

Besluit Openbare versie

Ons kenmerk: 6306_20/259

Zaaknummer: 6306_20

Datum: 11 september 2015

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar van Bencis Capital Partners B.V. en Bencis Buyout Fund II General Partner B.V. gericht tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 20 november 2014, inzake de oplegging van een boete wegens overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet en/of artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

1 Inleiding

1.1 Verloop van de procedure

1. Voor het verloop van de procedure tot aan het bestreden besluit, verwijst ACM naar paragraaf 1.1 van dat besluit.¹
2. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het bestreden besluit op 20 november 2014 is op hoofdlijnen als volgt.
3. Op 24 december 2014 hebben Bencis Capital Partners B.V. (hierna: BCP) en Bencis Buyout Fund II General Partner B.V. (hierna: BBOF II GP en gezamenlijk: Bencis), op nader aan te voeren gronden, bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. ACM heeft op 9 januari 2015 de ontvangst van het bezwaarschrift van Bencis bevestigd en Bencis een termijn gesteld om de gronden van bezwaar in te dienen. Deze termijn is op verzoek van Bencis met vier weken verlengd. Op 7 april 2015 heeft ACM de gronden van bezwaar van Bencis ontvangen.
4. Op 11 juni 2015 heeft een hoorzitting (hierna: de hoorzitting) plaatsgevonden waar Bencis haar bezwaren tegen het bestreden besluit heeft toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt. Het verslag is op 6 augustus 2015 naar Bencis gestuurd.²

1.2 Het bestreden besluit

5. In het bestreden besluit komt ACM tot de conclusie dat de overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en/of artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) door Meneba (Meel) B.V. mede kan worden toegerekend

¹ Besluit van 20 november 2014 met kenmerk 6306_20/217 (hierna ook: het bestreden besluit).

² Brief van 6 augustus 2015 met kenmerk 6306_20/254.

Besluit

Openbare versie

aan Bencis. ACM heeft daarom een boete van EUR [1.000.000-1.500.000] opgelegd aan BCP en BBOF II GP.

1.3 Opbouw van dit besluit

6. Dit besluit is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 zullen de verschillende bezwaren van Bencis worden behandeld. De beoordeling van de verschillende bezwaren zal steeds vooraf worden gegaan van een beknopte samenvatting van de bezwaargrond. In paragraaf 2.1 zal ACM eerst de bezwaren die zien op het inbreukmakende gedrag behandelen, daarna zal in paragraaf 2.2 worden ingegaan op de bezwaren die zien op de toerekening van de inbreuk aan Bencis, vervolgens zullen in paragraaf 2.3 de bezwaren ten aanzien van de beboeting worden behandeld en ten slotte zal ACM in paragraaf 2.4 de overige bezwaren beoordelen. Hoofdstuk 3 bevat het dictum van dit besluit.

2 Beoordeling bezwaren

2.1 Bezwaren ten aanzien van het inbreukmakende gedrag

2.1.1 Niet-aanvalspect

2.1.1.1 Bezwaren Bencis

7. Volgens Bencis was het bewijs voor het “niet-aanvalspect” als onderdeel van de één enkele inbreuk niet te leveren geweest zonder de clementieverklaringen van Meneba.³ Uit de overige clementieverklaringen zou blijken dat er geen sprake is geweest van expliciete collusie, maar slechts van stilzwijgende collusie. Ook op de bilaterale contacten tussen de molenaars kan volgens Bencis geen marktverkoepelend totaalplan in de vorm van een niet-aanvalspect worden gebaseerd.⁴

2.1.1.2 Beoordeling ACM

8. Naar het oordeel van ACM is het onjuist dat het “niet-aanvalspect”, als onderdeel van de één enkele inbreuk, niet zonder de clementieverklaringen van Meneba bewezen had kunnen worden.
9. Het “niet-aanvalspect” bestond uit de overeenstemming tussen acht meelproducenten om iets niet te doen, namelijk om elkaars posities bij afnemers niet aan te vallen. Deze overeenstemming volgt naar het oordeel van ACM uit de clementieverklaringen van Meneba, de clementieverklaringen (en toelichtingen daarop) van Werhahn, Grain Millers en Ranks, uit

³ De verzamelnaam Meneba in dit besluit sluit aan bij randnummer 24 van het besluit van 16 december 2010 met kenmerk 6306_1/1136.

⁴ Bezwaarschrift Bencis paragraaf 4.2, zie 6306_1/248 (hierna: bezwaarschrift).

Besluit

Openbare versie

het document “Marktinfo Duitsland”,⁵ alsmede het schriftelijke bewijs van bilateraal contact tussen diverse meelproducenten.

Clementieverklaringen

10. Vier van de bij de één enkele inbreuk betrokken ondernemingen - Meneba, Werhahn, Grain Millers en Ranks - hebben onafhankelijk van elkaar verklaard over het “niet-aanvalsact”. Deze clementieverzoekers beschrijven allen hetzelfde gedrag: een afspraak of verstandhouding om elkaars positie bij afnemers ongemoeid te laten. ACM stelt vast dat zij daarvoor niet dezelfde bewoordingen gebruiken, maar dat de kernelementen waarover zij verklaren wel overeenkomen.
11. Werhahn heeft het in haar verklaringen over de “*understanding*” tussen de meelproducenten die (onder meer) inhoudt dat de grote klanten van concurrenten met rust worden gelaten en dat als er toch grote volumeverschuivingen zijn, die onderling worden gecompenseerd. In zijn verklaringen heeft de heer [vertrouwelijk], duidelijk gemaakt dat de “*understanding*” bij gelegenheid expliciet werd gemaakt en dat de “*understanding*” nauw samenhang met de kenmerken van de meelmarkt.⁶
12. Grain Millers beschrijft de afspraken of verstandhouding als “*contacts*” en “*understandings*” tussen de meelproducenten over prijzen, marktaandeel en quota.⁷ Grain Millers en Ranks hebben verder over de inhoud van deze afspraken of verstandhouding verklaard dat het “(...) *principe was dat iedereen zijn klanten behield*” en dat een passieve houding werd aangenomen tegen klanten van anderen.⁸ Grain Millers en Ranks hebben het in dat verband over een “*mutual understanding*”, “*understanding*” “*not to rock the boat*” en een “*culture*” van overleg, tussen meelproducenten waarin werd geprobeerd om de status quo te handhaven. In telefoongesprekken werd deze “*understanding*” ook expliciet gemaakt door over prijzen voor specifieke klanten te spreken.⁹
13. Volgens ACM vormen de verklaringen van Meneba een bevestiging van het gedrag dat door de andere drie clementieverzoekers al werd beschreven. Meneba gebruikt voor de gedragingen als enige in haar verklaringen ook expliciet de term ‘niet-aanvalsact’. ACM stelt vast dat het gedrag dat Meneba daaronder schaarst echter niet afwijkt van het gedrag dat de andere drie clementieverzoekers al in hun verklaringen beschreven. Ook uit de verklaringen van Meneba volgt dat er een afspraak was tussen concurrenten om elkaars positie bij

⁵ Dossierstuk 31 (dossierstuk 117 uit zaak 6306)

⁶ Zie: dossierstuk 31 (dossierstuk 31 uit zaak 6306), verklaring van de [vertrouwelijk] van 13 maart 2008, blz. 21, 25 en 26.

⁷ Zie: Dossierstuk 31 (dossierstuk 102 uit zaak 6306) en randnummer 67 van In het sanctiebesluit van 16 december 2010 in zaak 6306

⁸ Zie: dossierstuk 31 (dossierstuk 102 uit zaak 6306), clementieverzoek Grain Millers en Ranks en het besluit van 16 december 2010 met kenmerk 6306_1/1136 (hierna ook: het sanctiebesluit van 16 december 2010), randnummer 68.

⁹ Zie: dossierstuk 31 (dossierstuk 111 uit zaak 6306), verklaring van [vertrouwelijk] van 15 januari 2009.

Besluit

Openbare versie

afnemers met rust te laten. Uit de verklaringen van Meneba volgt verder dat de meelproducenten afspraken dat zij niet zouden ingaan op offerteverzoeken van nieuwe klanten en prijzen overeenkwamen die zij bij gezamenlijke klanten in rekening brachten.¹⁰

14. Ook in heroverweging komt ACM tot het oordeel dat de verklaringen van de vier onafhankelijke clementieverzoekers, over in essentie hetzelfde gedrag, betrouwbaar en overtuigend bewijs leveren voor het bestaan van het “niet-aanvalspect”.

Document “Marktinfo Duitsland”

15. De vier clementieverklaringen vormen niet het enige bewijs voor het bestaan van het “niet-aanvalspect”. Naast de clementieverklaringen, bevat ook het document “Marktinfo Duitsland”¹¹ bewijs voor het bestaan van het “niet-aanvalspect”.
16. Het betreft een document dat stamt uit de periode waarin de overtreding plaatsvond en dat tijdens het bedrijfsbezoek van ACM is gekopieerd.¹² Het document bevat aantekeningen van **[vertrouwelijk]**, destijds commercieel directeur van Meneba. **[vertrouwelijk]** heeft over deze aantekeningen verklaard dat zij een weergave vormen van informatie die hij onder meer uit gesprekken met Werhahn **[vertrouwelijk]** en Grain Millers **[vertrouwelijk]** heeft gehaald. Deze gesprekken hebben plaatsgevonden in de dagen voordat **[vertrouwelijk]** het document met zijn aantekeningen opstelde.¹³ Het document bevat aantekeningen onder andere over de afstemming die tussen Meneba en Werhahn en tussen Meneba en Grain Millers plaatshad. Deze afstemming bestond uit afspraken wie welke afnemer mocht beleveren en het uitwisselen en afstemmen van prijzen die in rekening zouden worden gebracht.

[vertrouwelijk] Zo staat er in het document bij Werhahn **[vertrouwelijk]**

17. ACM is van oordeel dat dit schriftelijke stuk nog eens expliciet maakt dat er een “niet-aanvalspect” gold tussen de betrokken ondernemingen met als doel om zeker te stellen dat ze elkaars klanten met rust lieten en te voorkomen dat er grote volumeverschuivingen zouden volgen.

Bewijs bilateraal contact

18. Het bestaan van het “niet-aanvalspect” blijkt ook uit het bilateraal contact tussen diverse meelproducenten. Er is bewijs van een vijftal bilaterale contacten over 11 afnemers van de meelproducenten. Het gaat om de volgende vijf contacten:

¹⁰ Zie: dossierstuk 31 (dossierstuk 204 uit zaak 6306).

¹¹ Dossierstuk 31 (dossierstuk 117 uit zaak 6306).

¹² Het document is op 12 september 2001 aangemaakt en op die dag ook voor het laatst opgeslagen.

¹³ Dossierstuk 31 (dossierstuk 204 uit zaak 6306), bijlage 4.8.

Besluit

Openbare versie

- Contact tussen Dossche en Ceres over een afnemer¹⁴
- Contact tussen Meneba en Ceres over een afnemer¹⁵
- Contact tussen Meneba en Ranks over een afnemer¹⁶
- Contact tussen Krijger en Ranks over een afnemer¹⁷
- Contact tussen Dossche en Meneba over 7 afnemers¹⁸

19. Zoals blijkt uit de schriftelijke bewijzen van de bilaterale contacten, werd tijdens deze contacten gesproken over de prijzen die door de meelproducenten aan bepaalde afnemers zouden worden gerekend. Ook de vier clementieverzoekers bevestigden dat in dit soort bilaterale contacten over concrete afnemers werd gesproken.¹⁹ Zij noemden dit als kenmerkend gedrag binnen het “niet-aanvalspect”. Volgens ACM tonen ook de bilaterale contacten aan dat het “niet-aanvalspect” een vorm van expliciete afstemming tussen de betrokken meelproducenten was.
20. Bencis stelt zich op het standpunt dat op basis van de hiervoor genoemde bilaterale contacten geen “niet-aanvalspect” kon worden vastgesteld. ACM is van oordeel dat dit standpunt van Bencis miskent dat in het bestreden besluit de bilaterale contacten in samenhang zijn gezien met de overige bewijsmiddelen voor het niet-aanvalspect (vier op dit punt overeenstemmende clementieverklaringen en het document “marktinfo Duitsland”). Niet ieder afzonderlijk bewijsmiddel hoeft op zichzelf sluitend bewijs te vormen van het niet-aanvalspect, het volstaat wanneer de verzameling van bewijsmiddelen de overtreding aantonen.²⁰

2.1.1.3 Conclusie “niet-aanvalspect”

21. Gezien de in deze paragraaf behandelde bewijsmiddelen komt ACM in heroverweging tot de conclusie dat sprake was van een “niet-aanvalspect” tussen de betrokken meelproducenten. Niet alleen de clementieverklaringen van Meneba dragen bij aan deze conclusie, maar ook de verklaringen van Werhahn, Grain Millers en Ranks en de schriftelijke bewijsmiddelen (het document “Marktinfo Duitsland” en de schriftelijke bewijzen van de bilaterale contacten).

2.1.2 Eén enkele voortdurende inbreuk

2.1.2.1 Bezwaren Bencis

22. Volgens Bencis heeft ACM ten onrechte geoordeeld dat sprake was van gedragingen die samen één enkele inbreuk vormden. Ter onderbouwing van deze bezwaargrond voert Bencis

¹⁴ Sanctiebesluit van 16 december 2010, randnummers 131 tot en met 136.

¹⁵ Sanctiebesluit van 16 december 2010, randnummers 137 en 138.

¹⁶ Sanctiebesluit van 16 december 2010, randnummers 139 tot en met 141.

¹⁷ Sanctiebesluit van 16 december 2010, randnummers 142 tot en met 145.

¹⁸ Sanctiebesluit van 16 december 2010, randnummers 146 tot en met 150.

