

Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

NMa
Juridische Dienst
T.a.v. De Weledelgestrengste Vrouwe
mr M.T.P.J. van Oers
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

New York, 12 augustus 2011

Geachte mevrouw Van Oers,

Bijgaand onze adviezen in de zaak 6306, Meel.

Gezien de splitsing van de hoorzitting in een gedeelte waarin bezwaarden in elkaars aanwezigheid zijn gehoord, en een besloten gedeelte, zenden wij U bij deze meerdere documenten.

Ten eerste ontvangt U ons algemene advies, waarin de bezwaren zoals toegelicht op de eerste hoorzitting, worden besproken. Ten tweede voegen wij bij zeven individuele adviezen met daarin steeds een bespreking van die bezwaren die door partijen als vertrouwelijk zijn aangemerkt danwel door hen met behulp van vertrouwelijke gegevens zij toegelicht.

Bij de bespreking van de bezwaren hebben wij herhaaldelijk geadviseerd de boete te verlagen; ook hebben wij de Raad in overweging gegeven om, afhankelijk van een nader onderzoek naar de meelmarkt, een generieke verlaging van de boetes door te voeren.

In aanvulling op onze advisering wensen wij nog het volgende mede te delen.

In het kader van de heroverweging door de NMa ten behoeve van de besluiten op bezwaar zouden de boetes die aan bezwaarden worden opgelegd, opnieuw onderling dienen te worden beoordeeld met het oog op mogelijk negatieve effecten van deze boetes voor de concurrentie op de meelmarkt.

Anders gezegd: naar ons oordeel zou de NMa de verhoudingen tussen de onderlinge boetes ook dienen te bekijken in het licht van de bestaande marktposities van bezwaarden, waarbij de beboeting zelf niet concurrentieverstorend zou mogen werken. Een dergelijk verstorend effect zou kunnen optreden in het geval een grote marktpartij een relatief lage boete krijgt, en een kleine marktpartij een relatief hoge boete krijgt, terwijl hun overtredingen weinig van elkaar verschillen.

Voor de goede merken wij op dat bovenstaande toevoeging integraal onderdeel uitmaakt van onze advisering; bezwaarden dienen deze brief derhalve tezamen met het besluit op bezwaar te ontvangen.

Hoogachtend,

Prof. mr J.H. Jans
Voorzitter

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: prof. mr J.H. Jans (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn (plv. secr.), prof. dr J.A.H. Maks en prof. mr F.O.W. Vogelaar.

Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 16 december 2010 in zaaknummer 6306 heeft de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) vastgesteld dat enkele Nederlandse, Belgische en Duitse ondernemingen artikel 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 101, eerste lid, VWEU hebben overtreden door deel te nemen aan één enkele inbreuk die het doel had de Nederlandse markt voor meel te stabiliseren.¹ Voorts heeft de Raad vastgesteld dat enkele van hen artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VWEU hebben overtreden door deelname aan de koop en ontmanteling van een leegstaande meelfabriek, dan wel door het afkopen van een meelproducent. Een andere afstemming is door de Raad uitsluitend als overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw gekenschetst.
2. Daarbij heeft de Raad ten eerste vastgesteld dat (zie rns. 7-21 voor de verklaring van de aanduidingen) Meneba, Grain Millers, Werhahn, Dossche, Ceres, Ranks, Engelke en Flechtorfer artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VWEU hebben overtreden door deel te nemen aan één enkele inbreuk die het doel had de Nederlandse markt voor meel te stabiliseren.
3. Ten tweede heeft de Raad vastgesteld dat Brabomills, VK Mühlen, Okermühle, Milser Mühle en Saalemühle artikel 6, eerste lid, Mw en artikel 101, eerste lid, VWEU hebben overtreden door deelname aan de koop en ontmanteling van de UNO-fabriek.
4. Ten derde heeft de Raad vastgesteld dat VK Mühlen deze artikelen ook heeft overtreden door haar deelname aan de afkoop van Ranks.
5. Tenslotte heeft de Raad vastgesteld dat Krijger artikel 6, eerste lid, Mw heeft overtreden door de afstemming over Windhouwer met Ranks.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

6. De Raad heeft deze overtredingen toegerekend aan de volgende ondernemingen; de vetgedrukte namen zijn de aanduidingen die verderop in dit advies zullen worden gehanteerd.
7. **Meneba** De overtreding van (thans) Rotterdam Brielselaan B.V. (voorheen Meneba Meel B.V., daarna Meneba B.V.) wordt aan haar toegerekend, alsmede aan Meneba B.V. (voorheen Rotterdam Brielselaan B.V.) en Meneba Holding B.V.
8. **Krijger** De overtreding van Krijger Meelfabriek Renesse B.V. wordt aan haar toegerekend, alsmede aan Krijger Holding B.V. en aan Krijger Beheer B.V.
9. **Grain Millers** De overtreding van Mills United Hovestadt & Münstermann GmbH (HRB 5832) en van Grain Millers GmbH & Co. KG (HRA 23264) wordt voor de gehele periode aan Mills United Hovestadt & Münstermann GmbH (HRB 5832) toegerekend en vanaf 20 januari 2004 aan Grain Millers GmbH & Co. KG (HRA 23264), althans aan haar beherend vennoot Grain Millers Verwaltungs-GmbH (HRB 21794).
10. **Ranks** De overtreding van Ranks Beheer B.V. (voorheen Ranks Meel B.V.) wordt aan haar toegerekend, alsmede aan Ranks Meel B.V. (voorheen Ranks Foods B.V.) en aan Benando B.V.
11. **Benando** De overtreding van Ranks is mede toegerekend aan Benando B.V.
12. **Dossche** De overtreding van Dossche Mills N.V. (voorheen Dossche Mills & Bakery N.V.) wordt aan haar toegerekend, alsmede aan Dossche Invest N.V.
13. **Brabomills** De overtreding van Brabomills N.V. wordt aan haar toegerekend.
14. **Ceres** De overtreding van Ceres N.V. wordt aan haar toegerekend, alsmede aan S.A.S. Silos Soufflet.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

15. **Werhahn** De overtreding van Werhahn Mühlen GmbH & Co. KG (voorheen Werhahn Mühlen KG; HRA 4986), Mühle Rüningen GmbH & Co. KG (HRA 10300) en Georg Plange GmbH & Co KG (voorheen Georg Plange KG; HRA 4990) wordt aan hen toegerekend, althans aan de beherend vennoten Mühle Rüningen Verwaltungsges. mbH (HRB 5176) en Wilh. Werhahn KG (HRA 4096), althans aan diens beherend vennoten in de periode van de overtreding, zijnde de heer Hermann Josef Werhahn, de heer Wilhelm Werhahn, de heer Anton Werhahn, de heer Dr. Michael Werhahn, de heer Paul Schlickman tot mei 2005, de heer Dr. Norbert Wiemers tot september 2005, de heer Peter Vos vanaf oktober 2005 en de heer Claus Holst-Gydesen vanaf november 2006.
16. **Flechorfer** De overtreding van Flechorfer Mühle Walter Thönebe GmbH u. Co. KG (HRA 100668) wordt toegerekend aan haar rechtsopvolgster Flechorfer Mühle Walter Thönebe GmbH (HRB 201962) en aan haar beherend vennoot ten tijde van haar deelname aan de overtreding, Flechorfer Mühle – Verwaltungsgesellschaft mbH (HRB 100881).
17. **VK Mühlen** De overtreding van Kampffmeyer Mühlen GmbH (HRB 23707) en VK Mühlen AG (HRB 45659) wordt aan hen beide toegerekend.
18. **Engelke** De overtreding van Gebr. Engelke Große Mühle Hasede-Hildesheim KG (HRA 850) wordt aan haar toegerekend, althans aan haar beherend vennoten, de heer Christof Engelke en de heer Joachim Engelke.
19. **Okermühle** De overtreding van Hedwigsburger Okermühle GmbH (HRB 8287) wordt aan haar toegerekend, alsmede aan V. Nordeck Holding GmbH & Co. KG (HRA 26025), althans aan haar beherend vennoot V. Nordeck Verwaltungs-GmbH (HRB 58017).
20. **Milser Mühle** De overtreding van Friedrich Wilhelm Borgstedt Milser Mühle GmbH (HRB 33504) wordt aan haar toegerekend, alsmede aan Borgstedt GmbH & Co. KG (HRA 8953), althans aan haar beherend vennoot Borgstedt Verwaltungs GmbH (HRB 38042).

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

21. **Saalemühle** De overtreding van Saalemühle Alsleben GmbH (HRB 11393) wordt aan haar toegerekend, alsmede aan Bindewald und Gutting Verwaltungs-GmbH (HRB 10406).

22. De Raad heeft vervolgens boetes opgelegd ten belope van in totaal EUR 81.633.000, volgens onderstaand schema:

Partij	EUR
Meneba	EUR 9.000.000
Grain Millers	EUR 2.868.000
Werhahn	EUR 3.992.000
Dossche	EUR 22.804.000
Ranks	EUR 13.135.000
Flechtorfer	EUR 908.000
Ceres	EUR 12.928.000
Engelke	EUR 7.705.000
VK Mühlen	EUR 2.373.000
Brabomills	EUR 4.673.000
Okermühle	EUR 392.000
Milser Mühle	EUR 392.000
Saalemühle	EUR 392.000
Krijger	EUR 71.000

23. Benando en voorts alle beboete ondernemingen, met uitzondering van Krijger, hebben tegen het besluit bezwaar ingesteld en dit bezwaar vervolgens aangevuld.^{2/3}

24. Bij brief van 19 april 2011 is aan de bezwaarden en de Raad medegedeeld dat op 22 en 23 juni 2011 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).⁴ Op 22 en 23 juni 2011 vond deze hoorzitting plaats waarbij de bezwaarden en vertegenwoordigers van de Raad zijn gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: prof. mr J.H. Jans (voorzitter), dr J.F. Appeldoorn, prof. dr J.A.H. Maks en prof. mr F.O.W. Vogelaar.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

25. De Adviescommissie heeft in deze hoorzitting de bezwaarden in elkaars aanwezigheid gehoord en aangekondigd een tweede hoorzitting achter gesloten deuren te zullen organiseren waarop bezwaarden vertrouwelijke gegevens naar voren kunnen brengen teneinde hun bezwaren verder toe te lichten.
26. Bij brief van 29 juni 2011 is aan de bezwaarden en de Raad medegedeeld dat op 21 juli 2011 een hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).⁵ Op 21 juli 2011 vond deze hoorzitting plaats waarbij de bezwaarden en vertegenwoordigers van de Raad zijn gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit prof. mr J.H. Jans (voorzitter), prof. dr J.A.H. Maks en prof. mr F.O.W. Vogelaar.
27. Het verslag van de eerste hoorzitting is op [DATUM] aan partijen gezonden.⁶
28. Het verslag van de tweede hoorzitting is op [DATUM] aan de op deze tweede hoorzitting verschenen partijen gezonden.⁷

Inleidende opmerkingen

Vertrouwelijkheid

29. In dit advies wordt de Raad geadviseerd aangaande de bezwaren zoals deze in de niet-vertrouwelijke gedeeltes van de bezwaarschriften naar voren zijn gebracht alsmede tijdens de eerste hoorzitting mondeling zijn toegelicht. De Adviescommissie zal in een nader advies ingaan op de bezwaren die door bezwaarden als vertrouwelijk zijn aangemerkt en/of op de tweede hoorzitting zijn toegelicht.

Taalkwestie

30. De Adviescommissie stelt vast dat de Raad zich ten opzichte van de Belgische ondernemingen van de Nederlandse procestaal heeft bediend, ook met betrekking tot de Franse moedermaatschappijen, en dat deze gang van zaken niet op bezwaren

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

is gestuit. Ten opzichte van de Duitse ondernemingen heeft de Raad eveneens de Nederlandse taal als proces taal gehanteerd, met de volgende aanvullende regelingen.

31. Er is één Duitse onderneming die een gemachtigde met de Duitse nationaliteit heeft (Flechtorfer). De advocaat is de Nederlandse taal machtig. De Raad heeft Flechtorfer de mogelijkheid geboden om de processtukken namens deze partij in het Duits op te stellen en in te dienen. Het rapport, het besluit en de bewijsmiddelen voor zover ten gronde liggend aan de aan Flechtorfer opgelegde boete zijn daarnaast door de Raad naar het Duits vertaald en aan Flechtorfer toegezonden.
32. De overige Duitse ondernemingen hebben zich door Nederlandse advocaten laten bijstaan. De bovengenoemde vertaalde stukken zijn ook aan hen toegezonden. Deze ondernemingen hebben via hun advocaten in het Nederlands met de Raad en de Adviescommissie gecorrespondeerd.
33. Ter hoorzitting heeft de Adviescommissie een simultaanvertaling Nederlands-Duits en v.v. laten plaatsvinden.
34. De Raad heeft op 9 juni, d.w.z. binnen de door de Adviescommissie gestelde termijn van tien dagen voorafgaand aan de hoorzitting, een schriftelijke toelichting op het besluit (hierna: zienswijze) aan partijen doen toekomen. Deze werd niet vergezeld van een Duitse vertaling.
35. Enkele bezwaarden hebben vervolgens gesteld dat zij hierdoor in hun rechten van verdediging zouden zijn geschaad, ook door de relatief grote omvang van de zienswijze (62 pagina's). Engelke heeft ook meermalen verzocht om de hoorzitting te verplaatsen en daarenboven ter hoorzitting de Adviescommissie uitdrukkelijk verzocht om in het advies op dit bezwaar in te gaan.

Beoordeling

36. De Adviescommissie acht het talenregime zoals dit door de Raad is vormgegeven in

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

overeenstemming met een goede procesorde en de eisen zoals deze zijn neergelegd in de beslissing van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna: Cbb) in de zaak *Garnalen*.⁸ De omstandigheid dat de zienswijze van de Raad niet van een Duitse vertaling was voorzien, acht de Adviescommissie ten eerste niet van belang gezien de omstandigheid dat Engelke – anders dan de Duitse ondernemingen in *Garnalen* – werd bijgestaan door een Nederlandse advocaat en ten tweede dat de zienswijze geen document is waarop de bewijsvoering en/of de boetebeschikking is gebaseerd.

