van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. beschreven. In de vergaderingen van de Raad van Commissarissen is een veelvoud aan onderwerpen aan de orde geweest, die van groot belang waren voor de marktbenadering en het handelen van de Meneba-vennootschappen, zoals het strategisch plan 2006-2009, budgetten en de commerciële strategie van Meneba Holding B.V.¹⁰⁵ Dat de Raad van Commissarissen sturend optrad ten aanzien van de strategie en het prijsbeleid blijkt onder meer uit de volgende passage uit de notulen van de vergaderingen van de Raad van Commissarissen:

*“The supervisory board agrees with the overall strategy and budget but stresses the need for Meneba management to find means to generate extra margin and value in the market. For the short term focus should be on realizing price increase in markets which can absorb this, such as the starch market, exports and the artisanal bakery market in Belgium. Meneba should also pursue further growth within the specialties segment in line with the 3-year plan. For the longer term Meneba should find ways to increase prices for standard products in the Benelux market to be able to reach acceptable margins. One way of achieving this is further market consolidation and integration, a process which shall take place in the coming years.”*¹⁰⁶

125. De betrokkenheid van de Raad van Commissarissen bij de totstandkoming van het prijsbeleid van Meneba wordt eveneens bevestigd in de notulen van de vergadering op 9 september 2005, waar werd gesproken over de verwachte druk op de energiekosten van Meneba in 2006 als gevolg van de stijging van de olieprijs:

*“It has been agreed that Meneba shall initiate moves towards price increase and accept some volume loss if this would benefit overall Ebit”. [...]*¹⁰⁷

126. Bij de bespreking van het budget voor 2007 op 15 december 2006 boog de Raad van Commissarissen zich over de productiestrategie van Meneba en besloot dat het stopzetten van bepaalde productie moest worden onderzocht:

¹⁰⁵ 6306_20/9, bijlage 5B en 6306_20/15, bijlage 4, bijlage 5, bijlage 6 en bijlage 7.

¹⁰⁶ 6306_20/9, bijlage 5B.

¹⁰⁷ 6306_20/9, bijlage 5B.

Besluit Openbaar

40/63

“Markets: it is decided to investigate to stop the production for the maize markets” [...].¹⁰⁸

127. Uit deze passage blijkt dat de Raad van Commissarissen niet alleen besluiten nam over zaken die puur strategisch waren, maar ook over meer operationele zaken.
128. Uit de in paragraaf 2.1.2 weergegeven feiten en omstandigheden en de hier opgenomen voorbeelden blijkt niet alleen dat allerlei uiteenlopende zaken onderworpen waren aan de voorafgaande goedkeuring van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V., maar ook dat de besluiten van de Raad van Commissarissen het handelen van het managementteam van Meneba Holding B.V. in de gehele periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 beïnvloedde.
129. Deze vaststelling wordt verder versterkt doordat de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. tevens heeft besloten over de commerciële strategie en de marktbenadering van Meneba, waarin keuzes werden gemaakt over de markten en segmenten waarop Meneba zich zou gaan focussen. Tevens heeft de Raad van Commissarissen besluiten genomen ten aanzien van de operationele plannen, het prijsbeleid en het mogelijk stopzetten van productie. Dergelijke onderwerpen gaan verder dan alleen de algemene strategie.
130. In de Raad van Commissarissen werden twee leden benoemd door BMI: de voorzitter en één ander lid. Tezamen hadden zij de mogelijkheid de besluiten van de Raad van Commissarissen te blokkeren, aangezien voor het aannemen daarvan een volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen was vereist. Indien twee leden tegen stemden, kon een besluit dan ook geen doorgang vinden. Hierbij kan worden aangenomen dat deze twee door BMI benoemde personen, waarvan in ieder geval [A] meerdere belangrijke functies binnen de Bencis-groep bekleedde, in de besluitvorming van de Raad van Commissarissen de belangen van BMI vertegenwoordigde.
131. De invloed van BMI op de besluitvorming van de Raad van Commissarissen werd nog sterker doordat de voorzitter, krachtens de statuten van Meneba Holding B.V., bij het staken van stemmen in de Raad van Commissarissen een beslissende stem had.¹⁰⁹ Immers, zoals al eerder opgemerkt werd de voorzitter benoemd door BMI en kan worden aangenomen dat hij zich bij de vervulling van deze rol in belangrijke mate liet leiden door de belangen van BMI. In geval van het staken van stemmen, kon BMI door middel van de

¹⁰⁸ 6306_20/9, bijlage 5B.

¹⁰⁹ Zie 6306_20/9, bijlage 1E.

Besluit Openbaar

41/63

voorzitter daarom alsnog het gewenste resultaat afdwingen.

132. Uit notulen van de vergadering van de Raad van Commissarissen op 14 maart 2005 blijkt dat [A] als voorzitter namens de Raad het meest betrokken was bij de totstandkoming van de strategie van Meneba:

“The Meneba Board presents the strategy, including the Jupiter plan and preliminary results of F2004 (...) Remarks: (...) The chairman will inform the other board members in case of urgent or important matters.”¹¹⁰

133. De invloed van [A] strekte zich bovendien uit tot directe en intensieve betrokkenheid bij strategische overnames van (delen van) andere ondernemingen door Meneba Holding B.V. en/of haar dochtermaatschappijen. De volgende passages uit notulen van vergaderingen van de directie van Meneba illustreren deze betrokkenheid. Teven laten deze passages zien dat [A] direct betrokken was bij operationele vraagstukken over productiecapaciteit.

134. In de notulen van de vergadering van de directie van 14 februari 2006 is het volgende opgenomen:

“Codrico - we spoke with them and they have a liquidity problem, and they see the logic for a merger. Merger in 2008. We will work together. Perhaps we can close our maize mill and bring it to Codrico. Next Friday we will meet again with [A] [...]”¹¹¹

135. De notulen van de vergadering op 25 oktober 2005 laten de bedoelde betrokkenheid als volgt zien:

“We have a project named Phoenix. With this project we try to find acquisition candidates. Now a company has come up and [C] and [N] visited it in Switzerland. It produces Flakes and Puffed cereals. They have very sophisticated machinery. Two weeks ago there was a first visit with the owner of this company and afterwards [B] had a meeting with the commercial team. Their portfolio is interesting but competitors are in the neighbourhood. [B] will write a note to [A] and [O] with a proposal that Stamford investigates this company. [...]” - “[...] We have to take care that Bencis will get the complete picture. [...] There will be a meeting with [A] mid November, to tell him where we stand and what will

¹¹⁰ 6306_20/9, bijlage 5B.

¹¹¹ 6306_20/48.

Besluit Openbaar

42/63

be the budget. The market is very much under pressure, energy prices are very high. We will invite [A] every month and tell him where Meneba stands.”¹¹²

136. Een ander voorbeeld van de wijze waarop de belangen van Bencis het handelen van Meneba Holding B.V. beïnvloedde is te vinden in de notulen van de directievergadering van 14 februari 2006:

“[...] HM [ACM: Hemelter Mühle] does agree that a merger would be good for the business but they were not prepared to sell. We discussed various possibilities including the option that HM would buy 50 – 51% of the Meneba equity. However this does not make sense for Bencis. [B] will send a review of this meeting to the management. He will discuss it with [A] and take it from there.”¹¹³

137. Overigens was het niet ongebruikelijk dat vertegenwoordigers van de Bencis-groep bij vergaderingen van de Raad van Commissarissen aanwezig waren.¹¹⁴ Ook op deze wijze kon Bencis erop toezien dat haar belangen voldoende werden behartigd, wat haar invloed in Meneba Holding B.V. en haar dochtermaatschappijen versterkte.
138. Besluiten over budgetten en investeringen en over strategische en/of businessplannen zijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie aangemerkt als belangrijke elementen waaruit het bestaan van beslissende invloed van een moedermaatschappij op een dochter kan worden afgeleid.¹¹⁵ ACM is daarom van mening dat de rol van de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. bij dergelijke besluiten, en de invloed van BMI in dit orgaan, aantonen dat sprake is van beslissende invloed van BMI op Meneba Holding B.V.
139. Uit de jurisprudentie volgt dat ook het instemmen, door een moedermaatschappij met blokkeringsmacht, met genomen besluiten die zien op strategische acties van een dochtermaatschappij – met andere woorden, zij maakt geen gebruik van de mogelijkheid dergelijke besluiten te blokkeren – een aanwijzing is dat de moedermaatschappij

¹¹² 6306_20/48.