¹⁹ Besluit op bezwaar van 14 maart 2012 met kenmerk 6306_1/1320, randnummer 24.

²⁰ Gerecht 12 december 2014, T-558/08, ECLI:EU:T:2014:1080, r.o. 34 en 35 (*Eni*) en Gerecht 13 september 2013, T-566/08, ECLI:EU:T:2013:423, r.o. 39 en 40 (*Total Raffinage Marketing*).

Besluit

Openbare versie

aan dat (i) ACM het gemeenschappelijk doel van de gedragingen die samen de één enkele inbreuk vormen te algemeen heeft omschreven²¹ en (ii) dat de gedragingen niet complementair aan elkaar waren.²²

2.1.2.2 Beoordeling ACM

Gemeenschappelijk doel van de gedragingen

23. Het bezwaar van Bencis dat ACM het gemeenschappelijke doel van de gedragingen te algemeen heeft omschreven, treft geen doel.
24. In het sanctiebesluit van 16 december 2010 in zaak 6306²³ heeft ACM het doel dat de meelproducenten na streefden als volgt omschreven: stabiele verhoudingen (*status quo*) wat betreft de door hen aan Nederlandse afnemers geleverde volumes.²⁴ Anders dan Bencis stelt, is deze omschrijving van het gemeenschappelijke doel niet zodanig algemeen dat het onvoldoende is voor het aannemen van één enkele inbreuk. De verwijzing van Bencis in dat verband naar het BASF-arrest gaat hier niet op.²⁵ Het gemeenschappelijk doel dat ACM in het sanctiebesluit van 16 december 2010 heeft omschreven is concreter dan het doel zoals dat door de Commissie in de BASF-zaak werd geformuleerd (de ongunstige beïnvloeding van de mededinging). Het gaat in de onderhavige zaak om het stabiliseren van de verhoudingen voor wat betreft de aan de Nederlandse afnemers geleverde volumes. Het gemeenschappelijk doel richt zich daarmee op het handhaven van de concrete volumes die door de betrokken meelproducenten werden geleverd aan de Nederlandse afnemers. Meer specifiek probeerden meelproducenten door de markt te stabiliseren, sterke dalingen in de bezettingsgraad bij zichzelf en bij concurrenten te voorkomen; een lagere bezettingsgraad zou nopen tot het terugwinnen van volume middels prijsdalingen, wat gemakkelijk kon escaleren tot een negatieve prijsspiraal.²⁶
25. De rechtbank kwam in het beroep van diverse meelproducenten tegen het sanctiebesluit van 16 december 2010 tot eenzelfde oordeel: het gemeenschappelijk doel van de gedragingen is door ACM voldoende concreet omschreven. Daarnaast stelde de rechtbank vast dat de beschreven gedragingen alle bij uitstek geschikte middelen waren om bij te dragen aan dat gemeenschappelijke doel.²⁷

Complementaire gedragingen

²¹ Bezwaarschrift, randnummer 88.

²² Bezwaarschrift, randnummer 89.

²³ Sanctiebesluit van 16 december 2010.

²⁴ Sanctiebesluit van 16 december 2010, randnummer 73.

²⁵ Gerecht 12 december 2007, gevoegde zaken T-101/05 en T-111/05, ECLI:EU:T:2007:380 (BASF).

²⁶ Sanctiebesluit van 16 december 2010, paragraaf 2.3 en randnummers 281 en 282.

²⁷ Rb. Rotterdam 17 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5849, r.o. 6.2.

Besluit

Openbare versie

26. ACM stelt vast dat het Hof van Justitie in december 2013 heeft geoordeeld dat complementariteit van gedragingen geen vereiste is om tot een één enkele inbreuk te kunnen concluderen. Het volstaat dat wordt aangetoond dat de gedragingen gericht zijn op één en hetzelfde doel.²⁸ Het bezwaar van Bencis dat in dit geval van een één enkele voortdurende inbreuk geen sprake kan zijn omdat de verschillende gedragingen niet complementair waren, is dan ook ongegrond.
27. Hiervoor (randnummers 24 en 25) heeft ACM uiteengezet dat de gedragingen gericht waren op één en hetzelfde doel.

2.1.3 Van Ooijen, UNO en Ranks

2.1.3.1 Bezwaren Bencis

28. Gezien de hiervoor besproken bezwaargronden kan volgens Bencis de vaststelling van de één enkele inbreuk geen stand houden. Daarom zou ACM volgens Bencis de bezwaren tegen de afzonderlijke inbreuken (niet-aanvalspect, de overname van Van Ooijen, de ontmanteling van de UNO-fabriek en de afkoop van Ranks) in ogenschouw moeten nemen.²⁹
29. De bezwaren van Bencis met betrekking tot deze afzonderlijke gedragingen zijn de volgende. De gedraging omtrent Van Ooijen is verjaard. De ontmanteling van de UNO-fabriek levert geen mededingingsinbreuk op, althans dat is onvoldoende gemotiveerd. De afkoop van Ranks is onlosmakelijk verbonden met het Duitse volumekartel.³⁰

2.1.3.2 Beoordeling ACM

30. Voor het vaststellen van de één enkele inbreuk is niet nodig dat de gedragingen die tezamen de één enkele inbreuk vormen ieder voor zich een overtreding van het kartelverbod vormen.³¹ In randnummer 27 van dit besluit is geconcludeerd dat de verschillende afzonderlijke gedragingen (het "niet-aanvalspect", de overname van Van Ooijen, de ontmanteling van de UNO-fabriek en de afkoop van Ranks) onderdeel uitmaken van de één enkele inbreuk. ACM hoeft dus niet van elke afzonderlijke gedraging aan te tonen dat deze gedraging een overtreding van het kartelverbod vormt. Het bezwaar van Bencis dat ACM de afzonderlijke gedragingen in ogenschouw had moeten nemen, is dan ook ongegrond.
31. Ook het bezwaar van Bencis dat de door ACM gehanteerde benadering om de gedragingen van de karteldeelnemers juridisch verschillend te beoordelen tegenstrijdig is, kan niet slagen. Dat de ontmanteling van de UNO-fabriek ook op zichzelf als een overtreding van het

²⁸ HvJ EU 19 december 2013, gevoegde zaken C-239/11P, C-489/11P en C-498/11P, ECLI:EU:C:2013:C:866, r.o. 247 en 248 (*Siemens e.a./Commissie*).

²⁹ Bezwaarschrift, randnummer 94.

³⁰ Bezwaarschrift, randnummer 95.

³¹ HvJ EU 1 juli 2010, C-407/08, ECLI:EU:C:2010:389, r.o. 48 (*Knauf/Commissie*).

Besluit

Openbare versie

kartelverbod kan worden gekwalificeerd, maakt naar het oordeel van ACM niet dat deze gedraging om die reden geen onderdeel van de één enkele inbreuk zou kunnen vormen. Voor iedere afzonderlijke onderneming moeten de gedragingen en het bewijs apart worden gezien en gekwalificeerd. De uitkomst van deze beoordeling kan zijn dat dezelfde kartelovertrading voor de ene onderneming een onderdeel is van een één enkele inbreuk, maar voor een andere onderneming als een op zichzelf staande overtrading van het kartelverbod wordt gekwalificeerd.

2.1.4 Clementiekorting Meneba

2.1.4.1 Bezwaren Bencis

32. Volgens Bencis komt Meneba een hogere boetekorting toe, te weten 100% althans tenminste 80% en dient deze korting vervolgens ook aan Bencis te worden verleend.³² Ter onderbouwing van deze bezwaargrond voert Bencis aan dat zonder het clementieverzoek van Meneba het niet-aanvalspect door ACM niet bewezen had kunnen worden. Aangezien het niet-aanvalspect volgens Bencis cruciaal is om de één enkele inbreuk te kunnen bewijzen, had ACM ook de één enkele inbreuk niet kunnen bewijzen zonder het clementieverzoek van Meneba. Op grond van het gelijkheidsbeginsel zou Bencis daarom eenzelfde boetekorting toekomen als Werhahn.

2.1.4.2 Beoordeling ACM

33. ACM stelt allereerst vast dat het niet-aanvalspect één van de onderdelen is van de één enkele inbreuk. De één enkele inbreuk bestaat uit vier afzonderlijke gedragingen,³³ waarvan het niet-aanvalspect er één is. Het clementieverzoek van Meneba vormt weer één van de bewijsmiddelen waarmee (onder meer) het niet-aanvalspect is vastgesteld. Daarnaast vormen de overige drie clementieverklaringen, het document "Marktinfo Duitsland" en (het schriftelijke bewijs van) de bilaterale contacten de bewijsmiddelen waarmee het niet-aanvalspect kon worden vastgesteld. Het clementieverzoek van Meneba vormde daarmee geen cruciaal bewijsmiddel om het niet-aanvalspect aan te tonen, laat staan dat dit het geval was voor het vaststellen van de één enkele inbreuk.

34. Het clementieprogramma van ACM bevat ook geen grondslag om Meneba en Bencis een hogere clementiekorting te verstrekken. Op grond van het clementieprogramma van ACM wordt de clementiekorting die een onderneming krijgt vastgesteld aan de hand van de clementierangorde en de additionele waarde van de informatie uit het clementieverzoek. De (ten tijde van het clementieverzoek geldende) richtsnoeren clementie³⁴ schrijven voor dat een

³² Bezwaarschrift, paragraaf 4.5.

³³ Het gaat om de volgende gedragingen: a) een niet-aanvalspect; b) de gezamenlijke financiering van de overname van een concurrent (Van Oijen); c) de gezamenlijke compensatie van een concurrent voor verloren marktaandeel (afkoop Ranks); en d) de gezamenlijke opkoop en ontmanteling van een meelfabriek (UNO).

³⁴ Richtsnoeren met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten ingevolge de artikelen 51, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 van de Mededingingswet in kartelzaken (Stcrt. 2007, 196, p. 26).

Besluit

Openbare versie

boetevermindering van ten minste 10% en ten hoogste 40% wordt toegepast indien (i) de clementieverzoeker als tweede of volgende een clementieverzoek indient, (ii) het rapport nog niet aan een van de betrokkenen is verzonden, (iii) het clementieverzoek informatie bevat met aanzienlijke additionele waarde en (iv) de clementieverzoeker blijft voldoen aan zijn volledige medewerkingsplicht.

35. ACM stelt vast dat op het moment waarop Meneba haar clementieverzoek indiende, er al drie andere clementieverzoeken waren ingediend (door Werhahn, Grain Millers en Ranks). Daarnaast was ACM op dat moment al een onderzoek gestart naar de betrokken ondernemingen, waaronder Meneba. Daarmee voldeed Meneba wel aan de hiervoor in randnummer 34 beschreven vereisten voor een boetekorting van ten minste 10% en ten hoogste 40%, maar niet aan de vereisten voor een hogere korting.
36. Binnen de bandbreedte van 10% - 40% korting heeft ACM de uiteindelijke clementiekorting vastgesteld op 10%. Daarbij heeft ACM overwogen dat zij al gedurende veertien maanden de inbreuk onderzocht en de verklaringen van Meneba de bevindingen van ACM bevestigden, maar een beperkte additionele waarde hadden.³⁵ De informatie die Meneba aan ACM heeft verstrekt had een beperkte additionele waarde omdat Meneba in essentie over hetzelfde gedrag als de overige drie clementieverzoekers heeft verklaard. Werhahn, Grain Millers en Ranks verklaarden al over verschillende elementen van het niet-aanvalspect, zoals overleg over gedeelde klanten en het afhouden van nieuwe klanten. Terwijl Meneba de term "*niet-aanvalspect*" hanteert, gebruiken de andere clementieverzoekers voor hetzelfde gedrag andere termen, zoals "*understanding*" (Werhahn), "*contacts*" en "*understandings*" (Grain Millers), en "*mutual understanding*" of "*culture*" (Ranks). Een bevestiging of herformulering van reeds aanwezige bewijzen voor dit gedrag is voor ACM slechts van beperkte additionele waarde geweest. In heroverweging ziet ACM geen aanleiding om op deze vaststelling terug te komen.
37. Wat betreft het beroep van Meneba op het gelijkheidsbeginsel is ACM van oordeel dat in het geval van Meneba en Werhahn geen sprake is van gelijke gevallen. Zowel het moment waarop clementie werd aangevraagd, als de additionele waarde van de clementieverklaringen verschilde. Werhahn heeft ruim 14 maanden vóór Meneba clementie aangevraagd. Daarnaast had ACM op het moment dat Meneba clementie aanvroeg al de beschikking over schriftelijke bewijsstukken die tijdens het bedrijfsbezoek bij Meneba waren meegenomen en die het bestaan van het niet-aanvalspect aantoonde.³⁶ Ook hadden Werhahn, Grain Millers en Ranks al waardevolle informatie verstrekt over het niet-aanvalspect en de overige mededingingsbeperkende gedragingen.