37. Tevens heeft Engelke – opnieuw anders dan de Duitse ondernemingen in *Garnalen* – van alle stukken de relevantie voor haar verdediging kunnen inschatten. Dat zij vervolgens die relevantie anders inschat dan de Adviescommissie door te stellen dat bij afwezigheid van een vertaling de hoorzitting zou moeten worden verschoven, doet aan die vaststelling niet af.
38. Voorts heeft Engelke ter hoorzitting nagelaten inzichtelijk te maken op welke wijze Engelke door de afwezigheid van een vertaling van de zienswijze in haar rechten van verdediging zou zijn geschaad. De enkele stelling van Engelke daaromtrent acht de Adviescommissie in ieder geval onvoldoende om te concluderen dat het door de Raad gehanteerde talenregime niet in overeenstemming met art. 6 EVRM zou zijn.
39. Voor de goede orde merkt de Adviescommissie op dat in de zaak *Garnalen* haar advies is vertaald naar het Duits. Nu haar adviezen mede ten grondslag zullen liggen aan het besluit op bezwaar adviseert zij de Raad om ook in deze zaak een vertaling van deze adviezen te doen uitgaan.

Behandeling bezwaren

40. De Adviescommissie heeft in deze zaak 14 bezwaarschriften met in totaal meer dan 400 pagina's bezwaren toegezonden gekregen. Haar is daarbij ten eerste gebleken dat veel bezwaren individueel van aard zijn en een individuele bespreking en advisering behoeven. Daarentegen zijn er ook de nodige doublures aangetroffen, waarbij de bezwaren slechts van elkaar verschillen in formulering, dan wel

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

inhoudelijk overeenkomen maar verwijzen naar andere regelgeving en/of jurisprudentie, of slechts een enigszins andere invalshoek kennen al naar gelang de feitelijke omstandigheden tussen de bezwaarden variëren.

41. Ten tweede heeft de Adviescommissie zich niet in staat geacht om bij het onderdeel van de advisering aangaande de bewijsvoering – waar de Raad op onderdelen wordt geadviseerd een van het primaire besluit afwijkend besluit op bezwaar te nemen – het advies dusdanig gedetailleerd vorm te geven, dat zij op die punten een volledig uitgewerkt alternatief daarvoor in de plaats heeft kunnen stellen.
42. Daarbij heeft de Adviescommissie het niet opportuun geacht om op grond van het overvloedige clementie-materiaal in deze zaak een eigen op die punten afwijkende bewijsvoering te construeren. De Adviescommissie acht zulks evenwel ook niet een wezenlijk onderdeel van haar adviserende functie. De materiële waarheidsvinding terzake is, in de visie van de Adviescommissie, de primaire verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. Een andere inschatting zou daarenboven een voortvarende advisering in de weg staan, hetgeen de Adviescommissie met het oog op de rechtspraak aangaande de redelijke termijn van het CBb evenmin wenselijk acht.⁹
43. De Adviescommissie heeft haar advisering in deze zaak als volgt ingedeeld. In onderdeel A worden de formele bezwaren behandeld. In onderdeel B worden vervolgens de bezwaren aangaande het bewijs en de vaststelling van de overtreding behandeld. In onderdeel C worden tenslotte de bezwaren tegen de hoogte van de boete behandeld. De conclusies van de Adviescommissie hebben daarbij voor alle bezwaarden te gelden die een bezwaar naar voren hebben gebracht, ook al worden zij niet steeds individueel genoemd. Voorzover bezwaarden na lezing van het advies zouden stellen dat zij een bezwaar naar voren hebben gebracht waarop in dit advies, dan wel het tweede vertrouwelijke gedeelte, niet is ingegaan, is de Adviescommissie van oordeel dat die bezwaren in het licht van de bezwaren die wel zijn besproken, en met inachtneming van het bovenstaande, geen zelfstandige betekenis meer toekomt. Dat oordeel is dus ofwel gegrondvest in een overlapping van bezwaargronden, dan wel doordat bezwaarden een onderdeel onvoldoende hebben geadstrueerd teneinde zelfstandige bespreking en advisering te rechtvaardigen.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Onderdeel A– Formele bezwaren

Verjaring

44. Flechtorfer heeft bezwaar gemaakt tegen de sanctionering door de Raad, aangezien die bevoegdheid zou zijn verjaard op grond van art. 64 Mw. De mogelijkheid voor de Raad om de verjaring te stuiten op de wijze van art. 64, tweede lid, Mw zou daarnaast slechts gelden voor gedragingen verricht na invoering van dit artikel, derhalve vanaf 1 oktober 2007. Tevens heeft Ranks gesteld dat de interpretatie van art. 64 Mw door de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Boomkwekerijen* tot de conclusie zou moeten leiden dat voor de boetegrondslag slechts de omzet behaald gedurende de vijf jaren voorafgaand aan het boetebesluit zou mogen worden meegenomen.

Beoordeling

45. De Adviescommissie stelt vast dat bij gebreke van een specifieke bepaling van overgangsrecht, aan de Raad op grond van art. 64 Mw op 1 oktober 2007 de bevoegdheid is gegeven om verjaringen te stuiten. Nu er geen overgangsrecht is, geldt de hoofdregel dat aan de nieuwe regeling onmiddellijke werking moet worden toegekend.¹⁰ De bevoegdheid van de Raad gold op 1 oktober 2007 dus voor alle lopende verjaringen.

46. De stuitingshandeling in deze zaak is verricht op 15 april 2008, zodat op grond van art. 64 Mw slechts de verjaring van gedragingen die reeds op 14 april 2003 waren beëindigd – vijf jaar en één dag voorafgaand aan 15 april 2008 – niet meer kon worden gestuit.

47. Daarnaast faalt het beroep van bezwaarden op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Boomkwekerijen*¹¹, omdat de Rechtbank in die zaak slechts stelde dat de Raad niet bevoegd was om de omzet behaald gedurende het gedeelte van de overtreding dat verjaard was, mee te nemen. In deze zaak is echter geen

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

sprake van een verjaard gedeelte van de overtreding, aangezien de stuiting van de verjaring de gehele overtreding betreft.

48. Ook al bevat art. 64 Mw strikt genomen geen terugwerkende kracht, toch erkent de Adviescommissie dat de onmiddellijke werking die aan art. 64 Mw bij de inwerkingtreding is toegekend, zekere elementen bevat die teruggrijpen op eerdere feitelijke verhoudingen en daarbij voor de onderneming belastend kunnen zijn. In het geval waarin een onderneming voorafgaand aan 1 oktober 2007 het kartelverbod éénmalig wenste te overtreden en vervolgens hoopte binnen vijf jaar geen boetebesluit te krijgen, wordt de risicoafweging voor die onderneming achteraf ten nadele van de onderneming veranderd, doordat de Raad door middel van de onmiddellijke werking van art. 64 Mw ermee kan volstaan de verjaring binnen vijf jaar te stuiten. De Adviescommissie erkent dat wellicht de risicoafweging voor de onderneming daarmee ook een andere uitkomst had kunnen hebben.

49. De Adviescommissie kan op dit punt echter slechts verwijzen naar de wil van de wetgever om de inwerkingtreding van art. 64 Mw op deze wijze gestalte te geven, ook al kan het leerstuk van de onmiddellijke werking in de praktijk rauwelijkse effecten sorteren. Tevens kan worden gesteld dat de wetgever de stuiting van de verjaring had kunnen vormgeven op een wijze die slechts de vijf jaren voorafgaande aan de stuiting beslaat. Duidelijk is echter dat de wetgever zulks niet heeft willen doen. Daarbij merkt de Adviescommissie echter ook op dat in het Europese mededingingsrecht deze wetgevende techniek – bijvoorbeeld bij het introduceren van hogere boetes voor nog niet opgespoorde gedragingen uit het verleden – juist extra afschrikwekkend wordt geacht en daarmee als een goed middel wordt gezien om het initiëren van een kartel te ontmoedigen.¹²

50. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om deze bezwaren ongegrond te verklaren.

Verschil Rapport ↔ Besluit

51. VK Mühlen stelt dat de gedragingen die in het besluit worden beboet, zodanig

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

verschillen van de gedragingen die in het rapport zijn vermeld, dat VK Mühlen in de rechten van haar verdediging zou zijn geschaad. Zij verwijst daarbij naar art. 59 Mw en het recente arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg (hierna: Gerecht) in de zaak *Siemens*.¹³

Beoordeling

52. De Adviescommissie stelt vast dat de Raad in het Rapport de betrokken ondernemingen een niet-aanvalspect heeft verweten, en in het besluit een één-enkele-overtreding heeft vastgesteld waar het niet-aanvalspect een onderdeel van is. De overige onderdelen van het niet-aanvalspect zijn in het Rapport reeds genoemd, maar werden daar als uitvoeringshandelingen gezien, en niet als zelfstandige inbreuken. De Raad heeft daarbij echter opgemerkt dat de uitvoeringshandelingen ook als zelfstandige inbreuken konden worden beschouwd.
53. De door VK Mühlen aangeduide verschuiving tussen het rapport en het besluit bevindt zich naar het oordeel van de Adviescommissie binnen de grenzen van art. 59 Mw jo. art. 5:48 Awb. Ten eerste wordt steeds een inbreuk op het kartelverbod vastgesteld en ten tweede gaat het om dezelfde feitelijke gedragingen met hetzelfde feitelijke doel, te weten het stabiliseren van de meelmarkt. Tevens heeft VK Mühlen zich in haar bezwaarschrift en ter hoorzitting kunnen verdedigen tegen de in het besluit vastgestelde inbreuk. Daarbij had zij voor de Adviescommissie inzichtelijk kunnen maken op welke wijze de verschuiving haar verdediging zou hebben bemoeilijkt, hetgeen zij echter heeft nagelaten.
54. De verwijzing naar de uitspraak in de zaak *Siemens* kan haar in deze evenmin baten, nu het Gerecht in die zaak over een ander punt moest oordelen, te weten over het toevoegen van bewijsmiddelen na het uitbrengen van de mededeling van punten van bezwaar. In dat kader heeft het Gerecht enkele opmerkingen gemaakt die in casu te gelden hebben voor de verhouding tussen rapport en besluit. Die opmerkingen brengen de Adviescommissie overigens ook niet tot een ander oordeel, aangezien zij de verschuiving tussen rapport en besluit in deze zaak eenvoudigweg te gering acht in vergelijking met de gevallen die het Gerecht in de zaak *Siemens* aanhaalt.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

55. De Adviescommissie adviseert de Raad dan ook dit bezwaar ongegrond te verklaren.

Cautie

56. Milser Mühle stelt in haar rechten van verdediging te zijn geschaad doordat de Raad bij een schriftelijk verzoek om informatie, aan haar doorgeleid door het *Bundeskartellamt*, heeft nagelaten haar de cautie te geven.

Beoordeling

57. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de weerlegging van dit bezwaar die de Raad in de zienswijze heeft opgenomen, op zich reeds voldoende om het bezwaar ongegrond te verklaren.¹⁴ Zij wenst daar echter aan toe te voegen, dat het betoog van Milser Mühle op eigen veronderstellingen berust waarvoor de Adviescommissie geen aanwijzingen in het dossier heeft gevonden. Zo zou de Raad volgens Milser Mühle kennelijk hebben ingezien dat het achterwege laten van de cautie een omissie behelsde, en had de Raad bij het eerste verzoek aan Milser Mühle kennelijk ook al een vermoeden van een overtreding. Deze beide punten zijn door Milser Mühle onvoldoende onderbouwd.

58. De Adviescommissie adviseert de Raad dan ook dit bezwaar ongegrond te verklaren.

Onderdeel B – Bezwaren aangaande het bewijs van een overtreding

Marktafbakening

59. VK Mühlen stelt dat de Raad meer economisch onderzoek naar de precieze omvang van de markt had moeten instellen, dan wel stelt zij dat de marktafbakening zoals deze in het besluit is opgenomen, foutief zou zijn. Daarbij wordt aangaande de productmarkt gesteld dat de meelmarkt verder te verdelen zou zijn in een markt

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

voor ambachtelijk meel en een markt voor industrieel meel. Ook zou er een aparte markt voor “Turks meel” bestaan, waarmee een molen voor dat meel niet zou concurreren met de molens in de overige sectoren van de aldus ingedeelde meelmarkt.

Beoordeling

60. Bij een klassieke overtreding van het kartelverbod zoals door de Raad in het onderhavige geval is vastgesteld, bestaat er naar het oordeel van de Adviescommissie geen noodzaak om de markt nauwkeuriger af te bakenen dan de Raad in het besluit heeft gedaan. De Adviescommissie erkent dat bezwaarden hebben aangetoond dat er verscheidene soorten meel in Nederland worden verkocht, en dat de afnemers de producten niet zonder meer als substituten van elkaar zien. Ook is het de Adviescommissie duidelijk geworden dat er verschillen qua productieproces en inrichting van de molens bestaan, zodat ook van substitutie aan de aanbodzijde kan worden gesteld dat deze niet zonder meer is vorm te geven.
61. De Adviescommissie komt echter niet tot de conclusie dat de marktafbakening zoals deze in het besluit is opgenomen, daarmee onjuist zou zijn. Voor die conclusie zou het in de ogen van de Adviescommissie noodzakelijk zijn dat bezwaarden de onmogelijkheden van substitutie aan zowel de vraag- als de aanbodzijde aannemelijk maken, bijvoorbeeld door de elasticiteit te meten. Zulks is echter niet geschied. Onvoldoende onderbouwde stellingen kunnen de Adviescommissie in ieder geval niet bewegen de Raad te adviseren zijn eigen marktafbakening in het licht van het door partijen gestelde terzijde te schuiven. Illustratief op dit punt acht de Adviescommissie de discussie ter hoorzitting over het “Turkse meel”. Partijen stellen daarover dat voor dat type meel andere machines moeten worden gebruikt, waarmee uitsluitend meel voor Turks *Fladenbrot* kan worden geproduceerd. Navraag door de Adviescommissie ter hoorzitting leert vervolgens dat met enkele aanpassingen uiteindelijk ook ander meel kan worden geproduceerd, zodat er blijikbaar toch sprake is van aanbodsubstitutie.
62. De Adviescommissie adviseert de Raad om deze bezwaren te verwerpen.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Bewijs – Inleiding

63. In het besluit wordt een eerste groep ondernemingen beboet voor het deelnemen aan een één-enkele overtreding die bestaat uit een niet-aanvalspect, de gezamenlijke uitkoop van Van Ooijen, de afkoop van Ranks en het gecoördineerd ontmantelen van de UNO-fabriek. Niet alle partijen uit die groep hebben zich aan alle onderdelen van de één-enkele overtreding schuldig gemaakt, aldus de Raad. Sterker, er zijn maar twee ondernemingen – Meneba en Dossche – die zich volgens de Raad aan alle gedragingen schuldig zouden hebben gemaakt.