¹¹³ 6306_20/48.

¹¹⁴ 6306_20/9, bijlage 5B.

¹¹⁵ Zie onder meer de arresten van het Gerecht van 2 februari 2012 in zaak T-77/08, The Dow Chemical Company/Commissie, ECLI:EU:T:2012:47, punt 81, van 12 december 2007 in zaak T-112/05, Akzo Nobel NV e.a./Commissie, ECLI:EU:T:2007:381, punt 74 (zoals bevestigd door het Hof van Justitie op 10 december 2009 in zaak C-97/08, reeds aangehaald) en het Gerecht in de zaak T-24/05, reeds aangehaald, punt 183 tot en met 187.

Besluit Openbaar

43/63

daadwerkelijk beslissende invloed heeft uitgeoefend.¹¹⁶ De moedermaatschappij heeft immers met betrekking tot deze besluiten een beslissende stem gehad door deze niet te blokkeren waar dit wel mogelijk was.

140. Op basis van het voorgaande concludeert ACM dat de rol van BMI in de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 aantoont dat BMI beslissende invloed op Meneba Holding B.V. kon uitoefenen. Uit het bestaan van beslissende invloed volgt dat sprake was van een economische eenheid tussen BMI en Meneba Holding B.V. en daarmee dat zij één onderneming in de zin van het mededingingsrecht vormden ten tijde van de overtreding.

5.2.3 De rol van BMI als prioriteitsaandeelhouder van Meneba Holding B.V.

141. In paragraaf 2.1.3 is een beschrijving gegeven van de bevoegdheden van BMI als enige prioriteitsaandeelhouder van Meneba Holding B.V. Krachtens de statuten van Meneba Holding B.V. was een aantal besluiten van de directie aan de goedkeuring van de prioriteitsaandeelhouder onderworpen. BMI verkreeg derhalve als enige prioriteitsaandeelhouder de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op belangrijke strategische besluiten van de directie van Meneba Holding B.V.
142. Een voorbeeld van het soort besluiten dat aan de voorafgaande goedkeuring van BMI onderworpen was, zag op deelnemingen in het kapitaal van een andere vennootschap.¹¹⁷ Zonder goedkeuring van BMI was het voor Meneba Holding B.V. niet mogelijk een overname te plegen of een aandeel in een andere onderneming te verkrijgen.
143. Op een bepaald moment in 2005 of begin 2006 is Meneba de mogelijkheden gaan onderzoeken om de Verhagen Meelfabriek over te nemen. Zo is bijvoorbeeld te lezen in de notulen van een directievergadering op 14 februari 2006:

“Verhagen biscuit market – take-over. Basically we agreed to take out capacity and market consolidation. It is ongoing.”¹¹⁸

En even later, op 29 augustus 2006:

¹¹⁶ Het arrest van het Gerecht in zaak T-77/08, reeds aangehaald, punt 86.

¹¹⁷ 6306_20/9, bijlage 1E.

¹¹⁸ 6306_20/48.

Besluit Openbaar

44/63

“Meneba is voornemens Verhagen Meelfabriek over te nemen en er is intensief contact tussen Bencis en Verhagen. Er zijn nog wel een aantal vragen en deze zullen door [P] besproken worden met [J] / [A] zoals b.v. personeel en kosten.”¹¹⁹

Kennelijk zijn deze resterende vragen naar ieders tevredenheid beantwoord, aangezien tijdens de laatste directievergadering van 2006 de afronding van het overnametraject gemeld kon worden:

“Afronding Verhagen – [P] zal contact opnemen met [J] om te zien waar en wanneer getekend zal worden.”¹²⁰

144. Uit Europese jurisprudentie volgt dat de uitvoering van een besluit dat niet tot stand had kunnen komen zonder de voorafgaande goedkeuring van een moedermaatschappij een indicatie vormt van het bestaan van beslissende invloed van de moedermaatschappij op de betreffende dochtermaatschappij. Overigens hoeft een dergelijke goedkeuring niet uitdrukkelijk plaats te vinden, het is voldoende als een moedermaatschappij de mogelijkheid heeft belangrijke besluiten te blokkeren en zij van deze mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt.¹²¹
145. Het feit dat gedurende het aandeelhouderschap van BMI een overname heeft plaatsgevonden van de Verhagen Meelfabriek leidt ACM tot de conclusie dat BMI die goedkeuring moet hebben verleend, althans zich daar niet tegen heeft verzet. Daarmee heeft BMI daadwerkelijk beslissende invloed uitgeoefend over het handelen van Meneba Holding B.V. Bencis heeft dit niet kunnen weerleggen.
146. Zelfs al zou BMI ten tijde van de overname van de Verhagen Meelfabriek niet uitdrukkelijk toestemming hebben verleend, dan heeft zij in ieder geval de overname niet geblokkeerd. BMI heeft dan ook bij de overname van de Verhagen Meelfabriek daadwerkelijke beslissende invloed op Meneba uitgeoefend.
147. Overigens acht ACM het, gelet op het voorgaande, niet aannemelijk dat BMI niet op de hoogte was van de overname en om die reden geen beslissende invloed heeft uitgeoefend. Uit de hiervoor geciteerde passages blijkt immers dat Bencis op de hoogte was, althans moet zijn geweest, aangezien er doorlopend contact was met [A] en [J] , beide

¹¹⁹ 6306_20/48.

¹²⁰ 6306_20/48.

¹²¹ Arrest van het Gerecht in zaak T-77/08, reeds aangehaald, punt 86.

Besluit Openbaar

medewerkers van Bencis. Tevens was er sprake van “*intensief contact*” tussen Bencis en Verhagen zelf. De overname is ook twee keer in de vergadering van de Raad van Commissarissen besproken; zowel [A] als [J] waren bij deze vergaderingen aanwezig.¹²²

5.2.4 Consolidatie jaarrekeningen

148. ACM ziet een extra bevestiging van het bestaan van een economische eenheid tussen BMI en Meneba Holding B.V. in het feit dat de jaarcijfers van de Meneba-vennootschappen over 2005, 2006 en 2007 werden geconsolideerd in de jaarrekeningen van BMI.¹²³

5.2.5 Conclusie toerekening overtreding aan BMI

149. Op basis van de hiervoor besproken nauwe organisatorische, economische en juridische banden tussen BMI en Meneba Holding B.V. concludeert ACM dat BMI in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 beslissende invloed heeft gehad op Meneba Holding B.V. Om deze reden maken zij deel uit van één economische eenheid en daarmee één onderneming in de zin van het mededingingsrecht. Aangezien Meneba Holding B.V. één economische eenheid vormde met haar dochterondernemingen, betekent deze vaststelling dat BMI tot de onderneming behoorde die de overtreding heeft begaan zoals vastgesteld in het Sanctiebesluit van 16 december 2010. ACM rekent de overtreding van Meneba Meel B.V. daarom mede toe aan BMI.