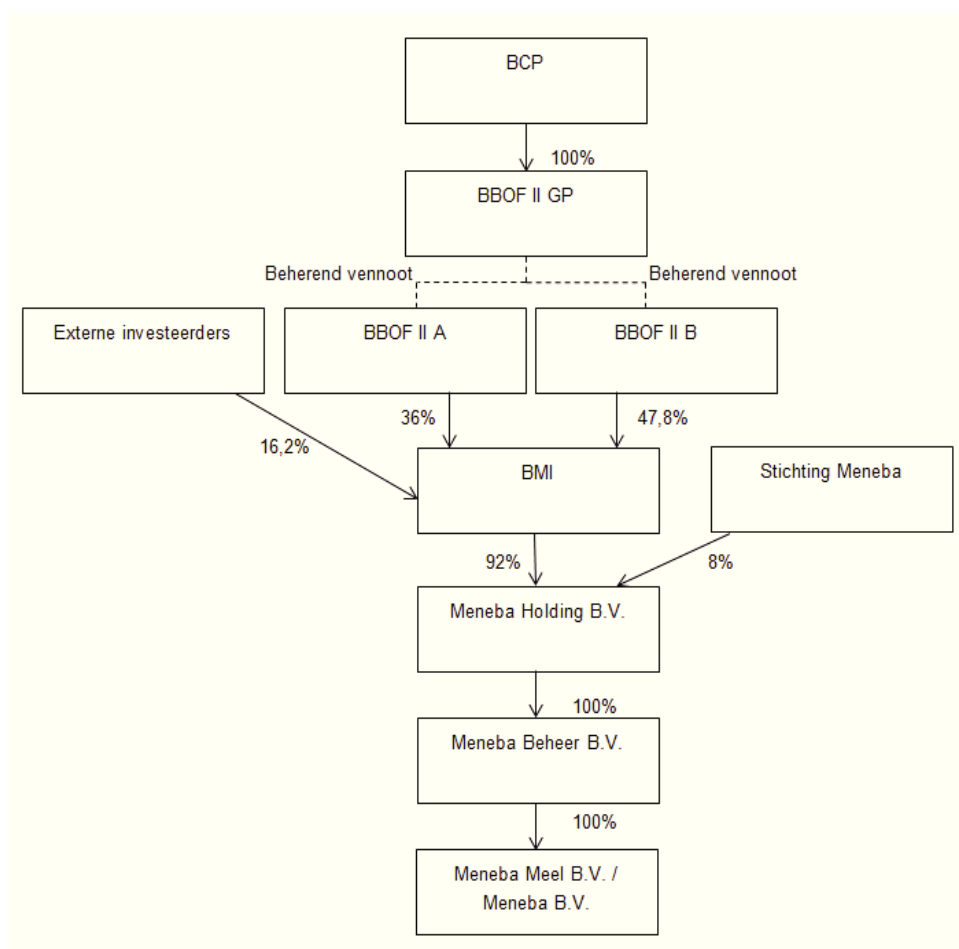
³⁵ Sanctiebesluit van 16 december 2010, randnummer 530.

³⁶ Waaronder het document 'Marktinfo Duitsland'.

Besluit Openbare versie

2.2 Bezwaren ten aanzien van de toerekening

38. De toerekening van de overtreding is uitvoerig beschreven in hoofdstuk 5 van het bestreden besluit, waarnaar ACM verwijst. In deze paragraaf gaat ACM in op de bezwaren van Bencis ten aanzien van de toerekening.
39. Voor de leesbaarheid van deze paragraaf is hieronder het organogram uit het bestreden besluit toegevoegd. Voor een uitvoerige toelichting op de feiten en omstandigheden verwijst ACM naar hoofdstuk 2 van het bestreden besluit.



37

³⁷ Dit organogram is overgenomen uit het besluit van 20 november 2014, kenmerk 6306_20/217_OV, p. 8.

Besluit

Openbare versie

2.2.1 Rechtsgrondslag

2.2.1.1 Bezwaren Bencis

40. Volgens Bencis bestaat er geen rechtsgrondslag voor het als voorheen toerekenen van de inbreuk aan een ander dan de rechtstreeks betrokken (rechts)persoon. Bencis stelt zich op het standpunt dat de toerekening beoordeeld moet worden naar oud recht, dat wil zeggen: het recht zoals dat gold voor de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb. Artikel 56, eerste lid, onder a Mw (oud) levert volgens Bencis echter geen geldig aanknopingspunt op om, met inachtneming van het legaliteitsbeginsel, een inbreuk toe te rekenen aan een vennootschap die niet zelf rechtstreeks bij de inbreuk betrokken is geweest.³⁸
41. Voor de ouderaansprakelijkheid stelt Bencis zich op het standpunt dat er sprake moet zijn van enige betrokkenheid van BCP, BBOF II GP of Bencis Meneba Investment B.V. (hierna: BMI) bij het handelen van Meneba Meel B.V., de rechtstreeks bij de inbreuk betrokken vennootschap. Volgens Bencis blijkt dit niet uit het aanvullend rapport of het bestreden besluit.³⁹

2.2.1.2 Beoordeling ACM

42. ACM stelt vast dat er wel een rechtsgrondslag is om de overtreding aan Bencis toe te rekenen. De toerekening van de overtreding aan Bencis dient te worden beoordeeld aan de hand van het oude recht, omdat de gedraging is geëindigd op 16 maart 2007. ACM heeft in het bestreden besluit de toerekening dan ook terecht beoordeeld naar het recht zoals dat gold voor 1 juli 2009.
43. ACM heeft de bevoegdheid om een boete op te leggen aan zowel de onderneming die de overtreding heeft begaan als aan degene aan wie de overtreding kan worden toegerekend.⁴⁰ Het oorspronkelijke onderscheid in de Mw tussen de onderneming die de overtreding heeft begaan en de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend, is formeel vervallen met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb. Deze begrippen zijn vervangen door het begrip de 'overtreder'. Maar deze formele wijziging heeft geen materiële wijziging tot stand gebracht.⁴¹
44. De boete wordt opgelegd aan de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend. De normadressaat uit artikel 6 Mw is evenwel het economische begrip 'onderneming'.⁴² Hieronder wordt verstaan: *"iedere eenheid die zich met commerciële*

³⁸ Bezwaarschrift, randnummers 102, 109 tot en met 113.

³⁹ Bezwaarschrift, randnummers 114 tot en met 116.

⁴⁰ Kamerstukken II 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 57.

⁴¹ Kamerstukken II 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 57.

⁴² Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86.

Besluit

Openbare versie

activiteiten bezighoudt". Het is niet uitgesloten dat dit activiteiten zijn van de rechtstreeks bij de inbreuk betrokken vennootschap en (indirect) van een andere entiteit die over deze deelnemer zeggenschap uitoefent in het kader van een door hen tezamen gevormde economische eenheid.⁴³ Deze zeggenschap kan door een entiteit bijvoorbeeld worden uitgeoefend door zich direct of indirect met het bestuur van een vennootschap bezig te houden. Deze entiteit wordt dan geacht deel te nemen aan de economische activiteiten van de onderneming waarover zij zeggenschap uitoefent.⁴⁴ Deze eenheid kan, afhankelijk van de omstandigheden, bestaan uit bijvoorbeeld een moeder en de daaronder hangende dochters, een moeder- en dochterrechtspersoon tezamen of een afzonderlijke rechtspersoon in een concern.⁴⁵

45. Bij het opleggen van een boete beoordeelt ACM aan welke natuurlijk persoon of rechtspersoon de overtreding kan worden toegerekend. Hierbij is de aard van de betrekkingen tussen de ondernemingen beslissend.⁴⁶ Volgens vaste rechtspraak geldt dit ook voor een economische eenheid die juridisch gezien door verschillende natuurlijke personen of rechtspersonen wordt gevormd.⁴⁷ Het gedrag van een dochteronderneming kan aan de moedermaatschappij worden toegerekend, met name wanneer de dochteronderneming niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt.
46. Het voorgaande betekent dat zowel de moedervenootschap als de dochtervenootschap verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor een overtreding, wanneer deze is begaan door de economische eenheid. Dat alleen de dochtervenootschap rechtstreeks bij de inbreuk betrokken is, doet hier niet aan af.⁴⁸ De economische eenheid, en niet alleen de rechtstreeks betrokken vennootschap, draagt in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid voor de overtreding.⁴⁹
47. Bencis stelt zich op het standpunt dat er geen sprake was van enige betrokkenheid van BCP, BBOF II GP of BMI bij het handelen van Meneba Meel B.V. Het is vaste rechtspraak van het

⁴³ HvJ EG 10 januari 2006, C-222/04, r.o. 110 (*Ministerio dell'Economia e delle Finance/Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*).

⁴⁴ HvJ EG 10 januari 2006, C-222/04, r.o. 112 (*Ministerio dell'Economia e delle Finance/Cassa di Risparmio di Firenze SpA e.a.*). En HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, r.o. 65 (*Eni SpA/Commissie*).

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86. Zie ook HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, r.o. 37 (*Arkema SA/Commissie*).

⁴⁶ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 86.

⁴⁷ HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, r.o. 34 en 35 (*General Química e.a./Commissie*). Zie ook HvJ EU 1 juli 2010, C-407/08 P, r.o. 64 (*Knauf Gips KG/Commissie*), HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 54 en 55 (*Akzo/Commissie*). HvJ EU 10 april 2014, gevoegde zaken C-231/11 P en C-233/11 P, r.o. 45 tot en met 47 (*Siemens e.a./Commissie*) en HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, r.o. 37 tot en met 39 (*Arkema SA/Commissie*).

⁴⁸ HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 76 en 77 (*Akzo/Commissie*). En HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, r.o. 65 (*Eni SpA/Commissie*). HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Jur. 1974, p. 223, r.o. 41 (*Commercial Solvents/Commissie*).

⁴⁹ HvJ EU 29 september 2011, zaak C-521/09 P, r.o. 53 (*Elf Aquitaine SA/Commissie*). Zie ook HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 56 en 77 (*Akzo/Commissie*).

Besluit

Openbare versie

Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) dat betrokkenheid van de moedermaatschappij bij de inbreuk niet hoeft te worden aangetoond als de moedermaatschappij en haar dochteronderneming deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve een onderneming vormen in de zin van de Mw en het VwEU.⁵⁰

48. ACM stelt vast dat hier sprake is van een economische eenheid waar BCP, BBOF II GP, Bencis Buyout Fund II A CV (hierna: BBOF II A), Bencis Buyout Fund II B CV (hierna: BBOF II B), BMI en Meneba deel van uit maken. In paragraaf 2.2.4 van dit besluit gaat ACM nader in op het bestaan van deze economische eenheid.

2.2.2 Beginselen “geen straf zonder schuld” en persoonlijke beboeting

2.2.2.1 Bezwaren Bencis

49. Bencis is van mening dat het toerekeningsleerstuk in strijd is met de beginselen “geen straf zonder schuld” en persoonlijke beboeting, omdat een moedervenootschap wordt beboet voor een gedraging waarvoor haar geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.⁵¹

2.2.2.2 Beoordeling ACM

50. Bencis stelt ten onrechte dat de toerekening in het bestreden besluit in strijd is met de beginselen “geen straf zonder schuld” en persoonlijke beboeting. De overtreding kan Bencis worden verweten en zij is persoonlijk aansprakelijk voor de overtreding.
51. Zoals ACM hiervoor heeft overwogen, kan het gedrag van dochterondernemingen aan de moedermaatschappij worden toegerekend als zij deel uitmaken van dezelfde economische eenheid. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij is gebaseerd op de beslissende invloed van de moedermaatschappij op haar dochterondernemingen die wel aan de inbreuk hebben deelgenomen. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij kan dan ook niet als een aansprakelijkheid zonder schuld worden aangemerkt.⁵²
52. Bencis miskent dat de grondslag van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij een aansprakelijkheid voor persoonlijke schuld is. Bencis is beboet voor een overtreding die zij wordt geacht zelf te hebben begaan.⁵³ Zoals in paragraaf 2.2.1 van dit besluit is uiteengezet, draagt de economische eenheid de verantwoordelijkheid voor de overtreding in

⁵⁰ HvJ EU 29 september 2011, zaak C-521/09 P, r.o. 55 (*Elf Aquitaine SA/Commissie*). Zie ook HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 58 en 59 (*Akzo/Commissie*), HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, r.o. 38 (*General Química e.a./Commissie*) en HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, r.o. 65 (*Eni SpA/Commissie*).

⁵¹ Bezwaarschrift, randnummers 122 tot en met 129.

⁵² HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 58, 59 en 77 (*Akzo/Commissie*).

⁵³ HvJ EG 16 november 2000, zaak C-294/98 P, r.o. 34 (*Metsä-Serla Oyj e.a./Commissie*).

Besluit

Openbare versie

overeenstemming met persoonlijke aansprakelijkheid.⁵⁴ Dat ook de moedermaatschappij wordt beboet voor de overtreding is niet in strijd met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid, de moedermaatschappij heeft namelijk beslissende invloed op deelnemende dochterondernemingen van de economische eenheid, ook wanneer zij niet zelf rechtstreeks deelneemt aan de inbreuk.⁵⁵ De moedermaatschappij en de dochterondernemingen vormen immers samen één onderneming in de zin van het mededingingsrecht en zijn beide aansprakelijk voor die onderneming.⁵⁶

53. Hierna zal ACM ingaan op het argument van Bencis dat zij geen moederverenootschap is en daarom niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de gedragingen van Meneba. In paragraaf 2.2.3.2 zal ACM uiteenzetten dat het leerstuk van moeder-dochter toerekening ook van toepassing kan zijn op een private equity beheerder. In paragraaf 2.2.4.2 gaat ACM nader in op de beslissende invloed die Bencis heeft uitgeoefend op Meneba.

2.2.3 Toepassing op private equity bedrijven

2.2.3.1 Bezwaren Bencis

54. Volgens Bencis is het toerekeningsleerstuk niet van toepassing op private equity bedrijven, omdat de criteria voor toerekening zijn geschreven voor de situatie van een (centraal aangestuurd) concern.⁵⁷ Bencis stelt zich op het standpunt dat private equity bedrijven en hun portfolio-ondernemingen zich niet als eenheid op de markt gedragen, hetgeen is vereist om van een economische eenheid te kunnen spreken. Ter onderbouwing van deze stelling voert Bencis aan dat zij niet de moeder is van Meneba, maar een fondsbeheerder van een aantal investeringsfondsen waarin zich meerdere portfolio-ondernemingen bevinden die ieder andere activiteiten verrichten.⁵⁸
55. Het leerstuk van de moeder-dochter toerekening richt zich op centraal aangestuurde concerns die eenheid in hun marktgedrag vertonen. Bencis is van mening dat de relatie tussen een private-equityhuis en de portfolio-ondernemingen sterk afwijkt van de verhoudingen binnen een concern. Volgens Bencis zijn de portfolio-ondernemingen heterogeen, staan zij op zichzelf en worden zij niet als een eenheid op de markt aangestuurd door Bencis.⁵⁹

⁵⁴ HvJ EU 29 september 2011, zaak C-521/09 P, r.o. 53 (*Elf Aquitaine SA/Commissie*). Zie ook HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 56 en 77 (*Akzo/Commissie*).