64. Partijen wordt ook de gedraging “Bakkersland” verweten, maar niet als afzonderlijke inbreuk, waardoor deelname aan “Bakkersland” slechts gevolgen heeft voor de vastgestelde duur van de één-enkele overtreding, die ook per onderneming overigens nog verschilt.

65. Een tweede groep ondernemingen wordt uitsluitend de gecoördineerde ontmanteling van de UNO-fabriek verweten. VK Mühlen heeft volgens de Raad twee overtredingen begaan, maar niet in de één-enkele overtreding geparticipeerd. Ook hier bestaan er weer verschillen aangaande de duur van de overtreding.

Mededingingsbeperkende karakter van de gedragingen

66. Bezwaarden hebben van alle onderdelen van de één-enkele gedraging behoudens de afkoop van Ranks gesteld dat deze geen beperking van de mededinging met zich zouden brengen. De Adviescommissie overweegt dienaangaande als volgt.

Niet-aanvalspect

67. Dossche stelt dat het niet-aanvalspect geen effect op de mededinging kan hebben gesorteerd, omdat de marktstructuur al zou leiden tot stilzwijgende collusie, welke reeds in een geringe mate van concurrentie zou hebben geresulteerd. Ook het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid zou deze verminderde mate van concurrentie

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

in de hand hebben gewerkt.

Beoordeling

68. De Adviescommissie is het met Dossche eens dat de marktstructuur van de meelmarkt zich voor stilzwijgende collusie leent. Aanvaarding van die stelling houdt echter niet in, dat van de onmogelijkheid tot concurreren op de meelmarkt kan worden gesproken. Het vervangen van stilzwijgende collusie door daadwerkelijke afspraken zoals een niet-aanvalspect, is in de ogen van de Adviescommissie per definitie mededingingsbeperkend, behoudens een uitzondering op grond van het geringe marktaandeel van partijen. Juist een afspraak om de resterende mogelijkheden tot concurrentie te vervangen door afstemming, is immers naar de aard geschikt om de mededinging verder te beperken. De Raad heeft derhalve het mededingingsbeperkende karakter van het niet-aanvalspect op juiste gronden aangenomen.

Overige overtredingen

69. Dossche stelt voorts dat de meelhandelaar Van Ooijen de markt hoe dan ook zou verlaten, waarmee de afkoop geen effect op de mededinging heeft kunnen sorteren. Engelke stelt ten aanzien van de UNO-fabriek dat deze slechts "Turks meel" zou hebben kunnen malen en grote gebreken zou vertonen. Nu met die fabriek niet op de markt voor meel in het algemeen zou kunnen worden geconcurrereerd, zou de ontmanteling daarmee de concurrentie ook niet hebben kunnen beïnvloeden.

Beoordeling

70. De stellingen van bezwaarden bevatten allen een innerlijke tegenstrijdigheid die zij ter hoorzitting niet hebben kunnen wegnemen, ook niet in antwoord op de uitvoerige vragen van de Adviescommissie. Kort gezegd komt de innerlijke tegenstrijdigheid erop neer, dat indien men met bezwaarden zou aannemen dat de handelingen geen enkel negatief effect op de concurrentie hebben gesorteerd, daarmee enig belang vervalft bij de bezwaarden om die handelingen te verrichten.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Indien de effecten op de markt immers het gevolg zouden zijn van de natuurlijke loop der dingen, waarom zouden de markspelers dan ingrijpen? Indien de concurrent toch wel verdwijnt (Van Ooijen), of niet op het toneel zal verschijnen (een koper voor de UNO-fabriek), is er toch geen reden tot handelen?

71. Anders gezegd: het handelen zelf bevestigt het belang bij die handeling, en het belang is blijkbaar een verminderde concurrentie op de markt. Daarmee is in de ogen van de Adviescommissie het mededingingsbeperkende karakter van de handeling gegeven. Zij wordt in dat oordeel nog gesterkt doordat partijen daarbij niet onaanzienlijke financiële middelen hebben aangewend teneinde de gewenste effecten dichterbij te brengen. Voor het overige verwijst de Adviescommissie naar haar eerdere opmerkingen aangaande het “Turkse meel” en de mogelijkheden van substitutie aan de aanbodzijde op de meelmarkt. Die mogelijkheid tot substitutie zou daarbij in de ogen van de Adviescommissie dichterbij zijn gekomen naarmate de prijs voor de UNO-fabriek verder zou zijn gedaald, hetgeen bij een failliete boedel doorgaans in de lijn der verwachtingen ligt. De betrokken ondernemingen hebben dat moment kennelijk niet willen of durven afwachten.
72. De Adviescommissie adviseert de Raad dan ook deze bezwaren ongegrond te verklaren.

De vaststelling van de één-enkele overtreding

73. Meneba stelt dat de Raad op onjuiste gronden heeft vastgesteld dat in casu sprake is van een één-enkele overtreding. Veeleer zou het in het onderhavige geval gaan om een niet-aanvalspect gecombineerd met invloeden van een Duits meelkartel en een *understanding* die zou voortborduren op een periode van stilzwijgende collusie uit het verleden. Ceres stelt daarnaast onder verwijzing naar het recente arrest van het Gerecht in de zaak *Aalberts*¹⁵ dat de gedragingen in de onderhavige zaak – samengevat – onvoldoende met elkaar in verband staan om als een één-enkele inbreuk te kunnen worden gekarakteriseerd.

Beoordeling

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

74. Voor de goede orde merkt de Adviescommissie allereerst op dat bij de beoordeling op dit punt wordt uitgegaan van de premisse dat de bewijsvoering ten opzichte van alle beboete ondernemingen niet kan worden aangetast en de ondernemingen daarmee daadwerkelijk alle de hen verweten gedragingen hebben verricht. Dit betekent dat indien de Raad in zijn besluit op bezwaar de deelname van een onderneming aan een onderdeel van de één-enkele gedraging niet langer bewezen acht, dan wel slechts voor een kortere periode, hij daarmee noodzakelijkerwijs niet alleen de gevolgen van die conclusie dient te onderzoeken ten aanzien van de deelname van die onderneming aan de één-enkele gedraging, maar ook ten aanzien van het bestaan van de één-enkele gedraging als zodanig.
75. De vaststelling dat er in deze zaak sprake is van een langdurige, complexe inbreuk van meerdere ondernemingen die in wisselende samenstelling het kartelverbod zouden hebben overtreden, dient immers niet alleen gegrondvest te zijn op de individuele vaststellingen van overtredingen door de individuele ondernemingen, maar dient tevens te voldoen aan de in de jurisprudentie ontwikkelde elementen van complementariteit.
76. Genoemde elementen zijn volgens het Gerecht in de zaak *Aalberts* de aanwezigheid van ten eerste een plan om een bepaald doel te bereiken, ten tweede van handelingen die dat doel dichterbij moeten brengen en ten derde moet het om een gesloten groep van ondernemingen gaan die van elkaar weten dat zij – weliswaar in wisselende samenstelling en niet altijd parallel – gezamenlijk pogen het plan gestalte te geven.
77. Vervolgens overweegt de Adviescommissie dat ten aanzien van de omschrijving van het plan de tekst uit het clementieverzoek van Werhahn aangaande de *understanding* over het stabiliseren van de marktaandelen naar het oordeel van de Adviescommissie voldoende duidelijk omschreven en voldoende concreet is. Niet het minst omdat het gezamenlijke plan uit de zaak *Aalberts* niet concreter was omschreven dan de *understanding* in deze zaak, en in de ogen van het Gerecht als plan in de zin van een één-enkele inbreuk kon worden aangemerkt.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

78. Ten aanzien van de aard van de handelingen en hun geschiktheid om het plan dichterbij te brengen, wil het de Adviescommissie voorkomen dat zowel een niet-aanvalspect, als het blokkeren van potentiële toetreders dan wel het gezamenlijk uitkopen van kandidaat-uittrekers nu juist bij uitstek geschikte middelen zijn om de marktverhoudingen te stabiliseren, nog afgezien van de situatie dat men deze middelen afwisselend kan inzetten.
79. Teneinde aan deze tweede eis uit *Aalberts* te voldoen dient de Raad echter ook aannemelijk te maken dat de ondernemingen die betrokken waren bij deze handelingen zich ervan bewust waren dat zij bezig waren met een plan, en niet slechts met een ad hoc handeling om – kort gezegd – rust op de markt te bewaren. De Adviescommissie kan zich na lezing van de bezwaren en de argumenten ter hoorzitting op dit punt echter nauwelijks voorstellen dat ondernemingen op een transparante markt, die elkaar tegenkomen op clandestiene vergaderingen en daarnaast telefonische bilaterale en multilaterale contacten onderhouden met het oog op het verminderen van de concurrentie, zich bij de uitkoop van een concurrent of het ontmantelen van een leegstaande fabriek niet bewust zijn geweest van het onderlinge verband tussen die handeling en de tussen hen aanwezige *understanding*.
80. Het tegendeel komt de Adviescommissie juist wel plausibel voor: aangezien de ondernemingen elkaar al kenden van de *understanding* en ook al een niet-aanvalspect hadden gesloten, vonden zij elkaar in dat kader als van nature om de complementaire handelingen te verrichten wanneer een verstoring in de beoogde marktverhoudingen dreigde.
81. Daarmee is ook voldaan aan de eis dat de ondernemingen het risico hebben aanvaard van hun gezamenlijke handelen. Dat het daarbij niet steeds om ondernemingen uit precies hetzelfde segment van de meelmarkt ging, acht de Adviescommissie daarbij van ondergeschikt belang. Het scenario uit *Aalberts* waarbij een karteldeelnemer op een geheime vergadering verschijnt en zich daarbij niet bewust is van de omstandigheid dat de overige deelnemers ook nog een uitgebreider kartel hebben gevormd, is van een geheel andere orde.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

82. Het kartel in de onderhavige zaak voldoet ook aan de derde eis uit *Aalberts*, zijnde dat het om een vaste groep ondernemingen moet gaan. In dit geval waren de ondernemingen Meneba, Werhahn, Grain Millers, Ranks, Dossche, Ceres, Engelke en Flechtorfer betrokken bij het niet-aanvalsact, de afkoop van Ranks en de gecoördineerde ontmanteling van de UNO-fabriek. Bij de afkoop van Van Ooijen waren Meneba, Ranks en Dossche betrokken. Gezien de gang van zaken zoals uiteengezet in het besluit acht de Adviescommissie het op zich gerechtvaardigd dat de Raad die handeling eveneens als onderdeel van de complexe inbreuk heeft gekarakteriseerd, zij het dat de bewijsvoering op dit punt niet overhoudt. Zo is het aantal deelnemers hier 'slechts' 3 van de 7, waarbij een vierde deelnemer, Krijger, juist niet als deelnemer aan de één-enkele inbreuk is aangemerkt.
83. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om deze bezwaren ongegrond te verklaren, met de kanttekening dat in het geval de bewijsvoering in het besluit op bezwaar zou verschillen van de onderhavige, hij gehouden is om de vaststelling van de één-enkele inbreuk opnieuw te motiveren. Het scharen van de gedraging Van Ooijen onder dezelfde noemer als de overige onderdelen verdient daarbij dan bijzondere aandacht.

Deelname aan de gedragingen – Algemeen

84. Meerdere bezwaarden maken bezwaar tegen de vaststelling dat zij zouden hebben deelgenomen aan een overtreding van het kartelverbod. Deze bezwaren zien op het niet-aanvalsact, de afkoop van Ranks en de gecoördineerde ontmanteling van de UNO-fabriek. Tevens komen sommige bezwaarden op tegen de bewijsvoering van de Raad. Zij verwijten de Raad de zogenaamde vrije bewijsleer onaanvaardbaar te hebben opgerekt, cirkelredeneringen te hebben toegepast en op grond van handgeschreven overzichten té verstrekkende conclusies te hebben getrokken. Voor de goede orde zij hier opgemerkt dat voorzover een bezwaar tegen vaststelling van de deelname aan een overtreding uitsluitend op de duur van de overtreding ziet, dat bezwaar in de desbetreffende paragraaf zal worden behandeld.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Deelname aan de gedragingen – Vrije bewijsleer

85. Meerdere bezwaarden zijn opgekomen tegen de wijze waarop de Raad de vrije bewijsleer zou hebben toegepast. Daarbij brengen zij naar voren dat de Raad aldus de deelname aan de overtreding te snel zou hebben aangenomen en meerdere malen beginselen als *unus testis*, *nullus testis* en *in dubio pro reo* zou hebben veronachtzaamd.

Beoordeling

86. De Adviescommissie merkt op dat in de discussie tussen partijen er enige spraakverwarring is opgetreden, waarbij de term ‘vrije bewijsleer’ op meerdere manieren is gebruikt. Ter verheldering wijst de Adviescommissie op het volgende. In vrijwel alle gevallen waarin bezwaarden bezwaar maken tegen de door de Raad toegepaste vrije bewijsleer, lijken zij eerder de bewijsstandaard te hebben willen aanvallen.