¹²² 6306_20/9, bijlage 5B.

¹²³ 6306_20/47, deel 7. Zie het arrest van het Gerecht in zaak T-399/09, HSE, ECLI:EU:T:2013:647, punt 36 en 63.

5.3 Toepassing op BBOF II GP, BBOF II A, BBOF II B en BMI

150. ACM zal in de hierna volgende paragrafen aantonen dat het handelen van BMI kan worden toegerekend aan de investeringsfondsen BBOF II A en BBOF II B. Zoals reeds beschreven in paragraaf 2.3 bezitten deze commanditaire vennootschappen echter geen eigen rechtspersoonlijkheid en zijn zij voor hun handelen afhankelijk van hun beherend vennoot, BBOF II GP. Om deze reden zal ACM concluderen dat de bevoegdheden van de investeringsfondsen als aandeelhouders van BMI feitelijk toekomen aan BBOF II GP, waardoor vast komt te staan dat BMI en BBOF II GP tezamen met BBOF II A en BBOF II B deel uitmaken van dezelfde economische eenheid. Aangezien er geen sprake is van een weerlegbaar vermoeden van beslissende invloed van de investeringsfondsen op BMI noch van BBOF II GP op de investeringsfondsen, zal de economische eenheid tussen al deze maatschappijen moeten worden aangetoond aan de hand van de organisatorische, economische en juridische banden tussen hen.
151. Zoals reeds beschreven in paragraaf 2.2, hielden de investeringsfondsen BBOF II A en BBOF II B in ieder geval gedurende de periode van 26 november 2004 tot 16 maart 2007 tezamen 83,8% van de aandelen in BMI; de resterende 16,2% werd gehouden door meerdere externe investeerders.
152. Krachtens de statuten van BMI heeft de aandeelhoudersvergadering onder meer het recht de directie te benoemen, de besluiten daarvan aan haar goedkeuring te onderwerpen of tot ontbinding van de vennootschap te besluiten. Deze besluiten moesten worden genomen bij volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, tenzij de wet of statuten anders bepalen; elk aandeel geeft recht op één stem.¹²⁴ De investeringsfondsen als absolute meerderheidsaandeelhouders hadden met andere woorden het recht om zelfstandig over deze belangrijke besluiten te beslissen. De externe investeerders hadden immers niet de mogelijkheid om de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering naar hun hand te zetten, aangezien zij gezamenlijk slechts een aandelenpercentage van 16,2% hielden.
153. BBOF II GP was in ieder geval in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 de beherend vennoot van de investeringsfondsen BBOF II A en BBOF II B. Als zodanig was BBOF II GP belast met de dagelijkse leiding van de investeringsfondsen. Wegens het ontbreken van rechtspersoonlijkheid bij de investeringsfondsen, kwam de uitoefening van de bevoegdheden die aan hen toekwamen op grond van de statuten van

¹²⁴ 6306_20/9, bijlage 1G.

Besluit Openbaar

47/63

BMI feitelijk dan ook toe aan BBOF II GP. Dit komt overeen met de normale structuur van investeringsmaatschappijen, waarin de controle over een investeringsfonds ligt bij de investeringsmaatschappij die haar heeft opgericht.¹²⁵

154. Bencis heeft deze constatering van ACM omtrent haar zeggenschapsstructuur bevestigd in een concentratiemelding die zij op 17 december 2007 heeft ingediend bij ACM. In deze concentratiemelding heeft zij namelijk aangegeven dat binnen de Bencis-groep de beherend vennoten uitsluitende zeggenschap hebben over de investeringsfondsen die zij beheren.¹²⁶
155. BBOF II GP had met andere woorden gedurende de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 indirect uitsluitende zeggenschap over BMI via de investeringsfondsen. Daarnaast was BBOF II GP in de statuten van BMI benoemd tot statutair directeur, zodat het dagelijks handelen van deze maatschappij ook direct onder haar invloed kwam.
156. Gelet op de hiervoor beschreven banden is ACM van oordeel dat BBOF II GP zowel indirect, via BBOF II A en BBOF II B, als direct in haar rol als statutair directeur beslissende invloed heeft uitgeoefend op BMI en dat zij derhalve in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 deel uitmaakten van dezelfde economische eenheid als waartoe BMI en de Meneba-rechtspersonen behoorden. Gelet hierop kan de overtreding door Meneba dientengevolge toegerekend worden aan BBOF II GP.

¹²⁵ Europese Commissie, "Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen" van 16 april 2008, PB 2008, C 95/01, punt 15.

¹²⁶ 6306_20/39. In deze concentratiemelding, ingediend namens Bencis, wordt de structuur van Bencis Buyout Fund III uiteengezet. Bencis Buyout Fund III bestaat uit twee commanditaire vennootschappen met zowel een beherend vennoot (in beide gevallen BBOF III General Partner B.V.) als een commanditaire vennoot via welke investeerders participeren in Bencis Buyout Fund III. Volgens de melding beschikt geen van de investeerders over (gezamenlijke) zeggenschap in Bencis Buyout Fund III. Ten aanzien van Bencis Buyout Fund II (Bencis Buyout Fund II A C.V. en Bencis Buyout Fund II B C.V.) geeft Bencis aan dat de structuur overeenkomt met de uiteengezette structuur van Bencis Buyout Fund III. Bencis heeft tevens op 24 december 2007, in antwoorden op formele vragen van ACM in het kader van de behandeling van deze concentratiemelding, aangegeven dat Bencis Buyout Fund II (via haar aandeelhouderschap in Bencis Meneba Investment B.V.) zeggenschap in de zin van artikel 27, eerste lid, Mw uitoefende op Meneba (zie 6306_20/39: antwoorden op formele vragen in zaak 6261/Bencis Buyout Fund - Van Dijk Food). Gezien de invulling van het begrip zeggenschap in het concentratietoezicht toont dit aan dat Bencis van mening is dat zij gezien de feitelijke en juridische omstandigheden de mogelijkheid had beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van Meneba.

5.4 Toepassing op BCP en BBOF II GP

157. BCP is de hoogste rechtspersoon binnen de Bencis-groep en is tevens statutair directeur van BBOF II GP, waarvan zij 100% van de aandelen houdt. Gelet op het hiervoor weergegeven juridisch kader geldt in dit geval het weerlegbare vermoeden dat BCP metterdaad beslissende invloed uitoefent op BBOF II GP en dat deze vennootschappen derhalve deel uitmaken van één economische eenheid. Dit vermoeden is in de zienswijze door Bencis niet weersproken. Integendeel, Bencis heeft bevestigd dat deze twee vennootschappen kunnen worden gezien als “onderdelen van een economische eenheid”.¹²⁷

158. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat BCP onderdeel uitmaakt van de economische eenheid waartoe ook BBOF II GP behoort en zo indirect, via BBOF II GP, de investeringsfondsen en BMI, beslissende invloed heeft uitgeoefend op Meneba Holding B.V. en haar dochtermaatschappijen. Gelet hierop kan de inbreukmakende gedraging dientengevolge toegerekend worden aan BCP.

5.5 Tussenconclusie

159. Uit het voorgaande volgt dat de in het Aanvullend Rapport geaddresseerde rechtspersonen BMI, BBOF II GP en BCP in ieder geval in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 daadwerkelijk beslissende invloed hebben uitgeoefend op Meneba Holding B.V. en haar dochtermaatschappijen. Deze vennootschappen maken derhalve deel uit van dezelfde economische eenheid als de Meneba-vennootschappen. De inbreukmakende gedraging, zoals vastgesteld in het Sanctiebesluit van 16 december 2010, kan derhalve aan BMI, BBOF II GP en BCP worden toegerekend, zodat aan deze rechtspersonen een boete kan worden opgelegd.