⁵⁵ HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 77 (*Akzo/Commissie*). Zie ook Gerecht 27 juni 2012, T-372/10, r.o. 51 en 52 (*Bolloré/Commissie*).

⁵⁶ HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, r.o. 38 en 39 (*ETI e.a.*).

⁵⁷ Bezwaarschrift, randnummer 131.

⁵⁸ Bezwaarschrift, randnummers 132 tot en met 135.

⁵⁹ Bezwaarschrift, randnummers 136 en 137.

Besluit

Openbare versie

56. Daarnaast stelt Bencis dat zij en de portfolio-ondernemingen niet op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreven. Het doel van een private equity fonds is om de portfolio-ondernemingen na een aantal jaar weer met winst door te verkopen en daarom is het primaire doel het creëren van waardevermeerdering op korte of middellange termijn.⁶⁰
57. Voorts stelt Bencis dat zij niet de eigenares was van Meneba. Meneba was voor een meerderheid van de aandelen in handen van BBOF II A en BBOF II B, waarbij BBOF II GP slechts als behorend vennoot optrad.⁶¹
58. De bedrijfsactiviteit van Bencis bestaat uit het beheren van door derden gefinancierde investeringsfondsen en niet uit het drijven van de ondernemingen waarin die fondsen participeren. De economische eenheid in dit kader bevat alleen BCP en BBOF II GP. BMI noch Meneba maken deel uit van deze economische eenheid, zij zijn enkel één van de participaties van BBOF II A en BBOF II B (die door BBOF II GP worden beheerd). BMI en Meneba worden volgens Bencis niet aangestuurd door BBOF II GP en BCP als waren de fondsen één concern, er is daarom ook geen sprake van een economische eenheid waar Bencis en Meneba deel van uitmaken.⁶²

2.2.3.2 Beoordeling ACM

59. Het is vaste rechtspraak dat het begrip ‘onderneming’ uit artikel 6 Mw en artikel 101 VwEU elke entiteit kan omvatten die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van de entiteit en de wijze waarop deze wordt gefinancierd.⁶³ Het toerekeningsleerstuk sluit private equity bedrijven niet uit. Ook in de verhouding tussen private equity bedrijven en hun portfolio ondernemingen kan sprake zijn van eenheid in bestuur en/of coördinatie tussen de moedervennootschap en dochtervennootschap.⁶⁴ De Commissie heeft onlangs vastgesteld dat een investeringsmaatschappij, als moedermaatschappij, aansprakelijk kan worden gehouden vanwege haar beslissende invloed op de dochteronderneming.⁶⁵ Ook op investeringsmaatschappijen rust de verantwoordelijkheid om de mededingingsregels na te leven.

⁶⁰ Bezwaarschrift, randnummers 138 en 139.

⁶¹ Bezwaarschrift, randnummer 140.

⁶² Bezwaarschrift, randnummers 141 en 142.

⁶³ HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 54 (*Akzo/Commissie*). Zie ook HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, r.o. 53 (*Elf Aquitaine SA/Commissie*).

⁶⁴ Gerecht 8 oktober 2008, T-69/04, r.o. 61 tot en met 63 (*Schunk/Commissie*). Gerecht 30 september 2009, T-174/05, r.o. 159 en 160 (*Elf Aquitaine/Commissie*). Gerecht 30 september 2009, T-168/05, r.o. 76 (*Arkema/Commissie*). Gerecht 29 juni 2012, T-360/09, r.o. 283 (*E.ON/Commissie*). Dit is door het Hof bevestigd in HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, r.o. 48 (*Arkema/Commissie*).

⁶⁵ Het ging in dat besluit om investeringsmaatschappij The Goldman Sachs Group, Inc., zie: European Commission Press Release: Brussels, 2 April 2014 “Antitrust: Commission fines producers of high voltage power cables € 302 million for operating a cartel”, IP/14/358. Zie ook: Samenvatting van het besluit van de Commissie van 2 april 2014 inzake een procedure op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 53 van de EER-overeenkomst (Zaak AT.39610 – Stroomkabels), C 319/10.

Besluit

Openbare versie

60. De stelling van Bencis dat zij als private equity fonds het primaire belang heeft om waardevermeerdering te creëren op korte of middellange termijn met als het doel om de portfolio-ondernemingen na een aantal jaar weer met winst te verkopen, sluit naar het oordeel van ACM niet uit dat sprake was van een economische eenheid waar Bencis en Meneba deel van uitmaakten. Zowel Meneba als Bencis streefden naar winst(maximalisatie) van Meneba. Op de hoorzitting heeft Bencis bevestigd dat zowel Bencis als Meneba direct dan wel indirect streefden naar winst van Meneba.⁶⁶ Dit illustreert juist het gezamenlijke doel van Bencis en Meneba waarop het marktgedrag, althans de bedrijfsvoering, werd gebaseerd.⁶⁷
61. Het feit dat de investeringsmaatschappij de resultaten van de dochteronderneming wil verbeteren impliceert dat deze moedermaatschappij zich wel moet mengen in de bedrijfsvoering van de dochteronderneming. Omdat doeltreffend en nauwgezet toezicht meer garanties geven voor een hogere winstgevendheid dan een niet-interventionistisch beleid.⁶⁸ Hierna wordt in paragraaf 2.2.4 ingegaan op de wijze waarop Bencis zich mengde in en toezicht hield op de bedrijfsvoering van Meneba.
62. Verder stelt Bencis dat zij niet als eigenares van Meneba aan te merken is. De meerderheid van de aandelen van Meneba was in handen van BBOF II A en BBOF II B, waarbij BBOF II GP als beherend venoot optrad. Dit neemt naar het oordeel van ACM niet weg dat BBOF II GP de beherende venoot is van BBOF II A en BBOF II B, die samen de meerderheid van de aandelen van BMI in handen hadden. De twee commanditaire vennoten beheren de aandelen niet, dit doet de beherende venoot BBOF II GP zoals ook tijdens de hoorzitting door Bencis is bevestigd.⁶⁹ Het optreden van BBOF II GP als beherend venoot van commanditaire vennootschappen blijkt ook uit het handelsregister.⁷⁰ Bencis heeft het beheer van deze aandelen in handen en de commanditaire vennoten, BBOF II A en BBOF II B, zijn slechts financieel betrokken, dan wel houders van de aandelen.
63. Omdat Bencis optrad als beherend venoot van BBOF II A en BBOF II B (die samen de meerderheid van de aandelen in BMI bezaten) kon BMI niet autonoom haar strategische beleid bepalen. De stelling van Bencis dat zij de ondernemingen waarin de fondsen participeren niet drijft, neemt niet weg dat zij als beheerder van de meerderheid van de aandelen van BMI invloed uitoefende op het commerciële beleid van Meneba. Dat Bencis niet zelf rechtstreeks actief is op de markt, betekent niet dat zij geen invloed kon uitoefenen op (het marktgedrag van) Meneba.⁷¹

⁶⁶ Verslag van de hoorzitting, p. 13, 6306_20/254.

⁶⁷ Gerecht 20 maart 2002, T-9/99, r.o. 61 (*HFB Holding/Commissie*).

⁶⁸ Gerecht 16 november 2011, T-54/06, r.o. 66 (*Kendrion NV/Commissie*).

⁶⁹ Verslag van de hoorzitting, p. 14, 6306_20/254.

⁷⁰ Online inzage uittreksel KvK-nummer 30197541 BBOF II General Partner B.V., 6306_20/47.

⁷¹ HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, r.o. 47 en 48 (*Arkema SA/Commissie*). Zie ook HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, r.o. 65 (*Eni SpA/Commissie*).

Besluit

Openbare versie

64. De aard van Bencis als private equity bedrijf dat door derden gefinancierde investeringsfondsen beheert, sluit niet uit dat Bencis beslissende invloed had op het commerciële beleid van Meneba.⁷² Bencis vormde namelijk een economische eenheid met Meneba, zoals hierna in paragraaf 2.2.4 aan de orde komt.
65. Het argument van Bencis dat de portfolio-ondernemingen ieder andere activiteiten verrichten en heterogeen zijn, betekent niet dat er geen sprake is van een economische eenheid. Met dit argument toont Bencis niet aan dat Meneba autonoom handelde ten opzichte van Bencis.⁷³
66. Om te beoordelen of Meneba zelfstandig haar marktgedrag kon bepalen kijkt ACM naar de economische, organisatorische en juridische banden die Bencis met Meneba verenigen.⁷⁴ In paragraaf 2.2.4.2 wordt nader ingegaan op deze economische, organisatorische en juridische banden.

2.2.4 Beslissende invloed

2.2.4.1 Bezwaren Bencis

67. Bencis is van mening dat er geen sprake is geweest van beslissende invloed van Bencis op Meneba, althans dat zij daar geen gebruik van heeft gemaakt. Daarnaast zijn veel van de bevoegdheden die ACM aanvoert als mogelijkheid om beslissende invloed uit te oefenen bevoegdheden die wettelijk zijn vastgelegd.⁷⁵
68. Volgens Bencis heeft zij niet daadwerkelijk beslissende invloed uitgeoefend op Meneba. De benoeming van nieuwe directieleden bij de overname van de aandelen in Meneba door Bencis is geen aanwijzing voor het daadwerkelijk uitoefenen van beslissende invloed. Verder is Bencis van mening dat er geen sprake was van een invloedrijke positie van Bencis via de Raad van Commissarissen van Meneba Holding B.V. (hierna: Raad van Commissarissen Meneba). Het verkrijgen van een beslissende stem in de Raad van Commissarissen Meneba, in het geval van het staken van de stemmen, is onvoldoende om het bestaan van een economische eenheid aan op te hangen.⁷⁶
69. Ook voert Bencis aan dat zij geen bepalende rol speelt in het marktgedrag van Meneba. Zou er al betrokkenheid zijn van Bencis bij strategische overnames via het prioriteitsaandeel, dan mag deze betrokkenheid niet leiden tot de conclusie dat Bencis daadwerkelijk beslissende

⁷² HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, r.o. 48 (*Arkema SA/Commissie*). Zie ook Gerecht 30 september 2009, T-168/05, r.o. 76 (*Arkema/Commissie*).

⁷³ Gerecht 16 november 2011, T-54/06, r.o. 35 en 64 (*Kendrion NV/Commissie*). Conclusie van Advocaat-Generaal Sharpston van 30 mei 2013 in C-50/12 P, ECLI:EU:C:2013:350, randnummer 54 (*Kendrion/Commissie*).

⁷⁴ HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 58 (*Akzo/Commissie*).

⁷⁵ Bezwaarschrift, randnummers 143 en 148.

⁷⁶ Bezwaarschrift, randnummers 150, 152, 154 tot en met 161.

Besluit

Openbare versie

invloed heeft uitgeoefend op Meneba. Een mogelijke betrokkenheid van Bencis moet worden geplaatst binnen het belang van Bencis als investeerder in Meneba.⁷⁷

70. Ten slotte merkt Bencis op dat ACM in het bestreden besluit heeft nagelaten om in te gaan op het argument van Bencis dat het enkel informeren van de andere leden van de Raad van Commissarissen van Meneba of de directieleden van Meneba Holding B.V. over belangrijke zaken niet kan leiden tot de conclusie dat de voorzitter van de Raad van Commissarissen Meneba met deze taak betrokken was bij de totstandkoming van de strategie van Meneba.⁷⁸

2.2.4.2 Beoordeling ACM

71. BCP is 100% aandeelhouder van BBOF II GP. Omdat het hier om 100% aandeelhouderschap gaat, wordt het weerlegbaar vermoeden van beslissende invloed op het gedrag van de dochter aangenomen.⁷⁹ Bencis heeft dit vermoeden niet weerlegd met haar bezwaren.
72. Omdat BBOF II GP als beherend vennoot optreedt van de twee commanditaire vennootschappen, BBOF II A en BBOF II B, die 83,8% van de aandelen in BMI houden is de beslissende invloed geen gegeven. Uit de feiten en omstandigheden, zoals vastgesteld in het bestreden besluit (met name hoofdstuk 2 en 5), blijkt echter dat Bencis beslissende invloed had op Meneba.⁸⁰ Deze beslissende invloed heeft Bencis niet kunnen weerleggen met haar bezwaren.
73. BMI heeft 92% van de aandelen in Meneba Holding B.V., ook in dit geval blijkt uit de feiten en omstandigheden zoals geschetst in het bestreden besluit (hoofdstuk 2 en 5), dat er beslissende invloed was van BMI op Meneba Holding B.V.⁸¹ Bencis heeft ook de vaststelling van deze beslissende invloed niet kunnen weerleggen.
74. Hierna zal ACM bovendien, in het licht van de bezwaren van Bencis, ingaan op de feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat er een economische eenheid bestond tussen Bencis en Meneba, waarbij Bencis beslissende invloed had op Meneba.⁸²
75. Met haar stelling dat veel van de bevoegdheden die ACM aanvoert als mogelijkheid om beslissende invloed uit te oefenen wettelijk zijn vastgelegd, miskent Bencis dat er ook in dat geval sprake kan zijn van beslissende invloed. Uit uitspraken van het Gerecht volgt dat de

⁷⁷ Bezwaarschrift, randnummers 162 en 163.