87. De vrije bewijsleer houdt uitsluitend in dat er geen limitatieve opsomming bestaat ten aanzien van de mogelijke documenten of verklaringen die als bewijs kunnen worden gebruikt. Toepassing van de vrije bewijsleer in het mededingingsrecht betekent derhalve, dat zelfs documenten als onkostenvergoedingen, handgeschreven aantekeningen in agenda's, etc. als bewijs kunnen dienen. Naar de indruk van de Adviescommissie hebben partijen tegen het hanteren van dergelijke documenten in deze zaak op zich geen bezwaar.

88. Voorzover bezwaarden menen dat de Raad de lat voor de bewijsstandaard te laag zou hebben gelegd, klagen zij derhalve erover, dat de Raad met inachtneming van het – volgens de vrije bewijsleer verzamelde – bewijs te lichtvoetig een overtreding zou hebben vastgesteld. In de volgende paragrafen zullen deze bezwaren de revue passeren.

Deelname aan de gedragingen – Niet-aanvalspect

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

89. De Raad is van mening dat de ondernemingen Meneba, Werhahn, Grain Millers, Ranks, Dossche, Ceres, Engelke en Flechtorfer aan een niet-aanvalspect hebben deelgenomen. Bezwaren tegen de deelname aan dit pact, anders dan tegen de vastgestelde duur, zijn aangevoerd door de ondernemingen Dossche, Ceres, Engelke en Flechtorfer.

Beoordeling

90. Uit het materiaal dat is overgelegd bij het clementie-verzoek van Werhahn en de informatie die de Raad op eigen instigatie heeft verkregen is naar het oordeel van de Adviescommissie vast te stellen dat meerdere ondernemingen gedurende enige tijd handelingen op de meelmarkt hebben verricht die – zacht gezegd – de mededinging niet hebben bevorderd. Partijen hebben daarover ter hoorzitting verklaard dat dit mede zou kunnen worden verklaard uit de tussen hen vormgegeven stilzwijgende collusie uit de jaren '90 van de vorige eeuw. Deze later blijkbaar geëxpliciteerde collusie met als doel de marktaandelen te stabiliseren is daarbij meerdere malen als *understanding* geduid.

91. Vervolgens is door het clementie-materiaal van Meneba de figuur van het niet-aanvalspect ten tonele verschenen, waarbij Meneba heeft verklaard dat dit niet-aanvalspect zou moeten worden onderscheiden van de *understanding*. Bij deze laatste figuur is het immers weliswaar de bedoeling om de marktverhoudingen te stabiliseren, maar het elkaar niet aanvallen zou daarbij slechts volgen uit *the logic of the business*, en niet uitdrukkelijk zijn overeengekomen.

92. Daarnaast hebben bezwaarden in merendeel toegegeven dat er bilaterale en multilaterale contacten zijn geweest over offertes aan klanten.

93. De Adviescommissie is van oordeel dat de *understanding* die de Raad in deze zaak heeft aangetroffen op zich zelf beschouwd reeds als overtreding van het kartelverbod en als eventueel onderdeel van een één-enkele inbreuk had kunnen gelden. Pas meer dan een jaar na de start van het onderzoek in deze zaak is de Raad door het clementieverzoek van Meneba op het bewijsrechtelijke traject van het niet-

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

aanvalspect terecht gekomen. De Raad had vervolgens het door Meneba aangedragen bewijs als onderdeel van de *understanding* kunnen zien, waarbij het nieuwe materiaal als ondersteunend bewijs had kunnen gelden. Terzijde zij opgemerkt dat het bewijsmateriaal van Meneba aldus gezien een geringere meerwaarde voor het onderzoek zou hebben opgeleverd.

94. De Raad heeft echter bij het waarderen van het clementie-materiaal van Meneba ervoor gekozen om het niet-aanvalspect een centraal punt van de overtreding te maken, waarbij de *understanding* meer naar de achtergrond is verschoven. De Adviescommissie stelt vast dat daardoor de bewijsstandaard is verhoogd: in plaats van de aanwezigheid van een *understanding* is de Raad immers thans gehouden een expliciet niet-aanvalspect aannemelijk te maken.

95. De clementieverzoekers Meneba, Werhahn, Grain Millers en Ranks hebben op dit punt geen bezwaar gemaakt en Ranks heeft uitsluitend bezwaar gemaakt tegen de vaststelling jegens haar van de duur van de overtreding, waarmee deelname aan het niet-aanvalspect door Meneba, Werhahn, Grain Millers en Ranks vaststaat.

96. Ten aanzien van Dossche, Ceres, Engelke en Flechtorfer overweegt de Adviescommissie als volgt.

97. Ceres en Dossche voeren twee argumenten aan, die hun deelname aan het niet-aanvalspect zouden weerleggen. Ten eerste zou uit het sterke verloop in hun klantenbestand tijdens de relevante periode van de overtreding (de zogenaamde *churn rate*) blijken dat zij op de meelmarkt wel degelijk actief zouden hebben geconcurrerd en ten tweede zouden hun onderlinge contacten aangaande [REDACTED] een op zichzelf staande handeling betreffen, die daarmee geen onderdeel van het niet-aanvalspect zou zijn. Ceres voert daarnaast nog aan dat haar contact met Meneba over [REDACTED] eveneens geen onderdeel uitmaakte van een niet-aanvalspect.

98. Betreffende de *churn rate* is de Adviescommissie van oordeel dat een zeer hoge *churn rate* een aanwijzing zou kunnen zijn dat door sommige bezwaarden op de meelmarkt heviger werd geconcurrerd dan in het besluit is uiteengezet. Aan de

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

andere kant is een hoge *churn rate* op zich zelf beschouwd daarvoor een onvoldoende indicator, aangezien bezwaarders niet kunnen uitsluiten dat bij afwezigheid van een overtreding van het kartelverbod de *churn rate* bij hen nóg hoger was geweest. Daarnaast stelt de Adviescommissie vast dat de stelling hieromtrent van Ceres niet met cijfers is onderbouwd. De stelling van Dossche is dat wel, maar aangaande de tabellen, die door Dossche als onderdeel van haar pleitaantekeningen zijn overgelegd, betwijfelt de Adviescommissie of op grond daarvan de afwezigheid van een niet-aanvalspact zou kunnen worden aangenomen. Zo laat het materiaal van Dossche onbelicht in hoeverre de verschuivingen in volume afwijken van de volumeverschuivingen van de meelmarkt als geheel, is niet aangegeven in hoeverre de nieuwe klanten van de ene tabel andere klanten zijn dan diegenen die blijkens een andere tabel Dossche zouden hebben verlaten, en wordt ook niet inzichtelijk gemaakt wat de individuele volumes waren van de vertrekkende klanten.

99. Ten aanzien van [REDACTED] stelt Meneba in haar clementie-verzoek dat afspraken ten aanzien van deze onderneming geen onderdeel uitmaakten van het niet-aanvalspact. De Raad heeft deze informatie niet gedeeld met Ceres. In het besluit wordt de deelname van Ceres en Dossche voornamelijk gestoeld op hun onderlinge overleg over deze afnemer.
100. Tevens merkt de Adviescommissie op dat ten aanzien van het overleg tussen Meneba en Ceres over [REDACTED] Meneba uitsluitend haar eigen deelname daaraan als onderdeel van het niet-aanvalspact karakteriseert, maar die kwalificatie niet aan de gedraging van Ceres hecht. De Raad erkent dit in het besluit, maar lijkt daar juist de tegenovergestelde conclusie uit te trekken.¹⁶
101. Het besluit op bezwaar heeft daarmee op dit punt naar het oordeel van de Adviescommissie een nadere motivering, waarbij de Raad gehouden is aannemelijk te maken dat in het licht van de verklaringen van Meneba ten aanzien van [REDACTED] en [REDACTED] Ceres (en daarmee tevens Dossche) toch als deelnemers aan het niet-aanvalspact zouden moeten worden beschouwd.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

102. De Adviescommissie overweegt daarbij dat zij in het midden kan laten in hoeverre de contacten tussen Dossche en Ceres ook afgezien van het niet-aanvalspact daadwerkelijk de mededinging zouden hebben beperkt, alsmede de vraag of deze contacten als onderdeel van de *understanding* zouden zijn te duiden. De discussie daaromtrent tussen bezwaarden en de Raad acht de Adviescommissie niet relevant. Ook al zouden die beide vragen immers bevestigend kunnen worden beantwoord, dan nog is het de Raad die in het besluit een niet-aanvalspact heeft beboet en deelname daaraan derhalve ten aanzien van Ceres en Dossche zal moeten bewijzen.
103. Bij gebreke van genoemde aanvullende motivering adviseert de Adviescommissie de bezwaren ten aanzien van deelname aan het niet-aanvalspact gegrond te verklaren en in dat geval tevens de bewijsvoering van de één-enkele overtreding ten aanzien van Dossche en Ceres opnieuw in ogenschouw te nemen.
104. Ten aanzien van Engelke en Flechtorfer wenst de Adviescommissie allereerst ten aanzien van enkele bewijsmiddelen het volgende op te merken.
105. Ten eerste baseert de Raad blijkens de randnummers 345 en 349 van het besluit de deelname van Engelke en Flechtorfer onder meer op hun deelname aan de afkoop van Ranks en de gecoördineerde ontmanteling van de UNO-fabriek. Die argumentatie acht de Adviescommissie niet overtuigend, nog daargelaten of de deelname aan die gedragingen in rechte bewezen moet worden geacht (waarover meer hierna). De vaststelling dat deze twee ondernemingen andere overtredingen van het kartelverbod zouden hebben begaan, is immers alleen relevant bij de vaststelling van de één-enkele overtreding, waar meerdere overtredingen tot een overkoepelend geheel worden samengesmeed. Voor de vraag of het niet-aanvalspact is overtreden, is echter geenszins relevant of bijvoorbeeld aan de afkoop van Ranks is meegedaan. Ware dat anders, dan zou dat immers erin resulteren dat Engelke en Flechtorfer bij de vraag of zij aan het niet-aanvalspact hebben meegedaan, wegens andere overtredingen de schijn tegen zouden hebben. Dat acht de Adviescommissie met het oog op de presumptie van onschuld niet toelaatbaar, ook niet als het om andere overtredingen gaat die in hetzelfde besluit worden beboet.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

106. Ten tweede bevat randnummer 345 van het besluit ten aanzien van Engelke de overweging dat overleg over volumeverschuivingen in 2006 aannemelijker maakt dat Engelke jaren eerder ook wel aan dergelijk overleg zou hebben meegedaan. De Adviescommissie acht een dergelijke verdenking begrijpelijk, maar onvoldoende concludent om als argument te dienen voor het opleggen van een punitieve sanctie.
107. Hetzelfde geldt voor randnummer 349 van het besluit, waar de Raad eerst stelt dat Flechtorfer waarschijnlijk een groter belang moet hebben gehad bij haar afkoop van Ranks dan uitsluitend de kwestie Ranks zelf; zonder Ranks zou de afkoop immers ook hebben plaatsgevonden, en dus moet Flechtorfer wel een ander, groter, belang bij die transactie hebben gehad. Vervolgens stelt de Raad – zonder naar aanvullende verklaringen of documenten te verwijzen – dat de aanwezigheid van dat grotere niet nader gespecificeerde belang bewijs is voor deelname aan het niet-aanvalspact. Die conclusie is naar het oordeel van de Adviescommissie onvoldoende onderbouwd.
108. Vervolgens wenst de Adviescommissie ten aanzien van Engelke nog op te merken dat de stelling van de Raad in randnummer 345 dat Werhahn de deelname van Engelke aan het niet-aanvalspact zou hebben verklaard, onjuist is. Werhahn heeft immers het niet-aanvalspact niet als zodanig benoemd en heeft voorzover de Adviescommissie heeft kunnen nagaan, uitsluitend deelname van Engelke aan de *understanding* bevestigd.
109. De Adviescommissie adviseert de Raad om de bovengenoemde onderdelen uit de bewijsvoering jegens Engelke en Flechtorfer te verwijderen, en vervolgens in het licht van het resterende bewijsmateriaal te overwegen of er dan nog wel voldoende aanknopingspunten overblijven om tot deelname aan het niet-aanvalspact door Engelke en Flechtorfer te concluderen. Voorzover zulks niet het geval zou zijn, dienen de bezwaren gegrond te worden verklaard en dient tevens de deelname door deze ondernemingen aan de één-enkele overtreding opnieuw te worden beoordeeld.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Deelname aan de gedragingen – Afkoop Ranks

110. Volgens het besluit hebben dezelfde acht ondernemingen (Meneba, Werhahn, Grain Millers, Ranks, Dossche, Ceres, Engelke en Flechtorfer) ook geparticipeerd in de afkoop van Ranks, evenals VK Mühlen. Ceres, VK Mühlen, Engelke en Flechtorfer hebben op dit punt bezwaar gemaakt.