5.6 Beoordeling formele punten zienswijze Bencis

160. In haar zienswijze in reactie op het Aanvullend Rapport heeft Bencis diverse formele punten aangevoerd die onder meer betrekking hebben op de bevoegdheid van ACM om tot toerekening over te gaan en dat het om verschillende redenen, naar aanleiding van bezwaren van derden, alsnog vervolgen van Bencis kennelijk onrechtmatig is.

¹²⁷ Randnummer 188 van de zienswijze.

5.6.1 Strijd met fundamentele rechtsbeginselen

Zienswijze Bencis

161. Bencis stelt zich op het standpunt dat toerekening in strijd is met de fundamentele rechtsbeginselen “geen straf zonder schuld” en van persoonlijke beboeting. Deze beginselen komen volgens Bencis tot uitdrukking in artikel 5:41 Awb (nieuw). Toerekening betekent dan ook beboeting voor een gedraging waarvoor haar geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, zo stelt Bencis.

Beoordeling ACM

162. Zoals Bencis zelf ook al in haar zienswijze heeft aangegeven¹²⁸, wordt in geval van overtreding van de mededingingsregels de onderneming beboet die de inbreuk heeft begaan. In het geval dat de onderneming uit meerdere rechtspersonen bestaat, worden zij ieder voor zich voor de overtreding verantwoordelijk gehouden. In een dergelijk geval is de aansprakelijkheid van een moedermaatschappij, die beslissende invloed uitoefende op het gedrag van de overtredende dochteronderneming, persoonlijk en niet indirect, afgeleid of ondergeschikt aan de aansprakelijkheid van die dochter.¹²⁹
163. Van schending van het beginsel neergelegd in artikel 5:41 Awb is in geval van toerekening dan ook geen sprake. De aansprakelijkheid van de moeder is gebaseerd op het feit dat zij (direct dan wel indirect) beslissende invloed uitoefende op de dochterrechtspersoon die de overtreding daadwerkelijk heeft begaan. De toerekening is het gevolg van de eigen aansprakelijkheid van de betrokken rechtspersonen voor de inbreuk.¹³⁰

5.6.2 Toerekening aan investeringsmaatschappijen

Zienswijze Bencis

164. Bencis stelt in haar zienswijze dat de typische situatie waarin kan worden toegerekend, namelijk in geval van centraal aangestuurd concern, niet te vergelijken valt met de private equity structuur van een investeringsmaatschappij. Een investeringsmaatschappij beheert een aantal investeringsfondsen, die op hun beurt deelnemingen verwerven in zogeheten ‘portfolio-ondernemingen’. Deze portfolio-ondernemingen zijn volgens Bencis heterogene

¹²⁸ Randnummer 166 van de zienswijze.

¹²⁹ Zie het arrest van Hof van Justitie in zaak C-97/08, reeds aangehaald, punt 77.

¹³⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 26 november 2013 in zaak C-50/12, Kendrion N.V./Commissie, ECLI:EU:C:2013:771, punt 70.

Besluit Openbaar

50/63

en op zichzelf staande ondernemingen, die niet te vergelijken zijn met dochtermaatschappijen in de normale concernverhoudingen.

165. Het primaire belang van een investeringsmaatschappij is om een waardevermeerdering op korte of middellange termijn bij de portfolio-ondernemingen te realiseren, zodat zij na een aantal jaren weer met winst kunnen worden verkocht. Volgens Bencis kan dit niet op één lijn worden gesteld met de typische concernverhoudingen die gelden in de relatie tussen moeder- en dochtermaatschappijen, waarbij deze dochters zijn onderworpen aan een centrale leiding en hun strategieën door de moeder worden bepaald. Bencis en de portfolio-ondernemingen opereren niet als eenheid op de markt, noch worden zij aangestuurd als waren de fondsen één concern.

166. Bencis concludeert op basis van het voorgaande dat ten onrechte in het Aanvullend Rapport is aangenomen dat sprake was van een economische eenheid waar Bencis en Meneba deel van uitmaken. Het bestaan van een economische eenheid is bovendien slechts in geringe mate onderzocht. De kartelinbreuk door Meneba kan volgens Bencis dan ook niet aan haar worden toegerekend.

167. Tijdens de hoorzitting heeft Bencis haar standpunten nader toegelicht. Zij heeft daar onder andere gesteld dat onderscheid kan worden gemaakt tussen (uitsluitende) zeggenschap in de zin van concentratiecontrole en beslissende invloed in de zin van de toerekeningsleer.¹³¹ In haar zienswijze benadrukt Bencis dat zeggenschap in de portfolio-ondernemingen noodzakelijk is voor een investeringsmaatschappij. Het zeggenschaps criterium van het concentratietoezicht kent volgens haar echter een lagere drempel dan het criterium voor beslissende invloed van de toerekeningsleer. Zodoende is volgens Bencis geen sprake van beslissende invloed op de portfolio-ondernemingen, maar slechts van zeggenschap.

Beoordeling ACM

168. Het onderscheid dat Bencis in haar zienswijze maakt tussen 'gewone concernsstructuren' en 'private equity structuren' heeft volgens ACM geen gevolgen voor de toerekening. Bepalend is of gesproken kan worden over één economische eenheid tussen moeder- en dochtermaatschappij, ongeacht de wijze waarop de betrokken rechtspersonen zijn vormgegeven. Daarbij is slechts van belang of zij – gelet op alle economische, juridische en organisatorische banden tussen hen – één onderneming vormen in de zin van het mededingingsrecht, zoals ook uiteen is gezet in paragraaf 5.1 van dit besluit.

¹³¹ 6306_20/128.

Besluit Openbaar

169. Hetgeen Bencis heeft aangedragen over de werking van een investeringsmaatschappij, namelijk dat zij zich vooral richten op het realiseren van waardevermeerderingen op de korte of middellange termijn, is niet voldoende om de mogelijkheid van beslissende invloed uit te sluiten. Dit is bevestigd in het arrest Kendrion van het Gerecht.¹³²
170. Het Gerecht oordeelt in dit arrest dat de doelstelling van investeringsmaatschappijen om snel winst te realiseren nog niet betekent dat zij geen economische eenheid met hun portfolio-ondernemingen kunnen vormen. Het enkele feit dat investeringsmaatschappijen niet gezamenlijk en langdurig met hun portfolio-ondernemingen een bepaald economisch doel nastreven, maakt dan ook geen verschil bij de vaststelling van het bestaan van beslissende invloed. Gelet op het voorgaande volgt ACM Bencis dan ook niet in haar standpunt dat het toerekeningsleerstuk niet van toepassing is op investeringsmaatschappijen wegens het ontbreken van een 'typische' concernstructuur.
171. Met betrekking tot het onderscheid dat Bencis maakt tussen zeggenschap in de zin van concentratiecontrole en beslissende invloed bij toerekening, overweegt ACM dat voor de beantwoording van de vraag of een overtreding van de Mededingingswet door een dochtermaatschappij kan worden toegerekend aan haar moeder alle organisatorische, economische en juridische banden tussen de betrokken rechtspersonen van belang zijn. Zoals hiervoor aangetoond, is toerekening van de overtreding door Meneba aan BCP, BBOF II GP en BMI op basis van deze banden mogelijk. De stelling van Bencis dat slechts sprake is van zeggenschap volgt ACM niet en is overigens ook geen criterium dat een rol speelt bij de vraag of de overtreding door Meneba aan Bencis kan worden toegerekend.