⁷⁸ Bezwaarschrift, randnummers 164 en 165.

⁷⁹ HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, r.o. 58 tot en met 61 (*Akzo/Commissie*).

⁸⁰ HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Jur. 1974, p. 223, r.o. 36 tot en met 41 (*Commercial Solvents/Commissie*).

⁸¹ Beschikking van de Commissie van 20 oktober 2004, zaak COMP/C.38.238/B.2, randnummer 375 (*Ruwe tabak Spanje*).

⁸² HvJ EU 1 juli 2010, C-407/08 P, r.o. 65 (*Knauf Gips KG/Commissie*).

Besluit Openbare versie

verplichtingen die een moedermaatschappij naar Nederlands recht jegens haar dochteronderneming heeft als versterking moeten worden gezien voor het vermoeden van zeggenschap van de moedermaatschappij over de dochteronderneming.⁸³

76. De invloed die Bencis via BMI op Meneba uitoefende blijkt bijvoorbeeld uit de akte van oprichting van BMI. De oprichters van BMI zijn BBOF II GP en Bencis Finance B.V. De oprichting van BMI had onder andere het volgende doel: *“Het oprichten van, het op enigerlei wijze deelnemen in, het besturen van, het toezicht houden op en het financieren van ondernemingen en vennootschappen. Daarnaast ook het verstrekken van adviezen en het verlenen van diensten aan ondernemingen en vennootschappen waarmee de vennootschap in een groep is verbonden. En het verrichten van alle soorten industriële, financiële en commerciële activiteiten”*.⁸⁴ BBOF II GP had zeggenschap over BMI via de investeringsfondsen BBOF II A en BBOF II B. **[vertrouwelijk]**.
77. Uit de aandeelhoudersovereenkomst van Meneba Holding B.V. (hierna: aandeelhoudersovereenkomst) blijkt dat Bencis invloed had op het businessplan van Meneba Beheer B.V. De Raad van Bestuur van Meneba Holding B.V. stelt het businessplan op, maar dit plan wordt ingediend bij de Raad van Commissarissen van Meneba ter goedkeuring.⁸⁵
78. Uit de aandeelhoudersovereenkomst blijkt verder dat BBOF II A, BBOF II B en Bencis Finance B.V. gezamenlijk circa 90% van de aandelen in BMI zullen houden. Verder zullen zij in de algemene aandeelhoudersvergaderingen van BMI de absolute meerderheid vormen en beslissende kracht, *“decisive power”*, hebben.⁸⁶
79. Naast de gewone aandelen had BMI het enige prioriteitsaandeel.⁸⁷ BMI kon niet meewerken aan enige uitgifte van meer dan één prioriteitsaandeel door Meneba Holding B.V. en dit prioriteitsaandeel kon niet uitgegeven worden aan een partij buiten de Bencis groep.⁸⁸ BMI kon als prioriteitsaandeelhouder op basis van de aandeelhoudersovereenkomst ervoor zorgen dat er geen andere prioriteitsaandeelhouders zouden komen met dezelfde zeggenschap in Meneba Holding B.V. als BMI.
80. Uit de akte van oprichting van Meneba Holding B.V., opgericht door BMI,⁸⁹ blijkt dat BMI ook invloed had op de winst en uitkeringen. BMI bepaalde namelijk jaarlijks welk deel van de

⁸³ Gerecht 27 september 2012, T-361/06, r.o. 33 (*Ballast Nedam NV/Commissie*).

⁸⁴ Akte van oprichting 25 november 2004 Bencis Meneba Investments B.V. (KvK nr.: 30200158), 6306_20/9, deel 2, stuk (G), p. 3.

⁸⁵ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 5 en 11.

⁸⁶ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 5 en 6.

⁸⁷ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 10 en 11.

⁸⁸ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 23.

⁸⁹ Akte van oprichting 25 november 2004 Meneba Holding B.V. (KvK nr.: 24369618), 6306_20/9, deel 1, stuk (E) (i), p. 1.

Besluit Openbare versie

winst, na uitkeringen, werd gereserveerd. BMI kon ten laste van een reserve besluiten tot (tussentijdse) uitkeringen op gewone of preferente aandelen.⁹⁰

81. Daarnaast blijkt uit de aandeelhoudersovereenkomst dat het de bedoeling was dat een aantal managers en belangrijke medewerkers, die waren aangewezen door BMI en het managementteam van Meneba Holding B.V., certificaten van aandelen in Meneba Holding B.V. gaan houden.⁹¹ Ook hieruit blijkt de invloed van Bencis op Meneba: zij wezen de certificaathouders zelf aan en stelden de administratievoorwaarden op voor deze certificaathouders. Ook voor uitgifte van de certificaten van aandelen aan werknemers was een goedkeuring van de prioriteitsaandeelhouder BMI vereist.⁹²
82. BMI had ook invloed op het bestuur van Meneba Holding B.V. In de aandeelhoudersovereenkomst was vastgelegd dat er een Raad van Commissarissen moest zijn voor Meneba Holding B.V., bestaande uit minimaal 2 en maximaal 4 commissarissen.⁹³ Deze Raad van Commissarissen hield toezicht op het bestuur van Meneba Holding B.V., de algemene gang van zaken van Meneba Holding B.V. en de daaraan verbonden bedrijfsvoering. Daarnaast adviseerde de Raad van Commissarissen Meneba het bestuur van Meneba Holding B.V.⁹⁴ Het bestuur en de Raad van Commissarissen Meneba kwamen eens per kwartaal samen. Daarnaast kreeg de Raad van Commissarissen Meneba elke vier weken een management, operationeel en financieel rapport van het bestuur. Ook ontving de Raad van Commissarissen Meneba begrotingsjaar een financieel overzicht.
83. Alle besluiten van de Raad van Commissarissen Meneba werden bij meerderheid van stemmen van de aanwezige commissarissen genomen. Iedere commissaris had één stem, maar de voorzitter had een beslissende stem bij het staken van stemmen.⁹⁵ BMI had het recht om twee commissarissen voor te dragen, waaronder de voorzitter.⁹⁶ **[vertrouwelijk]**, tevens managing directeur van BCP, wordt in de aandeelhoudersovereenkomst als voorzitter benoemd en wordt geacht te zijn benoemd op voordracht van BMI.⁹⁷ De voorzitter had het recht om onderwerpen, waarover gestemd wordt binnen de Raad van Commissarissen Meneba, voor stemming voor te dragen aan de aandeelhoudersvergadering. De Raad van Commissarissen Meneba was dan gehouden aan de uitkomst van deze stemming van de aandeelhoudersvergadering. BMI had dus ook via de voorzitter van de Raad van Commissarissen Meneba invloed, althans goedkeuringsbevoegdheid, op belangrijke

⁹⁰ Akte van oprichting 25 november 2004 Meneba Holding B.V. (KvK nr.: 24369618), 6306_20/9, deel 1, stuk (E) (i), p. 22.

⁹¹ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 7 en 12.

⁹² Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 13.

⁹³ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 12 en 13.

⁹⁴ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 15.

⁹⁵ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 15.

⁹⁶ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 14.

⁹⁷ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 14.

Besluit Openbare versie

beslissingen aangaande de bedrijfsvoering van Meneba. Bencis heeft tijdens de hoorzitting uitgelegd dat **[vertrouwelijk]** 'de invloed van Bencis op dat portefeuillebedrijf was'.⁹⁸ Ook uit deze (beïnvloedings)bevoegdheden en taakverdeling blijkt dat Bencis beslissende invloed had op Meneba en zij als één enkele economische entiteit werkzaam waren.⁹⁹

84. Anders dan Bencis stelt, blijkt uit het voorgaande dat de bevoegdheden van de voorzitter van de Raad van Commissarissen Meneba verder gingen dan het enkel informeren van de andere leden van de Raad van Commissarissen van Meneba of de directieleden van Meneba Holding B.V. over belangrijke zaken. De voorzitter had dus een vergaande betrokkenheid in de bedrijfsvoering van Meneba. Uit de positie van de voorzitter van de Raad van Commissarissen van Meneba, die tevens managing directeur en oprichter is van BCP, blijkt dat er ook een personeelsband bestond tussen Bencis en Meneba. Een personeelsband is ook een aanwijzing voor het bestaan van een economische eenheid.¹⁰⁰
85. Het was de bedoeling dat de Raad van Commissarissen van Meneba naar behoren wordt samengesteld. Om dit te bewerkstelligen werd er steeds minstens één commissaris uit de kring van de Meneba groep aangesteld, die een expert was in de 'business'¹⁰¹ van Meneba.¹⁰² Ook hieruit blijkt dat er een personeelsband was tussen Bencis en Meneba.
86. Besluiten van de aandeelhoudersvergadering van Meneba Holding B.V. werden bij meerderheid van de uitgebrachte stemmen genomen. Omdat BMI niet minder dan 92% van de aandelen in Meneba Holding B.V. had, kon BMI zelfstandig alle besluiten nemen.¹⁰³ Ook hieruit blijkt de invloed van BMI binnen de bedrijfsvoering van Meneba Holding B.V.
87. Het bestuur van Meneba had schriftelijke toestemming van de Raad van Commissarissen van Meneba nodig voor belangrijke besluiten zoals: het aannemen of wijzigen van het businessplan, het aangaan van materiële overeenkomsten waarin Meneba Holding B.V. garant staat, het lenen van meer dan EUR 500.000, het maken of wijzigen van arbeidsovereenkomsten van leden van het management team waardoor de maximale beloning wordt overschreden, het vaststellen of wijzigen van pensioenregelingen en investeringen die meer dan EUR 100.000 bedragen en die niet in het businessplan zijn genoemd. Voor investeringen van EUR 500.000 of meer geldt dat deze de goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering behoeven ongeacht het gegeven of ze al zijn genoemd zijn in

⁹⁸ Verslag van de hoorzitting, p. 15.

⁹⁹ Gerecht 20 maart 2002, T-9/99, r.o. 61 en 63 (*HFB Holding e.a./Commissie*).

¹⁰⁰ Gerecht 27 september 2012, T-361/06, r.o. 36 (*Ballast Nedam NV/Commissie*).

¹⁰¹ Business: "Newco's Group is active in the production and supply of flour and grain products for the food en freed market and the supply of related services (the "Business"). Zie Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 5.

¹⁰² Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 5 en 14.

¹⁰³ Aandeelhoudersregister Meneba Holding B.V., 6306_20/32, bijlage 3.

Besluit Openbare versie

het businessplan.¹⁰⁴ Dit goedkeuringsvereiste illustreert dat Bencis via de aandeelhoudersvergadering, waarin zij de beslissende meerderheid vormde wel degelijk invloed had op Meneba Holding B.V.

88. Daarnaast had het bestuur van Meneba Holding B.V. ook voorafgaande goedkeuring van haar prioriteitsaandeelhouder BMI nodig voor bepaalde belangrijke beslissingen. Het gaat bijvoorbeeld om het vermelden van aandelen op de effectenmarkt of de verkoop van aandelen op een andere manier, het aangaan van een materiële overeenkomst (van meer dan EUR 100.000) die niet in het businessplan is goedgekeurd en niet de normale gang van zaken van Meneba Holding B.V. betreft, het afstoten van materiële activa (van meer dan EUR 100.000) van Meneba Holding B.V. of het beëindigen van de bedrijfsvoering of een substantieel daarvan.¹⁰⁵
89. Voor de overdracht van aandelen gold dat daarvoor volgens de aandeelhoudersovereenkomst goedkeuring van de prioriteitsaandeelhouder BMI vereist was.¹⁰⁶ Daarnaast is het ook niet de bedoeling dat aandelen in BMI naar een derde partij werden overgedragen waardoor BBOF II A, BBOF II B en Bencis Finance B.V. gezamenlijk niet meer de absolute meerderheid van de aandelen houden en/of waardoor zij niet meer gezamenlijk de "*decisive power*", beslissende kracht, konden uitoefenen in de algemene aandeelhoudersvergadering van BMI.¹⁰⁷ Ook hieruit blijkt dat BMI invloed had op Meneba Holding B.V. en het de intentie van Bencis was om deze invloed te behouden. Het verkopen of de uitgifte van aandelen mocht alleen binnen de groep met behoud van de meerderheid voor BBOF II A, BBOF II B en Bencis Finance B.V.
90. Uit het dossier blijkt verder dat de jaarcijfers van Meneba Holding B.V. werden geconsolideerd in de jaarrekeningen van BMI. Volgens deze jaarcijfers vormden zij één groep. Ook hieruit blijkt dat Bencis en Meneba een economische eenheid vormden.¹⁰⁸
91. Uit het voorgaande concludeert ACM dat uit de in het dossier aanwezige bewijsmiddelen blijkt dat Bencis controlemacht over Meneba had. Er bestonden belangrijke hiërarchische banden vanaf de moeder BCP tot aan de dochter Meneba Meel B.V. De genoemde juridische, economische en organisatorische banden schetsen dat er juist wel invloed was vanuit Bencis op Meneba's bedrijfsvoering en marktgedrag. De beheerder BBOF II GP had via BMI veel beïnvloedingsmogelijkheden op Meneba bijvoorbeeld: via de Raad van Commissarissen van Meneba, personele banden, de goedkeuringsbevoegdheden van bijvoorbeeld het businessplan en eventuele leningen, de voorzitter die tevens directeur was bij Bencis en

¹⁰⁴ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 16 en 17. Wijziging aandeelhoudersovereenkomst 25 augustus 2005 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B) (iii), p. 5.

¹⁰⁵ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 17 en 18.

¹⁰⁶ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 19 en 20.