Beoordeling

111. De Adviescommissie wenst de inleidende opmerking te maken dat de bewijsstandaard in het mededingingsrecht lager ligt dan de uitkomst van een volledige materiële waarheidsvinding, zodat ondernemingen voor gedragingen kunnen worden beboet die zij hoogstwaarschijnlijk hebben verricht.¹⁷ Het is daarbij aan ondernemingen om een dermate plausibele alternatieve verklaring van de feiten en omstandigheden aan te dragen, dat daardoor de redering van de Raad in zoverre aan waarschijnlijkheid inboet, dat met het oog op *in dubio pro reo*, in het voordeel van de onderneming dient te worden beslist.¹⁸
112. De Adviescommissie overweegt dat de bewijsvoering ten opzichte van Ceres de conclusie kan dragen dat zij heeft deelgenomen aan de afkoop van Ranks. Met name acht de Adviescommissie het aannemelijk dat voorzover Ceres bij de kwestie Ranks een jegens de andere betrokken ondernemingen onwelwillende houding zou hebben aangenomen, dit voornamelijk de betaling van compensatie betrof, en niet de overtreding zelf. Ceres wordt immers door Werhahn genoemd als partij bij de afspraak dat Ranks zich “zou koest houden”. Ceres is daarnaast bij 1 bijeenkomst aanwezig geweest, en is voor een volgende uitgenodigd die zij enkel heeft afgezegd omdat een Belgische feestdag aan het bijwonen in de weg zou staan. Daarmee acht de Adviescommissie de conclusie van de Raad dat Ceres partij was bij deze afspraak, voldoende onderbouwd.
113. De Adviescommissie wenst daarbij te benadrukken dat Ceres door de vergadering bij te wonen is verschenen op een bijeenkomst tussen concurrenten op een transparante markt, met een historie van stilzwijgende collusie, nadat zij net een

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

naar eigen zeggen “bilateraal contact” heeft gehad met een naaste concurrent, waarbij de vergadering over de marktpartij ging, die nu juist door die afspraak volume op de meelmarkt zou verliezen. Zij heeft daarmee het bewuste risico genomen dat verklaringen van andere aanwezigen op die bijeenkomst tezamen met haar eigen aanwezigheid de Raad tot de mening kon brengen dat zij in de afkoop van Ranks zou hebben geparticipeerd. Een plausibel alternatief heeft Ceres daar niet tegenover kunnen stellen. De enkele ontkenning is in ieder geval onvoldoende, en de stelling dat door de bewijsvoering van de Raad het haar onmogelijk wordt gemaakt om zich te verdedigen, volgt de Adviescommissie evenmin. Indien Ceres thans immers had kunnen aantonen dat zij zich subiet openlijk had gedistantieerd van de afspraak dat Ranks zich een jaartje “koest moest houden”, dan had die omstandigheid de bewijsvoering van de Raad mogelijk kunnen ondermijnen. Zulks heeft Ceres echter niet gedaan, waardoor haar bezwaar in deze ongegrond dient te worden verklaard. De Adviescommissie overweegt voorts dat daarmee de vraag of de Raad het verband tussen de activiteiten van Ceres inzake de UNO-fabriek en de afkoop van Ranks wellicht te gemakkelijk als argument voor de betrokkenheid bij Ranks aanneemt, in het midden kan blijven.

114. Ten aanzien van VK Mühlen constateert de Adviescommissie dat de Raad als bewijs voor betrokkenheid de volgende elementen aandraagt: 1) de aanwezigheid bij de bijeenkomst van 11 november 2003 en 2) de vermelding “VK” op een handgeschreven overzicht aangetroffen bij Werhahn met daarachter een bedrag dat VK Mühlen zou dienen bij te dragen aan de afkoop van Ranks.¹⁹ De Adviescommissie merkt op dat deze twee elementen minder bewijsmateriaal vertegenwoordigen dan het materiaal dat aangaande de betrokkenheid van de andere ondernemingen is gevonden. Zo worden in het besluit geen verklaringen geciteerd waarin VK Mühlen als partij wordt genoemd, geeft de Raad toe bij VK Mühlen geen bewijs van betaling aan Meneba te hebben gevonden, en wijdt de Raad in het besluit al een extra opmerking aan de aanwezigheid van VK Mühlen, aangezien die blijkbaar niet eenvoudig is vast te stellen.

115. VK Mühlen stelt dat degene die op 11 november 2003 volgens de Raad aanwezig zou zijn geweest, op die dag is ontslagen. Daarmee zou het niet plausibel

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

zijn te achten dat diezelfde persoon de genoemde vergadering zou hebben bijgewoond. Die stelling is door de Raad aanvaard. VK Mühlen stelt voorts dat de aantekeningen van Ceres in deze niet betrouwbaar zouden zijn. De Raad geeft dit in zoverre toe, dat hij in de zienswijze een nadere uitleg geeft op grond van welk materiaal tot de aanwezigheid van VK Mühlen is geconcludeerd.²⁰ In de bijbehorende voetnoot 120 is een verklaring van Werhahn geciteerd, maar de Adviescommissie moet constateren dat in die verklaring VK Mühlen niet wordt genoemd. Voorts haalt de Raad in de zienswijze in voetnoot 121 een dossierstuk aan, maar in het besluit is dat dossierstuk weliswaar als bewijsstuk jegens meerdere ondernemingen gebruikt, maar voorzover de Adviescommissie kan nagaan, niet jegens VK Mühlen.²¹ Daarmee zou dat bewijsstuk in het besluit op bezwaar evenmin jegens VK Mühlen in stelling kunnen worden gebracht.

116. Over het bij Werhahn gevonden overzicht wenst de Adviescommissie nog op te merken dat met de term “VK” hoogstwaarschijnlijk VK Mühlen wordt bedoeld. Die enkele constatering is echter in het licht van het volgende echter wellicht onvoldoende om daarmee de betrokkenheid van VK Mühlen vast te stellen. Zo is er geen bewijs van betaling gevonden, terwijl dit bewijs bij andere ondernemingen wel is aangetroffen. Ook vermeldt Werhahn bij de getallen aangaande Flechtorfer en Engelke meteen “s. [=siehe, BAC] Abrechnung” en de datum. In een apart lijstje staan ondernemingen die blijkbaar nog moeten betalen. Één van hen, Grain Millers, heeft dit aantoonbaar gedaan. In het geval van SHM en Okermühle heeft de Raad gezien hun ontkenning van deelname en de afwezigheid van bewijs van betaling, geconcludeerd dat die ondernemingen niet aan de afkoop van Ranks hebben meegewerkt. De Raad is klaarblijkelijk van mening dat uit de enkele aanwezigheid van hun namen op het overzicht van Werhahn niet hun instemming bij de afkoop van Ranks kan worden geconcludeerd.

117. In dat licht daarvan en gezien de overige opmerkingen van de Adviescommissie aangaande het bewijsmateriaal dat jegens VK Mühlen is gehanteerd, adviseert de Adviescommissie de Raad om de bewijsvoering jegens VK Mühlen in het besluit op bewaar nader te motiveren. Met name zou de Raad specifiekere moeten aangeven op welke gronden de Raad het aannemelijker acht dat

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

VK Mühlen aan de afkoop van Ranks heeft deelgenomen dan SHM en Okermühle.

118. Ten aanzien van Flectorfer en Engelke is de Adviescommissie van oordeel dat het bewijs voor hun deelname, zeker in vergelijking tot de andere ondernemingen die op dit punt bezwaar hebben gemaakt, ruim voldoende is. Zo is hun aanwezigheid bij meerdere bijeenkomsten omschreven, en vermeldt Werhahn zoals hierboven aangegeven dat de bijdragen van deze twee ondernemingen daadwerkelijk zijn betaald. De door deze twee ondernemingen aangedragen verklaringen vormen daarmee in het licht van het door de Raad gevonden materiaal geen plausibel alternatief. Sterker, de rekensom die de Raad uitlegt in voetnoot 100 van de zienswijze komt de Adviescommissie (veel) aannemelijker voor dan de alternatieve uitleg die bezwaarden hieraan hebben willen geven.
119. De bezwaren van Engelke en Flectorfer dienen derhalve naar het oordeel van de Adviescommissie ongegrond te worden verklaard.

Deelname aan de gedragingen – Ontmanteling UNO-fabriek

120. De Raad heeft in het besluit geconcludeerd dat de ondernemingen Meneba, Brabomills, Ceres, Dossche, Werhahn, Grain Millers, Gebr. Engelke, Flectorfer, VK Mühlen, Okermühle, Milser Mühle en Saalemühle betrokken zijn geweest bij de ontmanteling van de UNO-fabriek. Tegen deze vaststelling hebben alle ondernemingen behalve Meneba, Werhahn en Grain Millers bezwaar gemaakt. Daarmee resteren de ondernemingen Brabomills, Ceres, Dossche, Gebr. Engelke, Flectorfer, VK Mühlen, Okermühle, Milser Mühle en Saalemühle. Nu een gedeelte van deze bezwaren slechts ziet op het mededingingsbeperkende karakter van de overeenkomst en daarmee reeds is besproken, zijn in deze paragraaf nog slechts relevant de bezwaren van Brabomills, Gebr. Engelke, Flectorfer, VK Mühlen, Okermühle, Milser Mühle en Saalemühle.
121. Gezien het bovenstaande is niet in geschil dat de ondernemingen Meneba, Ceres, Dossche, Werhahn en Grain Millers gezamenlijk de UNO-fabriek hebben ontmanteld en dienaangaande betalingen hebben verricht. Vervolgens – aldus de

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Raad – zou Werhahn het voornemen hebben gehad om haar bijdrage op andere Duitse molens (Gebr. Engelke, Flechtorfer, VK Mühlen, Okermühle, Milser Mühle en Saalemühle) te verhalen. Onderzoek naar deze tweede stap door de Raad heeft geleid tot bewijs van allerlei bijeenkomsten en betalingen. Sommige bezwaarden hebben daarbij laten doorschemeren dat deze bijeenkomsten en betalingen niets hadden uitstaan met de UNO-fabriek, maar met een Duits Quoten-kartel.

122. De Adviescommissie is van oordeel dat deze Duitse molens daarbij een dusdanig plausibele alternatieve verklaring voor de duiding van het aanwezige bewijsmateriaal hebben gegeven, dat de Raad gehouden is hier ten behoeve van het besluit op bezwaar nader onderzoek naar te doen. De Adviescommissie wenst daarbij op enkele punten de aandacht te vestigen.

123. Ten eerste behelst de overweging uit de overeenkomst dat de *German mills* € 600.000 zouden bijdragen voor de Adviescommissie niet meer dan een voornemen van Werhahn om een gedeelte van de koopsom later – gedeeltelijk – terug te krijgen. Van betrokkenheid van die *German mills* blijkt op dat moment nog niets.

124. Ten tweede heeft de Adviescommissie moeite om zich voor te stellen dat bijvoorbeeld Saalemühle, gevestigd in een gebied gelegen in de voormalige DDR, bereid zou zijn om bij te dragen aan het stilleggen van een molen in Bergen op Zoom uit angst voor een nieuwe concurrent. De optie dat de betaling is gedaan in het kader van een Duits kartel (waarvoor Werhahn bij het Duitse Bundeskartellamt reeds clementie heeft aangevraagd) acht de Adviescommissie aanzienlijk geloofwaardiger, ook al betekent dit slechts dat Saalemühle zich aan een andere (door het Bundeskartellamt te onderzoeken) overtreding van het mededingingsrecht schuldig heeft gemaakt in plaats van aan de onderhavige.

125. Zolang de Raad de precieze werking van dat Duitse kartel niet helder voor ogen heeft, inclusief de mogelijke vervlechting met de Nederlandse ontmanteling van de UNO-fabriek, kan naar het oordeel van de Adviescommissie met het huidige bewijsmateriaal geen boete aan Saalemühle worden opgelegd. Dit argument geldt in de ogen van de Adviescommissie vervolgens *mutatis mutandis* ook voor de andere

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Duitse ondernemingen uit bovengenoemde lijst, met één uitzondering (Milser Mühle, zie hierna).

126. Meerdere ondernemingen hebben voorts gesteld dat Werhahn vrijwillig hun bijdrage zou hebben voldaan in de verwachting dit bedrag op een later tijdstip met hen te kunnen verrekenen. De Raad acht die gang van zaken dermate onwaarschijnlijk dat hij daar zonder meer aan voorbij gaat. De Adviescommissie kan zich daarentegen met het oog op het Duitse Quoten-kartel voorstellen dat bij Werhahn een dergelijke gedachte is opgekomen; in ieder geval acht de Adviescommissie het zonder nader commentaar terzijde schuiven van dit bezwaar niet gerechtvaardigd. Verder blijkt hierdoor te meer dat de afwezigheid van een compleet beeld aangaande het Duitse kartel, de bewijsvoering aangaande de UNO-fabriek noodzakelijkerwijs negatief beïnvloedt.
127. Bovenstaande redenering geldt ook voor Engelke en Flechtorfer, ook al is de betrokkenheid van die twee ondernemingen bij de afkoop van Ranks wel komen vast te staan, omdat zij blijkbaar dermate grote commerciële belangen op de Nederlandse markt hadden, dat zij hebben gemeend aan die gedraging te moeten deelnemen. De Adviescommissie acht het in die zin ook enigszins waarschijnlijker dat Engelke en Flechtorfer aan de ontmanteling van de UNO-fabriek zouden hebben deelgenomen dan bijvoorbeeld Saalemühle. Dit vermoeden acht de Adviescommissie echter onvoldoende om de Raad te adviseren de bezwaren van Engelke en Flechtorfer reeds nu, en derhalve zonder nader onderzoek of nadere motivering, ongegrond te verklaren.
128. Zoals hierboven aangekondigd maakt de Adviescommissie één uitzondering op bovenstaande gedachtengang, namelijk ten aanzien van de onderneming Milser Mühle. Zij heeft namelijk aantoonbaar € 8.000 in het kader van de ontmanteling van de UNO-fabriek aan Werhahn betaald. Thans beweert zij dat die betaling voor twee onderdelen zou zijn. De onderdelen zijn haar niet geleverd, maar Milser Mühle zou het terugvorderen van de € 8.000 achterwege hebben gelaten vanwege de hoge juridische kosten van terugvordering en de ter hoorzitting genoemde *Stress* die een dergelijke procedure met zich zou hebben gebracht.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

129. De Adviescommissie acht deze gang van zaken niet geloofwaardig. Voorzover Milser Mühle een advies van een advocaat zou hebben gekregen dat de proceskosten hoger zouden uitvallen dan € 8.000, dan had zij dat advies kunnen overleggen, *quod non*. Voorts had zij kunnen stellen dat zij in ieder geval een poging heeft ondernomen – d.m.v. een brief aan Werhahn of een telefoongesprek – om de € 8.000 terug te krijgen, *quod non*. De omstandigheid dat Milser Mühle aldus Werhahn zelfs niet vriendelijk heeft verzocht (zonder het tot *Stress* te laten komen), laat staan gemaand tot terugbetaling, kan slechts tot één conclusie leiden: Milser Mühle moet zich uit andere hoofde dan levering van de twee onderdelen verplicht hebben gevoeld om de betaling ad € 8.000 te verrichten. Daarmee heeft de Raad de betrokkenheid van Milser Mühle op goede gronden vastgesteld en dient haar bezwaar ongegrond te worden verklaard.