5.7 Beoordeling materiële punten zienswijze Bencis

5.7.1 Mogelijkheid beslissende invloed niet daadwerkelijk uitgeoefend

Zienswijze Bencis

172. Bencis heeft aangevoerd dat, indien geoordeeld zou worden dat zij de mogelijkheid had om beslissende invloed op Meneba uit te oefenen, zij niet daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid. DM baseert haar conclusie, zo stelt Bencis, op de benoeming van personen op belangrijke functies en de rol van Bencis binnen de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V.

¹³² Arrest van het Gerecht van 16 november 2011 in zaak T-54/06, Kendrion N.V./Europese Commissie, ECLI:EU:T:2011:667, punt 35 en 65. Bij het Hof van Justitie is deze kwestie niet aan de orde geweest.

Besluit Openbaar

173. Bencis voert ter ondersteuning van haar stelling in de eerste plaats aan dat de enkele wisseling van directieleden vlak na de overname van de aandelen niet kan leiden tot de conclusie dat van daadwerkelijk beslissende invloed sprake is, mede omdat deze personen op geen enkele wijze waren verbonden aan Bencis.

Beoordeling ACM

174. Bij de beoordeling van deze onderdelen van haar zienswijze moet voorop worden gesteld dat, zoals reeds in paragraaf 5.1 uiteen is gezet, het bestaan van een economische eenheid tussen moedermaatschappij en dochtermaatschappij wordt gebaseerd op het geheel van alle economische, organisatorische en juridische banden tussen hen. Hierbij is van belang dat geen van deze banden op zichzelf beslissende invloed moet kunnen aantonen, zolang dit maar uit het geheel daarvan volgt. Niet vereist is echter dat de moedermaatschappij in de praktijk gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid beslissende invloed uit te oefenen, zolang maar op basis van al deze banden gesteld kan worden dat zij één onderneming met haar dochtermaatschappij vormt.
175. Het feit dat BMI de bevoegdheid had om nieuwe bestuursleden te benoemen vormt een voorbeeld van een band tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij die beslissende invloed kan aantonen. De wijze waarop zij invulling geeft aan deze bevoegdheid, met andere woorden welke personen zij daadwerkelijk op de bedoelde functies benoemt, is voor het bestaan van deze band niet van belang.¹³³ Met andere woorden: de ‘enkele benoeming’ van nieuwe directieleden, weliswaar niet verbonden aan de moedermaatschappij, kan dus wél een aanwijzing vormen voor het bestaan van een economische eenheid.
176. Overigens gaat Bencis er in haar zienswijze aan voorbij dat ook bij de benoeming van twee van de vier leden van de Raad van Commissarissen sprake is van benoeming van personen op belangrijke functies. Deze bevoegdheid vormt daarom tevens, wederom los van de invulling die daaraan is gegeven, een voorbeeld van de economische, organisatorische en juridische banden die BMI met Meneba Holding B.V. hebben verenigd en waarop ACM het bestaan van beslissende invloed baseert.

5.7.2 Geen invloedrijke positie RvC

¹³³ Zo ook het arrest van het Gerecht van 13 december 2013 in zaak T-399/09, HSE/Commissie, ECLI:EU:T:2013:647, punt 83 en 86.

Besluit Openbaar

53/63

Standpunt Bencis

177. Ter onderbouwing van haar stelling dat geen sprake is geweest van het daadwerkelijk uitoefenen van beslissende invloed heeft Bencis tevens aangevoerd dat de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. niet de belangrijke rol had die zij volgens het Aanvullend Rapport zou hebben gehad. Dit onderdeel van haar zienswijze bevat verschillende elementen, die hierna kort zullen worden samengevat.
178. Met betrekking tot de benoeming van de leden van de Raad van Commissarissen stelt Bencis dat zij niet de hoeveelheid leden kon bepalen, dat zij slechts voordrachtsrechten en geen benoemingsrechten had en dat zij slechts een beslissende stem had in dit orgaan indien de tweede door haar benoemde persoon eveneens uit eigen gelederen afkomstig was. Tevens voert zij aan dat de beslissende stem van de voorzitter van de Raad van Commissarissen niet relevant voor de beoordeling is, aangezien er zich in de praktijk geen situatie heeft voorgedaan waarin de voorzitter deze heeft gebruikt.

Beoordeling ACM

179. De zienswijze van Bencis met betrekking tot de benoeming van de leden van de Raad van Commissarissen houdt geen stand. Zoals hiervoor in paragraaf 2.1.1 uiteen is gezet, was de aandeelhoudersvergadering van Meneba Holding B.V. bevoegd te bepalen uit hoeveel leden de Raad van Commissarissen zou bestaan. De schrijfwijze in de statuten doet aan deze bevoegdheid niet af. Eveneens is al in paragraaf 5.2.2 uiteen gezet dat de voordrachtsrechten van Bencis door de nadere afspraken met de andere aandeelhouder feitelijk benoemingsrechten waren, en dat het dus niet noodzakelijk was dat de tweede door haar benoemde commissaris uit eigen gelederen afkomstig was om een zwaarwegende invloed in de Raad van Commissarissen te verkrijgen. Ten slotte herhaalt ACM dat het in de praktijk gebruik maken van een mogelijkheid beslissende invloed uit te oefenen niet noodzakelijk is voor het vaststellen van een economische eenheid. Het enkele feit dat de voorzitter van de Raad van Commissarissen bij patstellingen de doorslaggevende stem had, is daarmee voldoende om een economische eenheid aan te tonen; het is niet nodig dat hij in de praktijk gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid.

5.7.3 Geen bepalende rol marktgedrag Meneba

Standpunt Bencis

180. Bencis onderbouwt haar stelling verder door aan te voeren dat uit de in het Aanvullend Rapport aangehaalde passages niet zou blijken dat de voorzitter van de Raad van Commissarissen direct en intensief betrokken was bij strategische overnames, operationele vraagstukken over productiecapaciteit of de bepaling van de commerciële strategie van

Besluit Openbaar

54/63

Meneba Holding B.V. Zelfs indien wel sprake zou zijn geweest van een directe betrokkenheid bij strategische overnames dan betekent dit nog niet dat sprake was van de uitoefening van beslissende invloed. Een dergelijke betrokkenheid moet geheel in het licht worden gezien van het belang dat zij had als investeerder in Meneba.

Beoordeling ACM

181. Zoals ook hiervoor in paragraaf 5.2 uitvoerig uiteen is gezet, is ACM van mening dat BMI via de aandeelhoudersvergadering, de Raad van Commissarissen en haar bevoegdheden als prioriteitsaandeelhouder de besluitvorming binnen Meneba Holding B.V. en haar dochtermaatschappijen op allerlei vlakken verregaand heeft kunnen beïnvloeden. Deze vaststelling is onder meer geïllustreerd door middel van passages uit notulen. ACM is van oordeel dat met de aangehaalde passages uit notulen overtuigend wordt aangetoond dat de onderwerpen waarbij [A] betrokken was daadwerkelijk betrekking hadden op belangrijke handelingen van de Meneba-rechtspersonen. Het standpunt van Bencis is hiermee voldoende weerlegd.