Zie ook Statutenwijziging 25 augustus 2005 Meneba Holding B.V. (KvK nr.: 24369618), deel 1, stuk (E) (iii), p. 4.

¹⁰⁷ Aandeelhoudersovereenkomst 26 november 2004 Meneba Holding B.V., 6306_20/9, deel 4, stuk (B), p. 23.

¹⁰⁸ 6306_20/47. Gerecht 13 december 2013, T-399/09, ECLI:EU:T:2013:647, r.o. 36 en 63 (*HSE/Commissie*).

Besluit

Openbare versie

besluiten kon blokkeren of onderwerpen aan de goedkeuring van de Raad van Commissarissen Meneba.¹⁰⁹ Kortom, met behulp van de taken en bevoegdheden die in deze paragraaf zijn genoemd, kon de beheerder een eenheid waarborgen.¹¹⁰ Uit het voorgaande blijkt ook dat Bencis zich bemoeide met operationele activiteiten van Meneba en haar rol ging verder dan die van een zuivere financiële holding.¹¹¹ Bencis heeft met haar bezwaargronden niet weerlegd dat Bencis het commerciële gedrag van Meneba daadwerkelijk kon beïnvloeden. Bencis heeft niet bewezen dat Bencis en Meneba steeds onafhankelijk van elkaar hebben gehandeld. De autonomie van Meneba is daarmee niet vast komen te staan.

92. ACM stelt vast dat Bencis met haar bezwaren niet heeft weerlegd dat Bencis beslissende invloed had op Meneba. Zij heeft ook niet weerlegd dat er sprake was van een economische eenheid waar Bencis en Meneba deel van uitmaakten ten tijde van de overtreding.

2.3 Bezwaren ten aanzien van de beboeting

2.3.1 Rechtsgrondslag

2.3.1.1 Bezwaar Bencis

93. Bencis betoogt dat het bestreden besluit niet in stand kan blijven, omdat ACM niet beschikt over een rechtsgrondslag om de betrokken overtreding te beboeten.¹¹² Zij voert daartoe het volgende aan.
94. Op grond van artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, in werking getreden op 1 juli 2009, blijft het recht van voor de inwerkingtreding van de Vierde tranche van toepassing op procedures waarbij een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor dat tijdstip. Deze overgangsbepaling is hier, aldus Bencis, van toepassing, aangezien de in het Rapport beschreven inbreuk op 16 maart 2007 is beëindigd.¹¹³
95. Op grond van de Mededingingswet zoals die luidde vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht,¹¹⁴ komt de bevoegdheid de betrokken overtreding te beboeten volgens Bencis toe aan de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: Raad). De Raad is echter per 1 april 2013 afgeschaft op grond

¹⁰⁹ HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, r.o. 48 (*Arkema SA/Commissie*).

¹¹⁰ Gerecht 30 september 2009, T-168/05, r.o. 76 (*Arkema SA/Commissie*).

¹¹¹ Gerecht 27 september 2012, T-361/06, r.o. 54 en 55 (*Ballast Nedam NV/Commissie*).

¹¹² Bezwaarschrift, randnummers 167 e.v.

¹¹³ Bezwaarschrift, randnummer 167. Zie ook Zienswijze van Bencis van 30 september 2013, 6306_20/118 (hierna: zienswijze), randnummer 39.

¹¹⁴ Wet van 25 juni 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht, 29 702, Stb 2009, 256.

Besluit

Openbare versie

van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (hierna: Instellingswet)¹¹⁵ zonder dat daarbij is bepaald dat ACM onder algemene titel in al zijn rechten en plichten treedt. Noch uit de artikel 42 van de Instellingswet, noch uit de daarbij behorende passage uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om de taken en bevoegdheden van de Raad van Bestuur van de NMa onder algemene titel te laten overgaan op de ACM.¹¹⁶

96. Bencis stelt dat de wetgever er in artikel 42 van de Instellingswet juist niet heeft gekozen voor opvolging onder algemene titel, maar voor het individueel regelen van de overgang van bepaalde, exact omschreven bevoegdheden en handelingen.¹¹⁷ Geen van die (overgangs)bepalingen is hier van toepassing.¹¹⁸
97. De Memorie van Toelichting, zo vervolgt Bencis,¹¹⁹ geeft alleen aan dat de “wettelijke taken die de NMa, OPTA en [consumentenautoriteit] uitvoeren, [overgaan] naar de ACM”. Dit is een vage omschrijving die niets zegt over de vraag of sprake is van opvolging onder algemene titel. Bovendien kan deze toelichting “geen rechtsgrondslag vormen als de wet niet vatbaar is voor een uitlegging die een opvolging onder algemene titel oplevert: daarvoor is artikel 42 Instellingswet te specifiek opgesteld”.¹²⁰
98. Deze lacune kan, zo concludeert Bencis,¹²¹ wegens het legaliteitsbeginsel niet worden opgelost door de betrokken bepalingen aldus uit te leggen, dat ACM “voor de doeleinden van de Mw (oud) in voorkomend geval moet worden geacht in de plaats te treden van de Raad [van Bestuur van de NMa]: een sanctie moet op een heldere rechtsgrondslag en bevoegdheid berusten, en kan niet worden gebaseerd op bijvoorbeeld een overeenkomstige toepassing. Dit geldt te meer bij een punitieve sanctie in de zin van artikel 6 EVRM”.

2.3.1.2 Beoordeling ACM

99. Bencis betoogt, kort gezegd, dat krachtens artikel IV, lid 1, van de Vierde tranche Awb de Mededingingswet zoals die luidde vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb – dat wil zeggen vóór 1 juli 2009 – moet worden toegepast. Die Mededingingswet kent de bevoegdheid tot het opleggen van een boete ter zake van overtreding van artikel 6 Mw toe aan de Raad. Aangezien de Instellingswet op 1 april 2013 de Raad heeft afgeschaft zonder te bepalen dat de taken en bevoegdheden van de Raad onder algemene titel overgaan op ACM,

¹¹⁵ Stb. 2013, nr. 102.

¹¹⁶ Bezwaarschrift, randnummer 169.

¹¹⁷ Bezwaarschrift, randnummer 170.

¹¹⁸ Bezwaarschrift, randnummer 171.

¹¹⁹ Bezwaarschrift, randnummer 171.

¹²⁰ Bezwaarschrift, randnummer 171.

¹²¹ Bezwaarschrift, randnummer 172.

Besluit

Openbare versie

beschikt ACM naar het oordeel van Bencis niet over een rechtsgrondslag om Bencis te beboeten.

100. Dit betoog faalt.
101. Allereerst berust dit betoog op de onjuiste premisse dat bij gebreke van een bepaling dat ACM onder algemene titel in alle rechten en plichten treedt van NMa, ACM geen bevoegdheid heeft om Bencis te beboeten.
102. Deze gedachte berust op een verwarring van het civielrechtelijke begrip ‘overgang onder algemene titel’ met het bestuursrechtelijke leerstuk van ‘toekenning van bevoegdheden’. Op grond van artikel 80 Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) verkrijgt men goederen onder algemene titel door erfopvolging, door boedelmenging, door fusie en door splitsing, en op grond van artikel 116 Boek 3 BW volgt hij die een ander onder algemene titel opvolgt, daarmee die ander op in diens bezit en houderschap, met alle hoedanigheden en gebreken daarvan. ACM is een zelfstandig bestuursorgaan. Ingevolge artikel 1, aanhef en onder a van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, wordt een zelfstandig bestuursorgaan bij de wet, krachtens de wet, bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriele regeling, met openbaar gezag bekleed. Artikel 2, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt regelt de instelling van ACM. Voor de taken en bevoegdheden van ACM verwijst artikel 2, tweede lid van de Instellingswet naar de taken en bevoegdheden zoals die aan ACM zijn opgedragen in ‘andere’ wetten. De Mededingingswet is een van die ‘andere’ wetten. De wetgever heeft ervoor gekozen ACM vorm te geven als een zelfstandig bestuursorgaan zonder rechtspersoonlijkheid. ACM maakt deel uit van de rechtspersoon Staat der Nederlanden, maar is zelf geen natuurlijke of rechtspersoon; zij kan op zich geen goederen verkrijgen (onder algemene of bijzondere titel). Publiekrechtelijke taken en bevoegdheden kunnen wel worden toegekend aan ACM, zoals dat is gebeurd door de Mededingingswet. Anders dan Bencis meent is ACM ten volle de opvolger van de NMa: met de inwerkingtreding van de Instellingswet zijn de wettelijke taken en bevoegdheden van de NMa overgegaan naar ACM.¹²² De bevoegdheid die aan de Raad van Bestuur van de NMa toekwam op grond van artikel 56, lid 1, Mw zoals dat luidde vóór de inwerkingtreding van de

¹²² Zie de MvT bij de Instellingswet (TK, 2011/12, 33 186, nr. 3, p. 12: “Dit wetsvoorstel regelt de instelling van de ACM. De NMa, OPTA en CA houden daarmee op te bestaan. De wettelijke taken die de NMa, OPTA en CA uitvoeren gaan over naar de ACM. Dat betekent dat de bepalingen ten aanzien van de instelling van de NMa, OPTA en CA in respectievelijk de Mededingingswet, de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (...) en de Wet handhaving consumentenbescherming, vervallen. Voorts zullen de verwijzingen naar de NMa, OPTA en CA in deze wetten en andere wetten en lagere regelgeving waarin deze toezichthouders worden genoemd, worden vervangen door verwijzingen naar de ACM”; p. 12: “Het onderhavige wetsvoorstel laat in beginsel de wettelijke taken, bevoegdheden en procedures onveranderd”; p. 13: “De ACM voert vanaf haar oprichting de taken uit die de drie toezichthouders voorheen uitvoerden”; p. 13: “(...) uitgangspunt (van dit) wetsvoorstel (is dat het) de wettelijke taken en bevoegdheden onveranderd laat”; p. 14: “De instelling van de ACM verandert in beginsel niets aan de wettelijke taken en bevoegdheden binnen het markttoezicht”; p. 15: “Voor de taken en bevoegdheden van de ACM verwijst het tweede lid (van artikel 2 van de Instellingswet) naar de taken en bevoegdheden zoals die aan de ACM zijn opgedragen in andere wetten”).

Besluit

Openbare versie

Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht,¹²³ komt derhalve aan ACM toe. ACM wijst er overigens op, dat de bevoegdheid van ACM als opvolger van de Raad van Bestuur van de NMa, het college van de OPTA of de Consumentenautoriteit van openbare orde is: in de diverse rechtsgedingen sinds de instelling van ACM heeft geen van de betrokken rechtscolleges ACM onbevoegd verklaard.

103. In de tweede plaats beschikt ACM, anders dan Bencis stelt, wel degelijk over een rechtsgrondslag om de betrokken overtreding te beboeten, namelijk artikel 56 Mw.
104. Artikel 56 Mw, zoals dat ten tijde van het bestreden – en ook het onderhavige – besluit geldt, is onderdeel van hoofdstuk 7 van de Mededingingswet (getiteld: “Overtredingen verbod van mededingingsafspraken en verbod van misbruik van een economische machtspositie), paragraaf 1 (getiteld: “Bestuurlijke boete en last onder dwangsom”), en luidt, voor zover relevant, als volgt: “Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid (...), kan de Autoriteit Consument en Markt de overtreder: a. een bestuurlijke boete opleggen; (...)”
105. Deze bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw, is met de inwerkingtreding van de Instellingswet op 1 april 2013 toegekend aan ACM.¹²⁴ Tot die datum kwam genoemde bevoegdheid, op grond van artikel 56 Mw, toe aan de Raad van Bestuur van de NMa. Dit artikel 56 Mw is gewijzigd door artikel 23, aanhef en onder D, van de Instellingswet, dat bepaalt: “[i]n de artikelen [...] 56 [...] [van de Mededingingswet] wordt «raad» telkens vervangen door: Autoriteit Consument en Markt”. De Instellingswet voorziet niet in een overgangsbepaling ter zake van artikel 23, aanhef en onder D ervan. Met andere woorden, dit artikel werd op 1 april 2013 onmiddellijk van kracht. Dit betekent dat op het moment van het vaststellen van het bestreden besluit – op 20 december 2014 – ACM beschikte over de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete.¹²⁵
106. Het betoog van Bencis dat krachtens artikel IV, lid 1, van de Vierde tranche Awb, de grondslag voor een boete niet kan worden gevonden in artikel 56 Mw zoals dat sinds 1 april 2013 luidt,¹²⁶ treft geen doel.

¹²³ Artikel 56, lid 1, Mw luidde destijds: “Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, kan de raad de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend:

a. een boete opleggen [...].”

¹²⁴ De Instellingswet is op 1 april 2013 in werking getreden: zie Stb. 2013, nr. 103. De wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht (Stb. 2014, 247) (hierna ook: Stroomlijningswet) heeft het tweede lid van artikel 56 Mw geschrapt, maar de aangehaalde tekst ongewijzigd gelaten.

¹²⁵ De Instellingswet voorziet niet in een overgangsbepaling ter zake van de op grond van artikel 23, aanhef en onder D, aan ACM toegekende bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Met andere woorden, deze bevoegdheid werd op 1 april 2013 onmiddellijk van kracht.

¹²⁶ Bezwaarschrift, randnummer 167. Zie ook de zienswijze, randnummer 221.