130. Voorts dient het bezwaar van Brabomills ongegrond te worden verklaard. Haar betwisting van betrokkenheid bij de ontmanteling van de UNO-fabriek strandt volgens de Adviescommissie reeds op het feit dat zij de bewuste overeenkomst heeft getekend. Voorzover zij thans betoogt op dat moment meer belang te hebben gehad bij de levering van machines dan bij ontmanteling, dan wel de bewuste clause inzake het kettingbeding niet te hebben gelezen, of zich het mededingingsbeperkende karakter daarvan onvoldoende te hebben gerealiseerd: die omstandigheden doen aan haar wilsovereenstemming niet af. Niets had haar daarnaast belet om voorafgaand aan het tekenen zich op dit punt juridisch te laten voorlichten. Die nalatigheid inclusief de gevolgen daarvan dienen voor haar rekening en risico te worden uitgelegd. Daarmee kan volgens de Adviescommissie het antwoord op de vraag in hoeverre Brabomills die machines daadwerkelijk dacht aan te schaffen, in het midden blijven.

Onderdeel C – Boete

Duur van de overtreding – datum begin overtreding

131. Grain Millers heeft bezwaar gemaakt tegen de vaststelling van de Raad dat

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

zij reeds in 2001 deelnam aan het niet-aanvalspect.

Beoordeling

132. De Adviescommissie wenst allereerst op te merken dat de namens Grain Millers naar voren gebrachte argumenten uitgaan van de premisse dat de Raad buiten iedere twijfel zou moeten vaststellen dat Grain Millers vanaf 12 september 2001 als deelnemer aan het niet-aanvalspect kan worden gekenschetst. Die aanname gaat naar het oordeel van de Adviescommissie echter te ver: de Raad dient slechts aannemelijk te maken dat zulks is geschied, waarbij het vervolgens aan Grain Millers is om het tegendeel (meer) aannemelijk te maken.
133. In het onderhavige geval heeft Grain Millers clementie aangevraagd en daarbij erkend vanaf 2 september 2003 te hebben deelgenomen aan een overtreding van art. 6 Mw. In het besluit heeft de Raad de startdatum van de overtreding 2 jaar naar voren verlegd, te weten 12 september 2001. De Raad baseert deze vaststelling op aantekeningen van Meneba waaruit naar het oordeel van de Adviescommissie in redelijkheid deelname vanaf die eerdere datum kan worden afgeleid. De Adviescommissie erkent dat de formulering in het besluit aangaande dit punt – met onder meer de zinsnede “dit kan ook eerder zijn” – enigszins ongelukkig is gekozen. Toch neemt dit niet weg dat de Adviescommissie contact tussen Grain Millers en Meneba eerder dan 2 september 2003 aannemelijk acht.
134. De Adviescommissie adviseert derhalve het bezwaar ongegrond te verklaren.

Duur van de overtreding – datum einde overtreding

135. Ceres heeft bezwaar gemaakt tegen de vaststelling van de Raad dat zij tot 16 maart 2007 zou hebben deelgenomen aan het niet-aanvalspect. Op 16 maart 2007 vond er weliswaar een bespreking plaats tussen Ceres, Meneba en Grain Millers, maar er zou juist geen wilsovereenstemming zijn bereikt, omdat Meneba geen volume wilde inleveren.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Beoordeling

136. De bijeenkomst op 16 maart 2007 tussen Ceres, Meneba en Grain Millers is – en in zoverre brengt Ceres hier een aannemelijk standpunt naar voren – te lezen als een bezoek van leden van een kartel die een onderneming onder druk willen zetten om aan een verboden afstemming deel te nemen door haar volume met 15.000 ton te verlagen. Een goede aanwijzing daarvoor acht de Adviescommissie dat het in randnummer 230 van het besluit weergegeven overzicht uit het clementie-materiaal waar “-15” bij “Ceres” staat, ten behoeve van een vergadering is opgesteld waar Ceres niet bij aanwezig was. Daarenboven staat onder “-15” de aantekening [REDACTED] vermeld, hetgeen naar de mening van de Raad – terecht volgens de Adviescommissie – op [REDACTED] slaat.
137. Gezien haar advisering aangaande de bewijsvoering van deelname aan de overtreding en haar overwegingen aangaande [REDACTED] volstaat de Adviescommissie hier met het volgende. Indien de Raad deelname van Ceres aan het niet-aanvalspact onveranderd ten opzichte van het primaire besluit zou vaststellen, dan is de bijeenkomst van 16 maart 2007 als kartelvergadering te kenschetsen. Voorzover de deelnemers aan dat kartel daarbij onderlinge onenigheid hebben gekregen over een volumeverschuiving, doet dat aan het verboden karakter van de bijeenkomst niet af en heeft de Raad de datum van beëindiging van de overtreding juist vastgesteld.
138. Mocht de Raad echter in het besluit op bezwaar concluderen dat Ceres in geen of mindere mate heeft deelgenomen aan het kartel, dan adviseert de Adviescommissie om de bijeenkomst in het daarbij behorende veranderde licht opnieuw te aanschouwen.
139. Ranks stelt zich op het standpunt dat zij reeds op 7 oktober 2006 haar deelname aan het kartel heeft beëindigd, en niet pas op 8 december 2006.
140. In de zienswijze expliciteert de Raad dat de aanwezigheid van Ranks op de bijeenkomst van 8 december 2006 is vastgesteld naar aanleiding van een verklaring van een medewerker van Ranks, en niet slechts op de verklaring van Meneba, zoals

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Ranks stelt.²² Dit komt de Adviescommissie juist voor. Daarbij acht de Adviescommissie het aannemelijk dat de medewerker in kwestie op de bewuste datum bij de vergadering aanwezig is geweest. In ieder geval heeft Ranks niet het begin van bewijs geleverd voor de stelling dat de medewerker die dag ergens anders zou zijn geweest. Anders dan Ranks wellicht meent mag dit in het licht van het aanwezige bewijsmateriaal van haar worden gevergd, bij gebreke waarvan de aanwezigheid mag worden aangenomen.

141. De Adviescommissie adviseert deze nadere motivering in het besluit op bezwaar op te nemen en het bezwaar ongegrond te verklaren.

Betrokken omzet in meelsector

142. Meerdere ondernemingen betogen dat in de onderhavige zaak de omzet van de ondernemingen behaald gedurende de inbreuk niet als grondslag voor de boete zou moeten gelden. Voornamelijk de omstandigheid dat bij het malen van meel de molens geen commercieel risico zouden lopen aangaande de aankoop en de verkoop van het meel, maar de aankoopkosten wel 80% van de omzet vormen, zou aldus omzet tot een ongeschikte boetegrondslag maken.

Beoordeling

143. Op grond van art. 4:84 Awb handelt het bestuursorgaan overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. De Adviescommissie is het op zich met de Raad eens dat de vigerende beleidsregels omzet als criterium voorschrijven, en behoudens uitzonderlijke omstandigheden, bezwaren als die welke in het onderhavige geval naar voren zijn gebracht, geen kans van slagen hebben.
144. In de zienswijze stelt de Raad dat van dergelijke dusdanig bijzondere omstandigheden niet is gebleken.²³ Daarentegen ziet de Adviescommissie wel mogelijke aanknopingspunten voor een betoog dat de specifieke omstandigheden

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

van dit geval omzet een minder gelukkig criterium maken dan bij andere sectoren en kan leiden tot onevenredig zware beboeting.

145. Het is naar het oordeel van de Adviescommissie duidelijk dat het percentage van de toegevoegde waarde als fractie van de omzet (ca. of kleiner dan 20%) bij de ondernemingen significant lager is dan het gemiddelde in de Nederlandse economie in haar geheel en, zo neemt de Adviescommissie aan, ook in vergelijking met de voedings- en genotmiddelenindustrie in Nederland in het bijzonder. Het is derhalve duidelijk dat een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet, neerkomend op ca. 50% van de “betrokken” toegevoegde waarde, relatief zwaar aangrijpt. Het is immers zeer aannemelijk dat de winst (veel) minder dan 50% van deze toegevoegde waarde uitmaakt. Het grote aantal ondernemingen dat in deze zaak heeft gesteld de boete niet te kunnen betalen, onderstreept dit betoog.

146. Het bovenstaande leidt er volgens de Adviescommissie niet noodzakelijkerwijs toe dat het aannemelijk maken van dergelijke bijzondere omstandigheden tot het loslaten van het begrip omzet zoals gedefinieerd in de vigerende beleidsregels zou moeten leiden. Veeleer ziet de Adviescommissie een oplossing in een mogelijke generieke verlaging van de boete, waarmee het wellicht onredelijk bezwarende karakter van bovenstaande problematiek zou kunnen worden weggenomen. De Adviescommissie adviseert de NMa om voorafgaand aan de beslissing op bezwaar nader onderzoek te plegen naar de hierboven gesignaleerde bijzondere aspecten in de meelsector en daar bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening te houden.

147. Voor het overige dienen de bezwaren ongegrond te worden verklaard.

Berekening betrokken omzet / Ernstfactoren / Verdubbeling van de omzet / Onevenredig hoge boete algemeen / Onevenredig hoge boete in verhouding tot andere onderneming(en) / Onevenredig hoge boete in verhouding tot scenario van méér begane overtredingen

148. Saalemühle en Milser Mühle achten het onredelijk dat de omzet van de

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

onderneming Okermühle ook bij hen van toepassing is verklaard, waardoor die drie ondernemingen dezelfde boete hebben gekregen. Meerdere ondernemingen hebben bezwaar gemaakt tegen de ernstfactor die de Raad bij het berekenen van de boetes heeft gehanteerd, zowel bij de één-enkele inbreuk als bij de afzonderlijke overtredingen. Daarnaast hebben VK Mühlen en Flechtorfer bezwaar gemaakt tegen de in hun ogen toegepaste “verdubbeling” van de boetegrondslag. Tevens worden in de verschillende bezwaarschriften allerlei vergelijkingen gemaakt van de aan de onderneming opgelegde boete met de aan andere deelnemers aan het kartel opgelegde boetes, waarbij vervolgens wordt gesteld dat de boete onevenredig hoog zou zijn voor bezwaarde. VK Mühlen stelt daarbij dat zij bij het verrichten van méér verboden handelingen, een lagere boete had gekregen, hetgeen met het gelijkheidsbeginsel dan wel het evenredigheidsbeginsel op gespannen voet zou staan. Ook zou de boete volgens meerdere ondernemingen disproportioneel zijn.

Inleiding

149. De Adviescommissie acht deze bezwaren vatbaar voor gezamenlijke behandeling. Tevens acht zij het geïndiceerd de systematiek van de in deze zaak geldende beleidsregels – de Boetecode NMa 2007 (hierna: Boetecode) – kort weer te geven. Ook acht zij het voor een goede advisering noodzakelijk de in deze zaak door de Raad toegepaste methodiek weer te geven. Voor de goede orde merkt zij op dat bij het onderstaande van de premisse wordt uitgegaan dat de bewijsvoering ten opzichte van alle beboete ondernemingen niet kan worden aangetast en de ondernemingen daarmee alle de hen verweten gedragingen hebben verricht. Let wel: dit is een premisse, die slechts geldt wanneer de Raad de adviezen met betrekking tot deze of gene onderneming, zoals door de Adviescommissie in dit advies verwoord, naast zich neer zou leggen. Doet de Raad dat niet, dan kan dat nadere differentiatie ten aanzien van de beboeting van individuele ondernemingen tot gevolg hebben.

150. De ten aanzien van de boeteberekening vastgestelde beleidsregels schrijven voor dat de boete wordt bepaald door de volgende formule:

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

**Boetegrondslag x ernstfactor (x duurfactor) + verhoging/verlaging voor
bijkomende omstandigheden = boete**

151. De boetegrondslag is daarbij 10% van de betrokken omzet. De betrokken omzet is de waarde van alle transacties, die door een overtreder tijdens de totale duur van een overtreding is behaald met de verkoop van goederen en/of levering van diensten waarop die overtreding betrekking heeft, onder aftrek van over de omzet geheven belastingen; of op de jaaromzet.
152. Nadat de boetegrondslag is vastgesteld, wordt deze vermenigvuldigd met de ernstfactor.
153. Vervolgens stelt rn. 18 van de Boetecode dat deze uitkomst zo nodig wordt vermenigvuldigd met een duurfactor. In rn. 26 staat echter dat de Boetecode geen afzonderlijke duurfactor vaststelt, aangezien in de betrokken omzet de economische neerslag van de duur van de overtreding reeds voldoende tot uiting komt.
154. In rn. 54 geeft de Boetecode de Raad de mogelijkheid om voor meerdere in het Rapport genoemde overtredingen, in het besluit één boete vast te stellen voor het geheel daarvan.
155. Bij bovenstaande formule maakt de Raad tenslotte de kanttekening dat de berekening van de boete geen rekenkundig model is, en hij derhalve over een discretionaire marge beschikt.
156. In de onderhavige zaak heeft de Raad de hierboven uiteengezette systematiek als volgt toegepast.
157. Voor de ondernemingen die voor de één-enkele overtreding zijn beboet, is een ernstfactor van 2,75 gehanteerd. Dit geldt voor de ondernemingen Meneba en Dossche.
158. Ondernemingen die in sommige onderdelen van de één-enkele overtreding

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

niet hebben geparticipeerd, hebben een korting van 10% op de boete tegemoet kunnen zien voor iedere gedraging die jegens hen niet is bewezen. In het besluit is deze 10% als boeteverlagende omstandigheid toegepast. In de zienswijze heeft de Raad echter duidelijk gemaakt dat zij in wezen 10% korting op de ernstfactor heeft willen geven, hetgeen voor de ondernemingen rekenkundig op hetzelfde neerkomt.²⁴ Er zijn 6 ondernemingen bij wie de deelname aan 1 onderdeel niet is bewezen, te weten Ranks (overtreding UNO) en Grain Millers, Werhahn, Flechtorfer, Ceres en Engelke (steeds overtreding Van Ooijen). Er zijn geen ondernemingen bij wie de niet-deelname ten aanzien van meerdere overtredingen is vastgesteld.