5.8 Conclusie ten aanzien van toerekening

182. Uit hetgeen in dit hoofdstuk is behandeld, blijkt dat de BCP, BBOF II GP en BMI in ieder geval in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 beslissende invloed hebben uitgeoefend op Meneba Holding B.V. en haar dochtermaatschappijen. In deze periode vormden zij één economische eenheid en maakten zij derhalve deel uit van één onderneming in de zin van het mededingingsrecht. De overtreding van Meneba kan uit dien hoofde mede worden toegerekend aan BCP, BBOF II GP en BMI, zodat aan deze rechtspersonen een boete kan worden opgelegd.
183. Met betrekking tot de rechtspersoon BMI merkt ACM op dat zij thans is opgehouden te bestaan.¹³⁴ Dit betekent dat geen toerekening aan en beboeting van BMI kan volgen. De rechtspersonen BCP en BBOF II GP bestaan ten tijde van het nemen van dit besluit nog steeds en maken nog steeds deel uit van dezelfde economische eenheid.
184. In het onderstaande gaat ACM in op de beboeting van BCP en BBOF II GP. Alvorens hierop in te gaan, behandelt ACM de zienswijzen van Bencis betreffende de bevoegdheid van ACM om boetes op te leggen.

¹³⁴ 6306_20/191.

6 Sanctie

6.1 Juridisch kader

185. Ingevolge artikel 56, aanhef en onder a, Mw alsmede ingevolge artikel 88 en 89 Mw kan ACM bij de vaststelling van een overtreding van artikel 6 Mw, respectievelijk een overtreding van artikel 101, eerste lid, VwEU, een boete opleggen. Volgens artikel 57, tweede lid (oud) Mw moet bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening gehouden worden met de ernst en de duur van de overtreding. Artikel 57 Mw bepaalt voorts aan welk wettelijk boetemaximum ACM is gehouden. Op grond van artikel 56, derde lid (oud) Mw wordt geen boete opgelegd indien de rechtspersoon aan wie de boete wordt toegerekend aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.
186. In de periode waarin in deze zaak artikel 6, eerste lid, Mw werd geschonden, was de sinds 1 juli 2007 vastgestelde 'Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit' (hierna: de Boetecode) van toepassing.¹³⁵
187. Op grond van de Boetecode wordt de boete vastgesteld volgens een formule waarin de boetegrondslag wordt vermenigvuldigd met de ernstfactor van de overtreding. Tevens wordt bij het bepalen van het bedrag van de boete rekening gehouden met eventuele boeteverhogende en -verlagende omstandigheden.

6.2 Beoordeling zienswijze Bencis omtrent bevoegdheid ACM tot beboeting

6.2.1 Rechtsgrondslag voor beboeting

Zienswijze Bencis

188. Bencis betoogt primair dat ACM niet beschikt over een rechtsgrondslag om de betrokken overtreding te beboeten omdat de Mededingingswet, zoals die luidde vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, die bevoegdheid voorbehoudt aan de raad van bestuur van de NMa. De Raad van Bestuur van de NMa is echter per 1 april 2013 op grond van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt

¹³⁵ NMa Boetecode 2007, naderhand nog gewijzigd bij besluit van 9 oktober 2007 in verband met de Wet van 28 juni 2007, houdende wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet, Stb. 2007, 284 (Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123; Stcrt. 10 oktober 2007, nr. 196).

Besluit Openbaar

(hierna ook: Instellingswet)¹³⁶ opgehouden te bestaan, zonder dat daarbij is bepaald dat ACM onder algemene titel in al zijn rechten en plichten treedt. Subsidiair betoogt Bencis dat ACM een rapport moet uitbrengen alvorens zij een boete kan opleggen, omdat de Instellingswet er niet in voorziet dat rapporten van de NMa in de plaats kunnen treden van rapporten van ACM. Nu dit rapport van ACM ontbreekt, is ACM niet bevoegd om tot beboeting over te gaan.

Beoordeling ACM

189. Het betoog van Bencis faalt.

190. Anders dan Bencis meent, is ACM ten volle de opvolger van de NMa: met de inwerkingtreding van de Instellingswet zijn de wettelijke taken en bevoegdheden van de NMa overgegaan naar ACM.¹³⁷ De bevoegdheid die aan Raad van Bestuur van de NMa toekwam op grond van artikel 56, lid 1, Mw zoals deze luidde vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht¹³⁸, komt derhalve aan ACM toe.

191. Het voorgaande betekent ook dat ACM, als opvolger van de NMa, belast is met de verdere afhandeling van het rapport zoals dat op 19 december 2012 in opdracht van de Raad van Bestuur van de NMa aan Bencis is uitgebracht.

¹³⁶ Stb. 2013, nr. 102.

¹³⁷ Zie de MvT bij de Instellingswet (TK, 2011/12, 33 186, nr. 3, p. 12: "Dit wetsvoorstel regelt de instelling van de ACM. De NMa, OPTA en CA houden daarmee op te bestaan. De wettelijke taken die de NMa, OPTA en CA uitvoeren gaan over naar de ACM. Dat betekent dat de bepalingen ten aanzien van de instelling van de NMa, OPTA en CA in respectievelijk de Mededingingswet, de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (...) en de Wet handhaving consumentenbescherming, vervallen. Voorts zullen de verwijzingen naar de NMa, OPTA en CA in deze wetten en andere wetten en lagere regelgeving waarin deze toezichthouders worden genoemd, worden vervangen door verwijzingen naar de ACM"; p. 12; "Het onderhavige wetsvoorstel laat in beginsel de wettelijke taken, bevoegdheden en procedures onveranderd"; p. 13: "De ACM voert vanaf haar oprichting de taken uit die de drie toezichthouders voorheen uitvoerden"; p. 13: "(...) uitgangspunt (van dit) wetsvoorstel (is dat het) de wettelijke taken en bevoegdheden onveranderd laat"; p. 14: "De instelling van de ACM verandert in beginsel niets aan de wettelijke taken en bevoegdheden binnen het markttoezicht"; p. 15: "Voor de taken en bevoegdheden van de ACM verwijst het tweede lid (van artikel 2 van de Instellingswet) naar de taken en bevoegdheden zoals die aan de ACM zijn opgedragen in andere wetten").

¹³⁸ Artikel 56, lid 1, Mw luidde destijds: "Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, kan de raad de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend:

a. een boete opleggen [...]."

Besluit Openbaar

6.2.2 Verval van sanctiebevoegdheid

Zienswijze Bencis

192. Volgens Bencis is op grond van artikel 64, lid 1, Mw (oud) de bevoegdheid tot het opleggen van een boete verjaard.
193. Meneba heeft volgens het Sanctiebesluit, zoals bevestigd in bezwaar, tot en met 16 maart 2007 deelgenomen aan de één enkele inbreuk. Behoudens stuiting is de vervalltermijn met betrekking tot deze inbreuk derhalve verlopen op 16 maart 2012.
194. Van stuiting door het bedrijfsbezoek van 15 april 2008 bij Meneba, zoals het Aanvullend Rapport stelt in punt 204, is geen sprake, aldus Bencis. Dat bedrijfsbezoek strekte ter verrichting van een onderzoek naar mogelijke overtreding door onder meer Meneba. Bencis was als zodanig geen onderwerp van dat onderzoek en aldus geen onderneming die aan de overtreding heeft deelgenomen in de zin van artikel 64, derde lid, Mw (oud).
195. Pas op 21 maart 2012 heeft NMa aan Bencis te kennen gegeven nader onderzoek te doen naar de toerekening van de gedragingen van Meneba aan Bencis. Deze mededeling heeft de verjaringstermijn niet kunnen stuiten, nu de periode tussen 16 maart 2007 – de datum waarop de vermeende overtreding werd beëindigd – en 21 maart 2012 – de datum van genoemde mededeling van NMa aan Bencis – meer dan vijf jaar bedraagt.