Besluit Openbare versie

107. Artikel IV, lid 1, van de Vierde tranche Awb waarop Bencis doelt, bepaalt het volgende: “Indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet, blijft het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing”.¹²⁷
108. Dit artikel voorziet derhalve in een overgangsbepaling: op een overtreding die plaatsvond vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb – dat wil zeggen: plaatsvond vóór 1 juli 2009 – blijft het recht zoals dat gold van toepassing. Anders gezegd: vond de overtreding op of ná die datum plaats, dan geldt het recht zoals dat van kracht werd door de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb. Overgangsrecht dient, gelet op de aard daarvan, niet ruimer te worden uitgelegd dan gelet op de tekst van de wet nodig is.¹²⁸
109. De Vierde tranche Awb heeft de door de Mededingingswet toegekende bevoegdheid tot het opleggen van een boete echter onverlet gelaten: de Vierde tranche Awb wijzigt de Mw op dit punt namelijk niet. De tekst van de Vierde tranche Awb bevatte geen wijziging van het bevoegde bestuursorgaan: zowel vóór als ná de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb was de raad van bestuur van de NMa het bestuursorgaan dat bevoegd was tot het opleggen van een boete in geval van overtreding van artikel 6, lid 1 Mw. De overgangsbepaling van artikel IV, lid 1, van de Vierde tranche Awb, waarop Bencis hier een beroep doet, vindt dan ook geen toepassing. Het is de Aanpassingswet vierde tranche Awb die de bepaling waarin de bevoegdheid tot het opleggen van boete was vervat, wijzigde. Tot het moment van de inwerkingtreding van de Aanpassingswet vierde tranche Awb bepaalde artikel 56, lid 1, Mw: “Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid (...) kan de raad de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend; a. een boete opleggen (...).”¹²⁹ Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet vierde tranche Awb luidde artikel 56, lid 1, Mw: “Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid (...), kan de raad de overtreder: a. een bestuurlijke boete opleggen”. De Aanpassingswet vierde tranche Awb voorziet niet in overgangsbepalingen.¹³⁰ Met andere woorden, artikel 56, lid 1 zoals gewijzigd door de Aanpassingswet vierde tranche Awb werd op 1 juli 2009 onmiddellijk van kracht. Met de inwerkingtreding van de Instellingswet is dit artikel 56, lid 1 opnieuw gewijzigd. Zoals gezegd, artikel 23, aanhef en onder D, van de Instellingswet verving “raad” door “Autoriteit Consumenten en Markt” en werd onmiddellijk van kracht. Anders dan Bencis betoogt,

¹²⁷ Stb. 2009, 264.

¹²⁸ ABRvS 1 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ6826, r.o. 2.3.2.2.

¹²⁹ Wet van 25 juni 2009 tot aanpassing van bijzondere wetten aan de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht, Stb. 2009, nr. 265.

¹³⁰ Artikel 3 van de Aanpassingswet vierde tranche Awb bepaalt: “De artikelen in deze wet treden in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen en onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld.” Het Besluit van 25 juni 2009 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht en de Aanpassingswet vierde tranche Awb bepaalt (Stb. 2009, 266), bepaalt dat de Aanpassingswet vierde tranche met ingang van 1 juli 2009 in werking treedt, met uitzondering van enkele bepalingen enkele bepalingen uit hoofdstuk 10 ervan.

Besluit

Openbare versie

beschikte ACM op het moment van het vaststellen van het bestreden besluit – op 20 december 2014 – over de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

2.3.2 Rapport

2.3.2.1 Bezwaar Bencis

110. Bencis betoogt dat ACM haar geen boete kan opleggen omdat een door ACM opgemaakt rapport in de zin van artikel 59 Mw (nieuw) ontbreekt.¹³¹ Zij wijst in dit verband op het volgende.
111. Uit artikel 59, lid 1 Mw (nieuw), gelezen in samenhang met artikel 5:53, lid 3, Awb (nieuw), volgt dat ACM geen boete kan opleggen voordat zij een rapport heeft doen opmaken en betrokkenen in de gelegenheid zijn gesteld daarover hun zienswijze naar voren te brengen.¹³² In onderhavige zaak liggen alleen voor het Rapport en het Aanvullend Rapport van de Directie Mededinging, een dienstonderdeel van de NMa.¹³³
112. Ook hier bevat artikel 42 van de Instellingswet geen regeling die als effect heeft, dat een rapport van de NMa kan dienen als een rapport van ACM in de zin van artikel 59, lid 1, Mw (nieuw), aldus Bencis.¹³⁴ Er is namelijk geen sprake van: besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb (lid 1); enige aanvraag of enig bezwaarschrift (lid 2); of een bestuursrechtelijk rechtsgeding (lid 3).¹³⁵

2.3.2.2 Beoordeling ACM

113. ACM is, zoals gezegd, ten volle de opvolger van de NMa. In onderhavige zaak heeft de raad van bestuur van de NMa een rapport doen opmaken in de zin van artikel 59, lid 2, Mw, zoals dat luidde vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht. Als opvolger van de NMa is ACM belast met de verdere afhandeling van dit rapport. ACM ziet dan ook geen reden tot het (opnieuw) doen opmaken van een rapport.

¹³¹ Bezwaarschrift, randnummers 173 e.v.

¹³² Bezwaarschrift, randnummer 175.

¹³³ Bezwaarschrift, randnummer 176.

¹³⁴ Bezwaarschrift, randnummer 177.

¹³⁵ Bezwaarschrift, randnummer 177.

Besluit

Openbare versie

2.3.3 Verjaring

2.3.3.1 Bezwaar Bencis

114. Volgens Bencis heeft ACM in het bestreden besluit ten onrechte geoordeeld dat de bevoegdheid tot het opleggen van een boete niet is verjaard.¹³⁶ Zij wijst daartoe op het volgende.
115. De NMa heeft in de aanloop naar het sanctiebesluit van 16 december 2010 in zaak 6306 onderzoek gedaan naar de onderneming waartoe Meneba behoorde en is daarbij, aldus Bencis, tot de conclusie gekomen dat op het hoogste niveau alleen kan worden toegerekend aan Meneba Holding B.V. Bencis was, zo voegt zij daaraan toe, terecht geen directe adressaat van het sanctiebesluit van 16 december 2010 in zaak 6306.¹³⁷ Pas op 21 maart 2012 heeft de NMa zich per brief direct tot Bencis gewend en te kennen gegeven dat zij besloten had nader onderzoek te doen naar de toerekening van de gedragingen van Meneba aan Bencis.¹³⁸ Omdat deze brief van 21 maart 2012 pas gezien kan worden als eerste onderzoekshandeling jegens Bencis, is de mogelijkheid om een boete op te leggen, verjaard, nu de periode tussen 16 maart 2007 – de datum waarop de vermeende overtreding werd beëindigd – en 21 maart 2012 – de datum van genoemde mededeling aan Bencis – meer dan vijf jaar bedraagt.¹³⁹

2.3.3.2 Beoordeling ACM

116. Anders dan Bencis stelt, is de mogelijkheid om een boete op te leggen niet verjaard, gelet op het bedrijfsbezoek van 15 april 2008. Dit bedrijfsbezoek vond plaats binnen vijf jaren nadat de overtreding – die is beëindigd op 16 maart 2007 – heeft plaatsgevonden, en heeft de verjaring gestuit.

117. Artikel 64 Mw (oud¹⁴⁰) bepaalt, voor zover relevant:

- “1. De bevoegdheid tot het opleggen van een boete als bedoeld in artikel 56, eerste lid, onder a, en vijfde lid, vervalt vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden.
2. De in het eerste lid bedoelde verjaringstermijn wordt telkens gestuit door een handeling van de mededingingsautoriteit ter verrichting van een onderzoek of procedure met betrekking tot de overtreding (...).
3. De stuiting van de verjaringstermijn gaat in op de dag waarop tenminste één onderneming (...) die aan de overtreding heeft deelgenomen, (...) van de handeling

¹³⁶ Bezwaarschrift, randnummers 183 e.v.

¹³⁷ Bezwaarschrift, randnummer 185.

¹³⁸ Bezwaarschrift, randnummer 185.

¹³⁹ Bezwaarschrift, randnummer 186. Zie ook de zienswijze randnummer 249 tot en met 251.

¹⁴⁰ D.w.z. vóór de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb.

Besluit

Openbare versie

schriftelijk in kennis wordt gesteld.”

118. In het bestreden besluit heeft ACM reeds vastgesteld dat het betoog van Bencis dat de verjaring ten aanzien van haar niet kan zijn gestuit omdat zij niet een “onderneming is die aan de inbreuk heeft deelgenomen” in de zin van artikel 64, lid 3, Mw (oud), en dat zij niet als zodanig is aangemerkt tijdens genoemd bedrijfsbezoek, faalt.
119. Zoals gezegd in het bestreden besluit, moet blijkens Europese jurisprudentie waar de wetgever uitdrukkelijk bij heeft aangesloten,¹⁴¹ onder “onderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen” in de zin van artikel 64, lid 3, Mw (oud) worden verstaan elke onderneming die als zodanig is aangewezen in een beschikking waarin een inbreuk wordt bestraft.¹⁴² In dat opzicht is de omstandigheid dat een onderneming in het rapport of, meer in het algemeen, tijdens de administratieve procedure in het kader waarvan de stuitingshandeling heeft plaatsgevonden niet is aangewezen als een onderneming die “heeft deelgenomen aan de inbreuk”, niet relevant indien die onderneming later als zodanig wordt aangewezen.¹⁴³ Daarvan is in casu sprake. Uit het bestreden besluit volgt dat het inbreukmakend gedrag van de Meneba-rechtspersonen aan Bencis kan worden toegerekend en dat zij moeten worden geacht deze inbreuk zelf te hebben begaan.
120. Daarnaast blijkt uit de bewoordingen van artikel 64, tweede lid, Mw (oud) in samenhang met artikel 24, vierde lid, van de EG Verordening 1/2003¹⁴⁴ waarbij blijkens de Memorie van Toelichting bij artikel 64 Mw wordt aangesloten, dat een onderzoekshandeling waarvan tenminste één bij de overtreding betrokken onderneming schriftelijk in kennis wordt gesteld (tevens) de verjaring stuit ten aanzien van alle ondernemingen die aan de inbreuk hebben

¹⁴¹ Zie de MvT bij de wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie (TK 2004/05, 30 071, nr. 3, p. 25-26): “Om redenen die verband houden met EG-verordening 1/2003 wordt echter aangesloten bij de regeling voor de stuiting van de verjaringstermijn voor de Europese Commissie in artikel 25 van die verordening. De redenen voor aansluiting bij de regeling van stuiting in de verordening zijn als volgt. De NMa heeft op grond van de artikelen 3 en 5 van EG-verordening 1/2003 de bevoegdheid en de plicht om in individuele gevallen de artikelen 81 en 82 EG zelf toe te passen. Bij verjaring kan deze bevoegdheid ten aanzien van een individuele overtreding niet meer worden uitgeoefend. Afwijking van het regime van stuiting van verjaring dat geldt voor de Europese Commissie, in die zin dat verjaring op grond van de Mededingingswet eerder zou intreden, is onwenselijk. De mogelijkheid tot uitoefening van de bevoegdheid tot decentrale toepassing van de EG-mededingingsregels door de NMa, zou dan in vergelijking met de mogelijkheden van de Europese Commissie tekortschieten. Dat zou afbreuk doen aan het nuttig effect van het systeem van decentrale toepassing. Bovendien kunnen zich dan gevallen voordoen waarbij de Europese Commissie bevoegd is tot optreden, terwijl de NMa door verjaring op grond van de Mededingingswet niet meer bevoegd zou zijn om op te treden. [...]”

¹⁴² Zie in die zin het arrest van het Gerecht 1 juli 2008, T-276/04, ECLI:EU:T:2008:237, r.o. 31 (*Compagnie maritime belge/Commissie*), en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsmede het arrest van het Gerecht 31 maart 2009, T-405/06, ECLI:EU:T:2009:90, r.o. 143 (*ArcelorMittal/Commissie*).

¹⁴³ Zie in die zin het arrest van het Gerecht 1 juli 2008, T-276/04, r.o. 31 (*Compagnie maritime belge/Commissie*) en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsmede het arrest van het Gerecht 31 maart 2009, T-405/06, r.o. 143 e.v. (*ArcelorMittal/Commissie*).

¹⁴⁴ Verordening (EG) Nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB L 1/1 [2003].

Besluit

Openbare versie

deelgenomen. Hieronder valt ook Bencis in haar hoedanigheid van (voormalig) moedermaatschappij met beslissende invloed.¹⁴⁵

121. ACM concludeert dat het bedrijfsbezoek van 15 april 2008 de verjaring ten aanzien van Bencis heeft gestuit. Nadien is de verjaring overigens opnieuw gestuit, met name door het Aanvullend Rapport van 19 december 2012 in onderhavige zaak.

2.3.4 Materiële aspecten

2.3.4.1 Bezwaar Bencis

122. Volgens Bencis levert de beboeting door ACM van Bencis strijd op met het gelijkheidsbeginsel.
123. Bencis wijst er in dit verband op, dat in gevallen waarin een moedervernootschap volgens het leerstuk van de ouderaansprakelijkheid wordt beboet wegens de overtreding van een dochtervernootschap steeds sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid. Dit was ook het geval in het sanctiebesluit van 16 december 2010 in zaak 6306. Op die manier, aldus Bencis, “kan de aangesproken moedervernootschap er steeds voor zorgen dat het in eerste instantie de rechtstreeks betrokken dochtervernootschap is, die de gehele boete betaalt”. Dit afwentelen van de betaling van een opgelegde boete is voor Bencis niet mogelijk: ACM kan de boete die in het sanctiebesluit van 16 december 2010 in zaak 6306 aan Meneba is opgelegd, niet meer openbreken en vervangen door een nieuwe met hoofdelijke aansprakelijkheid tezamen met Bencis zonder het *ne bis in idem*-beginsel te schenden, te meer omdat de door Bencis beheerde fondsen inmiddels Meneba hebben verkocht. Bencis heeft aldus niet de mogelijkheid om de betaling van de aan haar opgelegde boete af te wentelen op Meneba.