159. Voor de gedraging Ranks is een ernstfactor 3 vastgesteld. Deze is slechts toegepast op de onderneming VK Mühlen, aangezien de overige bij de afkoop van Ranks betrokken partijen reeds voor de één-enkele gedraging zijn beboet.

160. Voor de gedraging UNO is een ernstfactor 2,25 gehanteerd. Deze is toegepast bij VK Mühlen, Brabomills, Okermühle, Milser Mühle en Saalemühle.

161. Nu de onderneming VK Mühlen in de ogen van de Raad voor twee overtredingen dient te worden beboet, maar de Raad slechts 1 boete heeft willen opleggen, is de betrokken omzet van VK Mühlen verdubbeld en vermenigvuldigd met de ernstfactor 2,625 (= het gemiddelde van 3 en 2,25).

162. Bij de onderneming Flechtorfer heeft de Raad allereerst de betrokken omzet iets anders vastgesteld, omdat gedurende een groot gedeelte van 2004 geen omzet was behaald en de Raad daarmee 2003 een representatiever jaar vond. Vervolgens heeft de Raad deze omzet te laag geacht om als boetegrondslag te dienen, mede met het oog op algemene en specifieke preventie. Als oplossing daarvoor heeft de Raad – gelet op de grote intensiteit van de gedragingen gedurende korte duur – de betrokken omzet verdubbeld alvorens de ernstfactor toe te passen.

Beoordeling

163. De Adviescommissie acht de ernstfactor van 2,75 voor de één-enkele

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

overtreding de uitkomst van een redelijke beleidsbepaling, waarbij zij wenst te benadrukken dat gezien de discretionaire ruimte die de Raad hier tot zijn beschikking heeft, slechts een kennelijk onredelijke ernstfactor een negatieve advisering van de Adviescommissie tot gevolg zou hebben. Gezien de veelvoud aan *hard core* restricties in deze zaak bestaat voor een dergelijk oordeel echter geen aanleiding.

164. Ook de korting van 10% op de ernstfactor, resulterende in een ernstfactor van 2,475, acht de Adviescommissie op goede gronden bepaald, waarbij de Adviescommissie wel begrijpt dat bij bezwaarden op dit punt mogelijk enige verwarring is ontstaan. Normaliter komt een verminderde betrokkenheid bij een overtreding immers tot uitdrukking in een lagere betrokken omzet, aangezien de onderneming blijkbaar minder lang in de overtreding heeft geparticipeerd. Bij de één-enkele overtreding is die kortere duur echter vrijwel onmogelijk vast te stellen indien een onderneming “midden” in de overtreding aan een enkel onderdeel niet heeft meegedaan. In zoverre heeft de Adviescommissie begrip voor de door de Raad gekozen benadering.

165. Daarbij acht de Adviescommissie de hoogte van de korting – 10% – eveneens redelijk, ook om de volgende twee redenen. Ten eerste is er slechts korting toegekend vanwege niet-deelname aan Van Ooijen of UNO en acht de Raad blijkens voetnoot 162 van de zienswijze die overtredingen in zwaarte vergelijkbaar. Ten tweede krijgt geen enkele onderneming vanwege 3 niet-deelnames 30% korting. In een dergelijk geval zou de Raad immers een onderneming nog steeds voor de één-enkele overtreding beboeten, terwijl deelname aan het merendeel van de onderdelen blijkbaar niet kan worden bewezen. Zo bezien is deze methodiek van de Raad in het onderhavige geval bruikbaar, maar geldt dit niet onbeperkt.

166. Ten aanzien van de ernstfactor voor de overtreding Ranks is de Adviescommissie van oordeel dat in een zaak waarbij slechts die overtreding zou worden beboet, zij een factor 3 reeds als zeer fors zou ervaren. In deze zaak echter acht de Adviescommissie de motivering in het besluit voor een factor 3 onvoldoende in vergelijking met het hanteren van een factor 2,75 bij de gehele één-

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

enkele overtreding.

167. Indien de Raad immers een overtreding van art. 6 Mw gedurende vele jaren met een ernstfactor 2,75 beboet, bevreemdt het de Adviescommissie dat deelname aan de afkoop van Ranks, zonder te participeren in het niet-aanvalspect of andere overtredingen, door de Raad “ernstiger” wordt geacht. De omstandigheid dat bij de één-enkele overtreding de langere duur in een hogere betrokken omzet zal resulteren en daarmee voor de één-enkele overtreding altijd een hogere boete zal worden opgelegd dan voor de uitsluitende deelname aan de afkoop van Ranks, kan aan die vaststelling niet afdoen.
168. De formulering uit de zienswijze dat de ernstfactor voor de één-enkele overtreding niet meer dan een middeling zou inhouden van de ernstfactor van de afzonderlijke elementen, acht de Adviescommissie daarbij als motivering onvoldoende.²⁵ Een één-enkele overtreding is immers een zelfstandige overtreding die meer is dan de som der delen: zo ontwijkt een één-enkele overtreding verjaringsperikelen, en kunnen ondernemingen ook worden beboet voor periodes waarin zij weinig met art. 6 Mw strijdige handelingen verrichten. De ernst van deze overkoepelende inbreuk kan daarbij naar het oordeel van de Adviescommissie derhalve niet snel minder zijn dan die voor de afkoop van Ranks, althans heeft de Raad onvoldoende aangegeven waarom de afkoop van Ranks in het licht van bovenstaande tóch een ernstfactor 3 zou verdienen.
169. In zoverre acht de Adviescommissie het door VK Mühlen naar voren gebrachte bezwaar gegrond en adviseert zij de Raad om in het besluit op bezwaar een nadere motivering op te nemen bij gebreke waarvan een lagere ernstfactor bij dit onderdeel dient te worden gehanteerd.
170. Ten aanzien van de overtreding bestaande uit de ontmanteling van de UNO-fabriek overweegt de Adviescommissie dat een ernstfactor van 2,25 haar op zich niet onredelijk wil voorkomen. Wel resulteert dit in boetes voor Okermühle en Saalemühle die de Adviescommissie erg hoog acht in het licht van hun aanwezigheid op de Nederlandse markt, hun bemoeienis met de gedragingen die in

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

het onderhavige besluit worden beboet en hun zeer geringe financiële bijdrage aan de verboden handeling.

171. Anders gezegd had de Adviescommissie begrip getoond indien de Raad op deze kleinere Duitse molens een lichter regime had toegepast dan op bijvoorbeeld de onderneming Brabomills die ten eerste veel dichterbij de UNO-fabriek in Bergen op Zoom is gevestigd (Antwerpen) en ten tweede in Nederland een veel grotere omzet behaalt. Dat daardoor de boete van Brabomills al hoger zal zijn dan die voor de kleine Duitse molens, acht de Adviescommissie onvoldoende om dit punt weg te nemen, aangezien de Adviescommissie een boete van € 392.000 voor Okermühle en Saalemühle beduidend te hoog acht.
172. De Adviescommissie adviseert de bezwaren van Okermühle en Saalemühle inzake de disproportionele boete in zoverre gegrond te verklaren en in het besluit op bezwaar een aanzienlijk lagere boete op te leggen.
173. Aangaande het bezwaar van Saalemühle betrekking hebbende op de wijze waarop de Raad haar omzet heeft vastgesteld – te weten gelijk aan die van Okermühle nu zij geen omzet in Nederland heeft behaald – overweegt de Adviescommissie dat zij die techniek van de Raad niet onaanvaardbaar acht. De enkele omstandigheid dat een onderneming die art. 6 Mw heeft overtreden in het geheel geen omzet op de Nederlandse markt heeft behaald, hoeft immers niet te betekenen dat aan haar geen boete zou kunnen worden opgelegd. Aansluiting bij de laagste omzet die in een zaak voorkomt, zoals in casu is geschied, vormt daarbij een niet onredelijke oplossing.
174. De Adviescommissie adviseert derhalve dit bezwaar ongegrond te verklaren.
175. Ten aanzien van Milser Mühle overweegt de Adviescommissie dat de onderneming na het indienen van het bezwaarschrift alsnog een omzetcijfer voor Nederland heeft aangereikt, zodat haar omzet niet langer dezelfde zou moeten zijn als die van Okermühle. Daarmee behoeft haar eerdere bezwaar geen bespreking, en adviseert de Adviescommissie de Raad om in het besluit op bezwaar in beginsel dit

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

omzetcijfer te hanteren. Wel merkt zij daarbij op dat dit in een boete van € 9.000 zou resulteren, hetgeen in dit kader een vrijwel symbolische waarde zou vertegenwoordigen.

176. De Adviescommissie overweegt te dien aanzien dat de Raad naar het oordeel van de Adviescommissie niet buiten zijn discretionaire bevoegdheid zou treden indien hij aan Milser Mühle alsnog dezelfde boete oplegt als de – te verlagen – boete voor Okermühle en Saalemühle, teneinde een passende beboeting gestalte te kunnen geven.
177. Ten aanzien van Flechtorfer overweegt de Adviescommissie dat de Raad op zich gerechtigd is om de boetegrondslag afwijkend vast te stellen, indien deze niet tot een passende beboeting zou leiden.
178. In het onderhavige geval evenwel stelt de Raad dat de relatief korte periode waarin Flechtorfer aan de één-enkele inbreuk heeft meegewerkt, tot een te lage betrokken omzet leidt om tot passende beboeting te leiden. Dientengevolge heeft de Raad de boetegrondslag verdubbeld, met als onderdeel van de motivering “de grote intensiteit gedurende een relatief korte periode waarmee Flechtorfer (ongeveer 15 maanden) heeft deelgenomen aan de één enkele inbreuk”.
179. Dit argument kan de Adviescommissie niet overtuigen, en wel om twee redenen. Ten eerste lijkt dit op een duurfactor, terwijl de Boetecode uitdrukkelijk stelt dat deze niet wordt gehanteerd. Ten tweede krijgt Flechtorfer hier volgens de argumentatie van de Raad een hogere boete dan de strikt rekenkundige, omdat zij minder lang aan de overtreding heeft deelgenomen. Deze argumentatie stelt de Raad bloot aan de – toegegeven *a contrario* – stelling dat een langere deelname van Flechtorfer aan de overtreding wellicht in een lagere boete had geresulteerd, indien de daarmee gepaard gaande hogere omzet reeds voor passende beboeting had geresulteerd en de Raad geen aanleiding voor verdubbeling had gezien.
180. Aangaande het argument van de Raad dat de boete van Flechtorfer in verhouding tot de andere ondernemingen te laag zou zijn zonder de verdubbeling,

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

overweegt de Adviescommissie dat er wel enige ruimte is voor een dergelijke stelling, maar dat de Raad aan de andere kant bij een verdubbeling van de omzet in wezen hetzelfde doet als een verdubbeling van de ernstfactor bij een gelijkblijvende omzet. In het onderhavige geval wordt de boete van Flechtorfer door de keuze van de Raad immers vastgesteld op bijna 5 keer de behaalde omzet: $(2 \times 2,75 \times (100\% - 10\%) = 4,95)$.

181. Daarmee is de verdubbeling in het besluit naar het oordeel van de Adviescommissie onvoldoende gemotiveerd. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om de verdubbeling van een nadere motivering te voorzien, bij gebreke waarvan het bezwaar gegrond dient te worden verklaard.

182. Ten aanzien van VK Mühlen overweegt de Adviescommissie dat VK Mühlen de enige onderneming is die niet is beboet voor de één-enkele overtreding, maar wel voor deelname aan de afkoop van Ranks en de ontmanteling van de UNO-fabriek. Daarmee kan haar beroep op het gelijkheidsbeginsel niet opgaan, omdat er in de onderhavige zaak geen gelijk geval aanwezig is.

183. Aangaande de door haar gestelde strijd met het evenredigheidsbeginsel overweegt de Adviescommissie als volgt. VK Mühlen heeft twee overtredingen begaan, en zou diensgevolge voor deze twee overtredingen moeten worden beboet, waarbij voor iedere overtreding afzonderlijk een betrokken omzet en een ernstfactor zou moeten worden vastgesteld. In het besluit heeft de Raad 1 boete opgelegd, door de betrokken omzet te verdubbelen en daarop de gemiddelde ernstfactor toe te passen, zijnde 2,625 $((3+2,25)/2 = 2,625)$. Op zich zelf beschouwd acht de Adviescommissie die beboeting – afgezien van haar aarzelingen over de ernstfactor 3 voor de overtreding inzake Ranks – conform de Boetecode en ook overigens niet onredelijk in het geval zij als enige onderneming en in isolatie beschouwd een boete had gekregen.

184. In deze zaak zijn er echter tal van andere ondernemingen die zo niet precies eendere, toch grotendeels dezelfde overtredingen hebben begaan, waarmee de aan VK Mühlen opgelegde boete ook in verhouding tot die boetes moet worden gezien.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Daarbij houdt naar het oordeel van de Adviescommissie een juiste toepassing van het evenredigheidsbeginsel in, in dier voege dat VK Mühlen vanwege haar relatief geringe betrokkenheid in verhouding tot andere ondernemingen – geen niet-aanvalspect en 2 van de 3 resterende overtredingen – een relatief gezien geringere boete krijgt opgelegd.