Beoordeling ACM

196. Anders dan Bencis stelt, is de verjaringstermijn wel gestuit door het bedrijfsbezoek van 15 april 2008 bij Meneba. Het betoog van Bencis dat de verjaring ten aanzien van haar niet kan zijn gestuit omdat zij niet een “onderneming is die aan de inbreuk heeft deelgenomen” in de zin van artikel 64, lid 3, Mw (oud), en dat zij niet als zodanig is aangemerkt tijdens genoemd bedrijfsbezoek, faalt.
197. Onder “onderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen” in de zin van artikel 64, lid 3, Mw (oud) moet blijken Europese jurisprudentie waar de wetgever uitdrukkelijk bij is aangesloten¹³⁹, worden verstaan elke onderneming die als zodanig is aangewezen in een

¹³⁹ Zie de MvT bij de wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie (TK 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 25-26): “Om redenen die verband houden met EG-verordening 1/2003 wordt echter aangesloten bij de regeling voor de stuiting van de verjaringstermijn voor de Europese Commissie in artikel 25 van die verordening. De redenen voor aansluiting bij de regeling van stuiting in de verordening zijn als volgt. De NMa heeft op grond van de artikelen 3 en 5

Besluit Openbaar

beschikking waarin een inbreuk wordt bestraft.¹⁴⁰ In dat opzicht is de omstandigheid dat een onderneming in het rapport of, meer in het algemeen, tijdens de administratieve procedure in het kader waarvan de stuitingshandeling heeft plaatsgevonden niet is aangewezen als een onderneming die "heeft deelgenomen aan de inbreuk", niet relevant indien die onderneming later als zodanig wordt aangewezen.¹⁴¹ Dat is in casu het geval. Uit dit besluit volgt dat het inbreukmakend gedrag van de Meneba-rechtspersonen aan BCP, BBOF II GP en BMI kan worden toegerekend en dat zij moeten worden geacht deze inbreuk zelf te hebben begaan.

198. Daarnaast blijkt uit de bewoordingen van artikel 64, tweede lid, Mw (oud) in samenhang met artikel 24, vierde lid, van de EG Verordening 1/2003¹⁴² waarbij blijkens de Memorie van Toelichting bij artikel 64 Mw wordt aangesloten, dat een onderzoekshandeling waarvan tenminste één bij de overtreding betrokken onderneming schriftelijk in kennis wordt gesteld (tevens) de verjaring stuit ten aanzien van alle ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen. Hieronder valt ook Bencis in haar hoedanigheid van (voormalig) moedermaatschappij met beslissende invloed.¹⁴³
199. ACM concludeert dat het bedrijfsbezoek van 15 april 2008 de verjaring ten aanzien van Bencis heeft gestuit. Nadien is de verjaring overigens opnieuw gestuit, met name door het Aanvullend Rapport van 19 december 2012 in onderhavige zaak.

van EG-verordening 1/2003 de bevoegdheid en de plicht om in individuele gevallen de artikelen 81 en 82 EG zelf toe te passen. Bij verjaring kan deze bevoegdheid ten aanzien van een individuele overtreding niet meer worden uitgeoefend. Afwijking van het regime van stuiting van verjaring dat geldt voor de Europese Commissie, in die zin dat verjaring op grond van de Mededingingswet eerder zou intreden, is onwenselijk. De mogelijkheid tot uitoefening van de bevoegdheid tot decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels door de NMa, zou dan in vergelijking met de mogelijkheden van de Europese Commissie tekortschieten. Dat zou afbreuk doen aan het nuttig effect van het systeem van decentrale toepassing. Bovendien kunnen zich dan gevallen voordoen waarbij de Europese Commissie bevoegd is tot optreden, terwijl de NMa door verjaring op grond van de Mededingingswet niet meer bevoegd zou zijn om op te treden. [...]."

¹⁴⁰ Zie in die zin het arrest van het Gerecht van 1 juli 2008 in zaak T-276/04, Compagnie maritime belge/Commissie, ECLI:EU:T:2008:237, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsmede het arrest van het Gerecht van 31 maart 2009 in zaak T-405/06, ArcelorMittal, ECLI:EU:T:2009:90, punt 143.

¹⁴¹ Zie in die zin het arrest van het Gerecht in zaak T-276/04, Compagnie maritime belge/Commissie, reeds aangehaald, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsmede het arrest van het Gerecht in zaak T-405/06, ArcelorMittal, reeds aangehaald, punt 143 en verder.

¹⁴² Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB L 1/1 [2003].

¹⁴³ Vgl. het arrest van het Gerecht in zaak T-405/06, ArcelorMittal, reeds aangehaald, punt 146.

6.3 Toepassing op BBOF II GP en BCP

200. Zoals vastgesteld in hoofdstuk 5 van dit besluit, rekent ACM de overtreding van Meneba toe aan BCP en BBOF II GP uit hoofde van hun beslissende invloed in de periode van 26 november 2004 tot en met 16 maart 2007 en het daaruit voortvloeiende gegeven dat zij in die periode tezamen met Meneba één economische eenheid vormden. Meneba, BCP en BBOF II GP hebben uit dien hoofde artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU overtreden, waarvoor aan hen een boete kan worden opgelegd. ACM stelt vast dat Meneba reeds voor haar deelname aan de inbreuk in de periode van 12 september 2001 tot en met 16 maart 2007 is beboet in het Sanctiebesluit.

201. ACM dient thans te bepalen welke boete aan BCP en BBOF II GP dient te worden opgelegd.

202. ACM neemt als uitgangspunt voor de boetetoemeting aan BBOF II GP en BCP de boete van EUR 232.772.100, zoals blijktens het Sanctiebesluit voor de boetetoemeting aan de Meneba-vennootschappen is opgelegd.¹⁴⁴ ACM is in drie stappen tot deze boete gekomen.

Stap 1: bepalen boetegrondslag¹⁴⁵

203. Ten eerste heeft ACM de boetegrondslag voor Meneba vastgesteld. ACM heeft zich daarbij gebaseerd op randnummer 22 van de Boetecode, dat bepaalt dat de boetegrondslag wordt berekend door 10% van de betrokken omzet te nemen. Voor Meneba heeft ACM de betrokken omzet vastgesteld op een bedrag van EUR 564.296.000. Dit bedrag betreft de waarde van alle transacties die door Meneba zijn verricht op het gebied van de verkoop van meel in Nederland in de periode van 12 september 2001 tot en met 16 maart 2007. Uitgaande van 10% van de betrokken omzet resulteerde dit voor Meneba in een boetegrondslag van EUR 56.429.600.

Stap 2: ernst van de overtreding¹⁴⁶

204. ACM heeft de boetegrondslag vervolgens vermenigvuldigd met een ernstfactor van 2,75.

¹⁴⁴ Randnummer 509 van het Sanctiebesluit van 16 december 2010. De boeteberekening zal kort worden samengevat, voor de volledige boeteberekening wordt verwezen naar het Sanctiebesluit, hoofdstuk 5.

¹⁴⁵ Paragraaf 5.2 van het Sanctiebesluit.

¹⁴⁶ Paragraaf 5.3 van het Sanctiebesluit.