185. Daarbij kan het volgens de Adviescommissie zo zijn, dat met het oog op een evenredige boeteoplegging de Raad zich genoodzaakt zou kunnen zien om de methodiek waarbij VK Mühlen tweemaal wordt beboet voor twee overtredingen, los te laten. Ter vergelijking: Meneba heeft vier overtredingen begaan, maar krijgt geen viervoudige boete, en ten behoeve van de boeteberekening wordt haar omzet vermenigvuldigd met de ernstfactor 2,75. Bij VK Mühlen wordt de in 2004 behaalde omzet vermenigvuldigd met een factor 5,25: $(2*(3+2,25)/2 = 5,25)$.
186. Dat daardoor bij VK Mühlen de gedachte is opgekomen dat zij disproportioneel wordt gestraft, komt de Adviescommissie begrijpelijk voor, zeker als men de factor 5,25 in verhouding beziet tot de overige ondernemingen.
187. De in de zienswijze opgenomen verwijzingen van de Raad naar de bij Flechtorfer toegepaste methodiek acht de Adviescommissie daarbij onvoldoende om de schijn van mogelijke onevenredigheid bij VK Mühlen weg te nemen, te meer nu ten eerste de Raad bij Flechtorfer ook een – weliswaar iets anders vormgegeven – verdubbeling heeft toegepast en ten tweede de beboeting van Flechtorfer naar het oordeel van de Adviescommissie in het besluit op bezwaar eveneens een nadere motivering behoeft.²⁶
188. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om de beboeting van VK Mühlen in het besluit op bezwaar van een nadere motivering te voorzien, waarbij duidelijk wordt gemaakt dat de gehanteerde methodiek de toets van evenredigheid kan doorstaan in verhouding tot de beboeting van de ondernemingen die méér overtredingen hebben begaan dan VK Mühlen, niet zijnde Flechtorfer, bij gebreke waarvan het bezwaar gegrond dient te worden verklaard en de boete dient te worden verlaagd.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

Boeteverhogende omstandigheden

189. Werhahn en Meneba hebben bezwaar gemaakt tegen de verhoging van hun boetes vanwege de leidinggevende rol die zij zouden hebben vervuld.

Beoordeling

190. De Adviescommissie acht de in de zienswijze nader toegelichte toepassing van art. 48 van de Boetecode ruimschoots voldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat deze twee bezwaarden een zodanig andere rol hebben gespeeld binnen het meelkartel, dat hen een leidinggevende rol kan worden toegedicht.²⁷
191. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om zijn in de zienswijze opgenomen motivering in het besluit op bezwaar op te nemen en de bezwaren op dit punt ongegrond te verklaren.

Boeteverlagende omstandigheden

192. Meerdere ondernemingen menen recht te hebben op een verlaging van hun boete vanwege het beëindigen van de overtreding op eigen initiatief, het weigeren compensatie aan kartelgenoten te betalen, dan wel niet aan de overtreding “Bakkersland” te hebben meegedaan. Voorts stelt Ceres verdergaande medewerking te hebben verleend aan het onderzoek dan waartoe zij gehouden was.

Beoordeling

193. De Adviescommissie acht in die omstandigheden onvoldoende aanleiding om te Raad te adviseren de boetes te verlagen, voornamelijk omdat de Adviescommissie beslissingen als het niet continueren van een kartel, of het weigeren compensatie te betalen vrijwel uitsluitend als argumenten ziet op grond waarvan aan ondernemingen niet een nog hogere boete zou moeten worden opgelegd, in plaats van een lagere. Voorts overweegt de Adviescommissie dat het

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

beëindigen van een gedurende korte tijd gepleegde inbreuk inderdaad tot een vermindering zou kunnen leiden. In casu hebben bezwaarden echter gedurende *grosso modo* vijf jaar de overtreding voortgezet. Beëindiging van die langdurige inbreuk is dan geen reden tot boeteverlaging. Ten aanzien van de gedraging “Bakkersland” overweegt de Adviescommissie daarenboven dat deze gedraging niet is beboet. De omstandigheid daaraan niet te hebben meegedaan, kan derhalve geen boeteverlagende omstandigheid opleveren.

194. Ten aanzien van het verzoek van Ceres overweegt de Adviescommissie dat Ceres niet zozeer de verdergaande medewerking dient aan te tonen, maar aannemelijk dient te maken dat aan de Raad toegezonden informatie of bekentenissen een voor het onderzoek additionele waarde hebben. Het enkele achteraf toegeven van het maken van verboden afspraken waarvoor de Raad reeds bewijs in zijn bezit heeft, kan daarbij niet tot een boeteverlaging leiden.

195. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve de bezwaren ongegrond te verklaren.

Te weinig clementiekorting

196. Meneba, Grain Millers en Werhahn maken bezwaar tegen de in hun ogen te lage clementiekorting die aan hen is toegekend. Meneba stelt dat de door haar overgelegde informatie dermate waardevol voor het onderzoek is geweest dat deze een korting van meer dan 10% rechtvaardigt. Grain Millers brengt eenzelfde argument naar voren met betrekking tot de aan haar toegekende 30%. Werhahn stelt haar informatie voorafgaand aan de start van het onderzoek te hebben ingediend, waarmee zij een clementiekorting van 100% (immunititeit) zou dienen te ontvangen.

Beoordeling

197. Ten aanzien van de aan Meneba en Grain Millers toegekende clementiekortingen is de Adviescommissie van oordeel dat de in de zienswijze door de Raad gegeven nadere motivering voldoende duidelijk maakt dat de Raad op

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

goede gronden heeft besloten 10% respectievelijk 30% clementiekorting toe te kennen.²⁸

198. Ten aanzien van het door Werhahn gestelde recht op immuniteit overweegt de Adviescommissie dat het in voetnoot 8 van de Richtsnoeren Clementie 2007 gestelde, duidelijk maakt dat bij de Raad reeds een schriftelijk vastgelegd vermoeden bestond ten tijde van het indienen van het clementieverzoek. De Adviescommissie acht de in artikel 15, sub a van de Richtsnoeren Clementie gemaakte woordkeuze weliswaar in het licht van de bewuste voetnoot 8 niet erg gelukkig, maar dit kan aan haar conclusie niet afdoen. De door Werhahn ter hoorzitting geuite klacht over de tijdsspanne die de Raad heeft betracht alvorens op dit punt duidelijkheid aan haar te kunnen verschaffen moge daarbij gerechtvaardigd zijn, maar nog los van de vraag of en zo ja welke gevolgen daaraan zouden moeten worden verbonden, kan ook die omstandigheid de feitelijke vaststelling dat Werhahn eenvoudigweg iets te laat was met haar clementieverzoek, niet van haar juistheid ontdoen.

199. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om deze bezwaren ongegrond te verklaren.

Toerekening

200. Benando stelt dat de Raad de boete van Ranks niet aan haar had mogen toerekenen.

Beoordeling

201. De Adviescommissie acht in het betoog van de Raad zoals neergelegd in het besluit voldoende aanknopingspunten voor de stelling dat Benando beslissende invloed had tijdens de inbreuk, en dat derhalve de inbreuk op goede gronden aan haar is toegerekend.²⁹ De Adviescommissie merkt daarbij op dat de overdracht van de portie aandelen Ranks waardoor Farina Beteiligungs-GmbH een meerderheidsbelang verkreeg op 27 juni 2007 heeft plaatsgevonden, en daarmee na

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

het einde van de overtreding door Ranks (8 december 2006).

202. Dit wil niet zeggen dat de Adviescommissie geen begrip heeft voor de positie van Benando en dat zij zich mede door de opstelling van Grain Millers en Ranks in een positie bevindt die slechter is dan zij zich had voorgesteld toen zij de aandelen in Ranks in 2004 overdroeg. Dit begrip gaat echter niet zover dat de Raad zou dienen te worden geadviseerd in het besluit op bezwaar de toerekening op afwijkende wijze gestalte te geven. Daartoe overweegt de Adviescommissie dat de handelingen van Benando alle voor haar rekening en risico komen en slechts in de verhouding tussen haar als verkoper met de koper van de aandelen Ranks te gelden hebben. Daartoe behoren het risico van overdracht van slechts een gedeelte van de aandelen, zeker in combinatie met het nadien aanblijven als formeel bestuurder. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor haar argument dat de huidige aandeelhouder van Benando een andere is dan degene ten tijde van de overtreding, dan wel ten tijde van de overdracht van Ranks.

203. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om dit bezwaar ongegrond te verklaren.

Boetemaximum

204. Ranks stelt dat haar boete het boetemaximum van art. 57 Mw te boven gaat, omdat de Raad ten onrechte de omzet van Grain Millers heeft meegenomen bij de berekening van het plafond van 10% van de omzet. Benando stelt dat de aan haar toegerekende boete onevenredig hoog is, en dat zij geen invloed heeft op de omzet van Grain Millers, en daarmee op het vigerende boetemaximum.³⁰

Beoordeling

205. Het boetemaximum van 10% van de omzet behaald in het boekjaar voorafgaand aan de beschikking dient er primair toe buitensporige boetes te voorkomen. Die wellicht aanwezige buitensporigheid dient daarbij te worden beoordeeld op het moment dat de boete wordt opgelegd. Dit betekent dat de

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

feitelijke situatie op het moment van de beschikking richtinggevend is, zowel aangaande de omzet als aangaande de onderneming van wie de omzet als maatstaf wordt gehanteerd. Dit betekent i.c. dat de situatie in 2009 doorslaggevend is voor de vraag op welke wijze het boetemaximum dient te worden berekend, en niet de omzet ten tijde van de overtreding.³¹

206. Aan Ranks is een boete opgelegd van € 13.135.000. Het toetsen van het boeteplafond dient daarbij te geschieden aan de hand van de in 2009 genoten omzet van de ondernemingen aan wie het besluit is geadresseerd. In het geval Ranks in 2009 tot een onderneming behoorde bestaande uit meerdere onderdelen, dient de omzet van die onderdelen te worden meegewogen bij het berekenen van het boetemaximum. Het is immers de in 2009 aanwezige onderneming die de boete zal gaan betalen, en de 'veiligheidsklep' van art. 57 Mw behoeft derhalve pas in werking te treden in het geval de boete ten opzichte van de gehele onderneming buitensporig zou zijn.
207. In casu is de beschikking geadresseerd aan Ranks Beheer B.V. en aan Ranks Meel B.V. In 2009 maakten deze twee vennootschappen onderdeel uit van de onderneming Grain Millers, zoals uiteengezet in de zienswijze.
208. De Raad heeft derhalve het boetemaximum van art. 57 Mw correct toegepast door de opgelegde boete te vergelijken met 10% van de gehele in 2009 behaalde omzet van de onderneming Grain Millers. Nu de boete die 10% niet te boven gaat, is er derhalve geen aanleiding om de boete te matigen.
209. De omstandigheid dat Ranks ten tijde van de inbreuk een andere eigenaar had, waarbij de omzet van die vorige eigenaar ten tijde van de inbreuk wellicht lager was, doet aan het bovenstaande geen afbreuk. Voorzover 10% van de omzet van uitsluitend Ranks lager zou liggen dan de boete, en de 'veiligheidsklep' thans voor Grain Millers uitsluitend niet in werking treedt vanwege haar eigen, hogere, omzet in 2009 is dit een risico dat Grain Millers bewust heeft aanvaard door een onderneming te kopen die een overtreding van de Mededingingswet heeft begaan, waarvoor ten tijde van de koop nog geen boete was opgelegd. Haar verwijzingen

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

naar de uitspraak van het Gerecht in *SGL* zien naar het oordeel van de Adviescommissie daarbij op een feitelijk andere situatie, aangezien de onderneming Hoffmann in die zaak zelfstandig aan de inbreuk had meegedaan, d.w.z. zonder dat er kon worden toegerekend aan een moedermaatschappij.³² In casu is de gedraging van Ranks echter mede toegerekend aan Benando, waarmee de vergelijking met *SGL* mank loopt.

210. Ten aanzien van Benando geldt dat de boete mede aan haar is toegerekend. Bij het toetsen van de boete aan het plafond van art. 57 Mw dient derhalve allereerst weer de omzet van Ranks Beheer B.V. en Ranks Meel B.V in 2009 te worden vastgesteld, waarna de omzet van Benando – en de eventuele onderneming waartoe Benando in 2009 behoorde – daarbij dient te worden opgeteld. De omzet van Grain Millers speelt bij die berekening geen rol, aangezien Benando en Grain Millers in 2009 niet tot dezelfde onderneming behoorden.
211. Een mogelijke uitkomst is derhalve dat het boetemaximum ten aanzien van de toerekening aan Benando wel wordt gehaald, en ten opzichte van de boeteoplegging aan Ranks niet. Dit is echter niet vreemd, al was het maar om de eenvoudige reden dat een wellicht buitensporige boete voor Benando van het plafond van art. 57 Mw moet kunnen profiteren indien daartoe aanleiding bestaat, zonder dat een omstandigheid als de omzet van de koper van Ranks die mogelijkheid zou kunnen blokkeren.
212. In het besluit staat op dit punt slechts dat met uitzondering van Meneba en Dossche de ondernemingen het boetemaximum niet hebben overschreden.³³ Daaruit blijkt niet dat de toetsing van art. 57 Mw jegens Ranks en Benando op bovenstaande wijze heeft plaatsgevonden.
213. De Adviescommissie adviseert de Raad derhalve om de omzetcijfers van Benando en de onderneming tot wie zij behoort, voor 2009 vast te stellen en de toerekening van de aan Ranks opgelegde boete jegens Benando op 10% van dat bedrag te maximeren. Mocht dit in een lagere toerekening resulteren, dan dient het bezwaar van Benando in zoverre gegrond te worden verklaard.

ADVIES IN DE ZAAK 6306, MEEL (Algemeen)

214. Mocht de boete minder zijn dan 10% van het vastgestelde bedrag, dan dient het bezwaar van Benando ongegrond te worden verklaard.
215. Dit laatste geldt in beide scenario's voor de bezwaren van Ranks, aangezien een eventuele verminderde toerekening aan Benando geen werking heeft jegens Ranks of Grain Millers.
216. De bezwaren van Ranks dienen derhalve ongegrond te worden verklaard.

Advies

217. De Adviescommissie adviseert de Raad in voege als voormeld.
218. In een nader advies zal de Adviescommissie advies uitbrengen aangaande de bezwaren die op de tweede, besloten, hoorzitting zijn toegelicht.

Prof. mr J.H. Jans
Voorzitter

dr J.F. Appeldoorn
Secretaris