Besluit Openbaar

60/63

205. De ernst van een overtreding wordt bepaald door de zwaarte van de overtreding te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden. In dit verband komt, afhankelijk van het geval, onder andere betekenis toe aan de aard van de betrokken producten of diensten, de omvang van de markt, de grootte van de betrokken onderneming(en) alsmede het gezamenlijke marktaandeel, de structuur van de markt en aan de geldende regelgeving. ACM kent tevens gewicht toe aan de (potentiële) schade die als gevolg van de overtreding wordt toegebracht aan concurrenten, afnemers en consumenten (randnummer 31 van de Boetecode).
206. ACM heeft de één enkele inbreuk die tot doel had de markt voor meel te stabiliseren aangemerkt als een verstrekkende horizontale beperking en daarmee als een “zeer zware overtreding” in de zin van randnummer 28 van de Boetecode. ACM heeft er hierbij op gewezen dat de deelnemende ondernemingen, door overeen te komen de markt te stabiliseren, onzekerheden over hun voorgenomen marktgedrag op het gebied van de verkoop van meel hebben weggenomen. Door af te spreken elkaars klanten niet te benaderen, beoogden de meelfabrikanten sterke wisselingen in de bezettingsgraad bij zichzelf en bij concurrenten te voorkomen. Gelet op het voorgaande en mede gelet op het feit dat voor het niet-aanvalspect in het bijzonder geldt dat deze beoogde dezelfde mededingingsbeperkende effecten teweeg te brengen als een ‘traditionele’ marktverdelingsafspraken, heeft ACM geoordeeld dat de afspraak gekwalificeerd dient te worden als een zeer zware overtreding.
207. Teneinde de ernstfactor te bepalen heeft ACM tevens de economische context in aanmerking genomen. Allereerst heeft ACM van belang geacht dat de betrokken ondernemingen de grootste producenten en leveranciers van meel in Nederland zijn: de betrokken ondernemingen leveren deze producten aan ongeveer 70% van de afnemers van meel in Nederland (gemeten naar tonnage).¹⁴⁷ Voorts is van belang dat de ondernemingen elkaars naaste concurrenten zijn op een markt die, gelet op de aard van het (de) onderhavige product(en), van wezenlijk belang is voor de Nederlandse samenleving. Ten slotte heeft ACM meegewogen dat de enkele inbreuk bestond uit een niet-aanvalspect en diverse andere verboden gedragingen die elkaar versterkten, waaronder de uitkoop van Ranks, de koop en ontmanteling van de UNO-fabriek, alsmede de financiering van de aankoop van de handelsactiviteiten van Van Ooijen.
208. Het voorgaande resulteerde in een basisboete voor Meneba van $2,75 \times \text{EUR } 56.429.600 = \text{EUR } 155.181.400$.

¹⁴⁷ Randnummer 465 van het Sanctiebesluit.

Besluit Openbaar

61/63

Stap 3: Boeteverhogende omstandigheden¹⁴⁸

209. ACM heeft vervolgens aanleiding gezien de basisboete van Meneba te verhogen met 50% vanwege haar leidinggevende rol in het kader van de één enkele inbreuk.
210. ACM heeft deze leidinggevende rol van Meneba in de één enkele inbreuk afgeleid uit het feit dat zij een spilfunctie vervulde bij de onderlinge contacten tussen de bij deze afspraak betrokken ondernemingen.¹⁴⁹ ACM heeft deze rol van Meneba (veel) omvangrijker geacht dan die van de overige betrokken ondernemingen.
211. Gelet op het voorgaande is de boete voor de inbreuk van Meneba vastgesteld op een bedrag van EUR 232.772.100.

Aanpassing aan de periode van beslissende invloed door BBOF II GP en BCP

212. Zoals opgemerkt in randnummer 200 van dit besluit is de boete zoals deze voor de inbreuk Meneba is vastgesteld, gerelateerd aan de periode van 12 september 2001 tot en met 16 maart 2007 (2010 dagen). Aangezien de beslissende invloed van partijen op Meneba een gedeelte van deze periode betreft (840 dagen), dient het boetebedrag voor partijen te worden aangepast naar rato van deze periode van beslissende invloed.
213. Dit leidt tot een boete van EUR 97.277.893 voor BBOF II GP en BCP.¹⁵⁰

6.4 Wettelijk maximum

214. Op grond van randnummer 51 van de Boetecode stelt ACM de boete vast met inachtneming van het wettelijk boetemaximum. Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw, zoals dat ook gold ten tijde van het Sanctiebesluit van 16 december 2010, bedraagt de boete voor een overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw dan wel artikel 101, eerste lid, VwEU ten hoogste EUR 450.000 of, indien dit meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.
215. Het gaat hierbij om de omzet van de onderneming, de economische eenheid, in de zin van de mededingingsregels.¹⁵¹ ACM stelt vast dat deze economische eenheid zoals deze ten

¹⁴⁸ Paragraaf 5.4.1 van het Sanctiebesluit.

¹⁴⁹ Randnummer 487 van het Sanctiebesluit.

¹⁵⁰ EUR 232.772.100 x [840/2010].

Besluit Openbaar

tijde van de overtreding tussen partijen en Meneba bestond, op het moment van de vaststelling van dit besluit niet meer bestaat. De duur van de beslissende invloed van partijen eindigde namelijk op 15 juli 2011.¹⁵² De banden tussen BBOF II GP en BCP zijn niet verbroken; tussen deze partijen bestaat nog steeds een economische eenheid. Het voorgaande betekent dat voor BBOF II GP en BCP tezamen één boetemaximum van toepassing is.¹⁵³

216. Bij brief van 21 augustus 2014 hebben BBOF II GP en BCP gegevens omtrent hun totale omzet in het boekjaar 2013 verstrekt.¹⁵⁴ Na een beoordeling van deze gegevens heeft ACM geconcludeerd dat oplegging van de hiervoor genoemde boete leidt tot overschrijding van het wettelijk boetemaximum bij BBOF II GP en BCP. Dit resulteert in een (maximum) boetebedrag voor BBOF II GP en BCP van EUR [1.111.111 – 1.666.667].

6.5 Boetevermindering wegens clementie

217. In het Sanctiebesluit heeft ACM Meneba op grond van de Richtsnoeren Clementie een boetevermindering van 10% verleend, gelet op een door Meneba ingediend clementieverzoek.¹⁵⁵

218. Aangezien BBOF II GP en BCP deel uitmaakten van dezelfde economische eenheid als Meneba op het moment dat het clementieverzoek werd ingediend, hebben zij eveneens recht op een boetevermindering van 10%.¹⁵⁶ Gelet hierop bedraagt de boete aldus EUR [1.000.000 – 1.500.000].

6.6 Vaststelling van de hoogte van de boete

219. Gelet op het bepaalde in randnummer 56 van de Boetecode stelt ACM het boetebedrag voor BBOF II GP en BCP vast op EUR [1.000.000 – 1.500.000].

¹⁵¹ Zie Memorie van Toelichting, TK 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 88-89.

¹⁵² Randnummer 31 van de zienswijze.

¹⁵³ Arrest van het Hof van Justitie in zaak C-50/12, Kendrion, reeds aangehaald, punt 57 en het arrest van het Gerecht van 15 juni 2005 in de gevoegde zaken T-71/03 e.a., Tokai Carbon, ECLI:EU:T:2005:220, punt 390.

¹⁵⁴ 6306_20/191.

¹⁵⁵ Randnummer 520 van het Sanctiebesluit.

¹⁵⁶ Arrest van het Hof van 19 juni 2014 in zaak C-243/12, FLS Plast, ECLI:EU:C:2014:2006, punt 85 tot en met 87.

**Besluit
Openbaar**

7 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. legt aan Bencis Capital Partners B.V. en Bencis Buyout Fund II General Partner B.V. een boete op van EUR [1.000.000 – 1.500.000], waarbij beide rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel.

Den Haag, 20 november 2014

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. J.G. Vegter
bestuurslid

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.

63/63