2.3.4.2 Beoordeling ACM

124. Kern van het betoog van Bencis is, dat ACM in strijd heeft gehandeld met het beginsel van gelijke behandeling omdat de in het primaire besluit aangesproken moedervernootschappen “er steeds voor [kunnen] zorgen dat het in eerste instantie de rechtstreeks betrokken dochtervernootschap is, die de gehele boete betaalt”,¹⁴⁶ terwijl dit “[i]n de onderhavige situatie[...] [voor Bencis] echter niet mogelijk [is]”.¹⁴⁷
125. In dit verband herinnert ACM eraan, dat het algemene beginsel van gelijke behandeling vereist dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden

¹⁴⁵ Vgl. het arrest van het Gerecht, T-405/06, r.o. 146 (*ArcelorMittal/Commissie*).

¹⁴⁶ Bezwaarschrift, randnummer 194.

¹⁴⁷ Bezwaarschrift, randnummer 195.

Besluit

Openbare versie

behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.¹⁴⁸ Schending van het beginsel van gelijke behandeling door een verschil in behandeling veronderstelt evenwel dat de betrokken situaties gelet op alle kenmerken daarvan vergelijkbaar zijn.¹⁴⁹

126. Van zulke vergelijkbare situaties is hier geen sprake.
127. De situatie van Bencis ten opzichte van die van de overige moedervennootschappen is in die zin reeds bijzonder dat, omdat zij haar dochteronderneming Meneba op 15 juli 2011 heeft verkocht,¹⁵⁰ zij niet langer een economische eenheid met haar dochteronderneming vormde ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit.
128. Het door Bencis gestelde verschil in behandeling – de omstandigheid dat de overige moedervennootschappen “er steeds voor [kunnen] zorgen dat het in eerste instantie de rechtstreeks betrokken dochtervennootschap is, die de gehele boete betaalt”,¹⁵¹ terwijl dit “[i]n de onderhavige situatie [...] [voor Bencis] echter niet mogelijk [is]”¹⁵² – is te verklaren door de verkoop door Bencis van haar dochteronderneming Meneba in juli 2011. Uit dien hoofde kan Bencis, anders dan de genoemde moedervennootschappen, er niet voor zorgen dat het in eerste instantie de rechtstreeks betrokken dochtervennootschap is, die de gehele boete betaalt, ook niet in gestelde geval van een nieuwe boete met hoofdelijke aansprakelijkheid.
129. Aangezien het door Bencis gestelde verschil in behandeling is te verklaren door een omstandigheid die haar eigen is – de verkoop van haar dochteronderneming Meneba –, kan zij niet staande houden dat het beginsel van gelijke behandeling is geschonden.

2.4 Formele bezwaren / Overige bezwaren

2.4.1 Reformatioverbod

2.4.1.1 Bezwaren Bencis

130. Volgens Bencis heeft ACM in strijd gehandeld met het verbod van reformatio in peius omdat een tot verlaging van de eigen boete strekkend bezwaar van Dossche en Ceres tot een belastende maatregel voor Bencis zou hebben geleid.¹⁵³

¹⁴⁸ HvJ EU 26 november 2013, C-50/12 P, r.o. 62 (*Kendrion/Commissie*), HvJ EG 16 december 2008, C-127/07, r.o. 23 (*Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*) en aldaar aangehaalde rechtspraak.

¹⁴⁹ HvJ EG 16 december 2008, C-127/07, r.o. 25 (*Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*)

¹⁵⁰ Bestreden besluit, randnummer 215.

¹⁵¹ Bezwaarschrift, randnummer 194.

¹⁵² Bezwaarschrift, randnummer 195.

¹⁵³ Bezwaarschrift, randnummer 24.

Besluit

Openbare versie

2.4.1.2 Beoordeling ACM

131. Artikel 7:11 Awb bepaalt dat heroverweging van het bestreden besluit plaatsvindt op grondslag van het bezwaar. Uit de memorie van toelichting bij artikel 7:11 Awb blijkt dat uit deze bepaling onder meer volgt dat het bestuursorgaan de heroverweging niet gebruikt om *“een verslechtering van de positie van de indiener te bereiken die zonder bezwaarschriftprocedure niet mogelijk zou zijn. (...) De bepaling staat er echter niet aan in de weg een bevoegdheid tot wijziging van een besluit ten nadele van een belanghebbende uit te oefenen in die gevallen waarin die bevoegdheid op andere gronden reeds bestaat.”*¹⁵⁴
132. Mede naar aanleiding van het advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet in de bezwaarprocedure die volgde op het sanctiebesluit van 16 december 2010 heeft ACM onderzocht of de overtreding van Meneba ook aan haar moedermaatschappij(en) kon worden toegerekend. Dit onderzoek heeft er toe geleid dat ACM op 19 december 2012 een rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid (oud) van de Mw heeft opgemaakt waarin de overtreding van Meneba aan de moedermaatschappijen van Meneba, waaronder Bencis, is toegerekend.
133. De bevoegdheid om onderzoek te doen naar de mogelijke medetoerekening van de overtreding van Meneba aan haar moedermaatschappij(en) komt ACM toe, ook wanneer Meneba (of een andere belanghebbende) geen bezwaar had ingesteld. Deze bevoegdheid bestaat op grond van artikel 2 van de Mw. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheid van ACM om naar aanleiding van het rapport een boete op te leggen aan Bencis. Deze bevoegdheid bestaat op grond van artikel 56 aanhef en onder a van de Mw en ACM had ook van deze bevoegdheid gebruik kunnen maken indien door Meneba geen bezwaar zou zijn gemaakt tegen het sanctiebesluit van 16 december 2010.
134. Gezien het vorenstaande komt ACM ten aanzien van het beroep van Bencis op de schending van het verbod op reformatio in peius tot de volgende conclusie. De bezwaren van Meneba hebben er niet toe geleid dat het sanctiebesluit van 16 december 2010 ten aanzien van Meneba is gewijzigd. Hoewel de bezwaren van Dossche en Ceres en het oordeel van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet mede de aanleiding zijn geweest om een onderzoek te starten naar de toerekening van de overtreding van Meneba aan Bencis, bestond deze bevoegdheid ook zonder de bezwaarprocedure. Daarnaast is de bezwaarprocedure door ACM niet gebruikt om een verslechtering van de positie van de indiener van het bezwaar (Meneba) te bereiken. Het bezwaar van Bencis treft op dit punt dan ook geen doel.

¹⁵⁴ Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 153.

Besluit

Openbare versie

2.4.2 Ne bis in idem beginsel

2.4.2.1 Bezwaren Bencis

135. Bencis stelt zich op het standpunt dat ACM reeds uitgebreid onderzoek heeft gedaan naar de verhouding tussen Meneba en Bencis en over deze verhouding een duidelijk standpunt heeft bepaald. Door gegevens op te vragen die hadden kunnen leiden tot het oordeel dat de handelingen van Meneba mede moesten worden toegerekend aan Bencis, vormde dit onderzoek van ACM reeds een daad van vervolging jegens Bencis. Het oordeel van ACM in het sanctiebesluit van 16 december 2010 dat de overtreding van Meneba Meel B.V. mede kon worden toegerekend aan alleen Meneba B.V. en Meneba Holding B.V. staat volgens Bencis gelijk aan het staken van de vervolging jegens Bencis en kan worden gelijkgesteld met de mededeling dat aan Bencis geen boete zal worden opgelegd.¹⁵⁵

2.4.2.2 Beoordeling ACM

136. Artikel 5:43 Awb codificeert het *ne bis in idem* beginsel in het bestuursrecht. Uit artikel IV, eerste lid van de Vierde tranche Awb volgt dat deze bepaling alleen van toepassing is op bestuurlijke sancties die zijn opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond na 1 juli 2009. Nu de sanctie die in het bestreden besluit aan Bencis is opgelegd ziet op overtredingen die zijn begaan in de periode vóór 1 juli 2009, is artikel 5:43 Awb hier formeel niet van toepassing. Niettemin werd ook voor de inwerkingtreding van artikel 5:43 Awb algemeen aangenomen dat in bestuursrecht behoort te gelden dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor dezelfde overtreding.¹⁵⁶

137. Het bezwaar van Bencis komt er op neer dat ACM moet beoordelen of eerder aan dezelfde overtreder een bestuurlijke boete is opgelegd voor de betreffende gedraging.

138. Naar het oordeel van ACM is in dit geval geen sprake van beboeting van dezelfde overtreder.¹⁵⁷ In artikel 5:1 Awb wordt thans het begrip overtreder gedefinieerd als “*degene die de overtreding pleegt of medepleegt*”. Dat kunnen volgens het derde lid van dat artikel zijn: natuurlijke personen en rechtspersonen. In dit geval is door ACM niet eerder dezelfde overtreder (natuurlijk persoon of rechtspersoon) beboet voor dezelfde overtreding. Van strijd met het ne bis in idem beginsel kan volgens ACM dan ook geen sprake zijn.

139. Ook het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) legt het ne bis in idem-beginsel, dat is vastgelegd in artikel 4 van protocol 7 bij het EVRM, zo uit dat alleen sprake kan zijn een schending van dit beginsel wanneer het gaat om beboeting van dezelfde juridische

¹⁵⁵ Bezwaarschrift, randnummer 36.

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 29 702, nr. 3, p.136 en HR 30 augustus 1996, BNB 1996/353.

¹⁵⁷ Zie ook: Rb. Midden-Nederland 1 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1214.

Besluit Openbare versie

entiteiten.¹⁵⁸ Dat ACM in deze zaak verschillende juridische entiteiten (rechtspersonen) heeft beboet voor dezelfde overtreding, staat hier niet ter discussie.

140. Bovendien vindt ACM in de Europese jurisprudentie de bevestiging dat een mededingingsautoriteit voor dezelfde overtreding eerst de dochteronderneming kan beboeten en daarna een onderzoek kan starten naar de toerekening van deze overtreding aan de moederonderneming(en). In dit verband verwijst ACM naar de relevante overwegingen van het HvJ in het arrest *Erste Group Bank*¹⁵⁹.

82. Het Gerecht heeft in dat verband op goede gronden geoordeeld dat de Commissie niet verplicht is met voorrang na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden waaronder de inbreuk kan worden toegerekend aan de moederonderneming van de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd. De Commissie kan in beginsel immers niet gehouden zijn, dit eerst na te gaan alvorens zij zich kan richten tot de onderneming die deze inbreuk heeft gepleegd, zelfs wanneer deze als juridische entiteit wijzigingen heeft ondergaan. Het in punt 77 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid verzet zich er geenszins tegen dat de Commissie eerst ertoe wil overgaan, deze laatste te beboeten, alvorens te onderzoeken of de inbreuk mogelijk aan de moederonderneming kan worden toegerekend. Anders zouden bovendien, zoals het Gerecht in punt 335 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, de onderzoeken van de Commissie aanzienlijk worden verzwaard doordat bij elk geval van opvolging in de controle over een onderneming zou moeten worden nagegaan in hoeverre haar handelingen aan de voormalige moederonderneming kunnen worden toegerekend.

141. Voorts is ACM van oordeel dat uit het feit dat aan Bencis in het sanctiebesluit van 16 december 2010 geen boete is opgelegd niet kan worden opgemaakt dat ACM onderzoek heeft gedaan naar de rol van Bencis bij de overtreding en heeft besloten om niet tot vervolging over te gaan of de vervolging te staken. Ook is geen sprake van een handeling die gelijk kan worden gesteld met de mededeling, zoals thans opgenomen in artikel 5:50 Awb, dat aan Bencis geen boete zal worden opgelegd. Uit artikel 5:50, tweede lid van Awb volgt dat indien het bestuursorgaan, nadat de overtreder zijn zienswijze naar voren heeft gebracht, beslist dat wordt afgezien van boeteoplegging, ten aanzien van dezelfde overtreding geen bestuurlijke boete meer kan worden opgelegd aan die overtreder. Een dergelijke beslissing moet aan de

¹⁵⁸ EHRM 2 oktober 2003, zaak 13596/02, r.o. 5 (*Isaksen/Noorwegen*), EHRM 6 januari 2015, zaak 15396/12, r.o. 42 (*VP-Kuljetus Oy/Finland*) en EHRM 20 mei 2014, zaak 35232/11, r.o. 51 (*Pirttimäki/Finland*).

¹⁵⁹ HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P C-135/07 P en C-137/07 P, ECLI:EU:C:2009:576, r.o. 82 (*Erste Group Bank/Commissie*).

Besluit

Openbare versie

overtreder bekend worden gemaakt en levert een voor bezwaar vatbare beslissing op.¹⁶⁰ In het onderzoek naar Meneba dat heeft geleid tot het sanctiebesluit van 16 december 2010 is geen onderzoek gedaan naar de rol van Bencis bij de overtreding en de mogelijkheid om de overtreding mede aan Bencis toe te rekenen. Er is geen rapport opgemaakt waarbij Bencis als overtreder is aangemerkt en Bencis heeft dus ook niet haar zienswijze naar voren gebracht. Van een daad van vervolging, het staken van de vervolging of een mededeling dat wordt afgezien van boeteoplegging aan Bencis kon ook geen sprake zijn. ACM heeft in het sanctiebesluit van 16 december 2010 slechts het beroep van Meneba op onvermogen om de boete te kunnen betalen beoordeeld en daarbij ook gekeken naar de vermogenspositie van de moederondernemingen.

142. Tenslotte wijst ACM er nog op dat, zoals Bencis terecht heeft opgemerkt, het voor de toepassing van het ne bis in idem beginsel uit artikel 4 protocol 7 van het EVRM vereist is dat sprake is geweest van een vervolging die onherroepelijk is geëindigd.¹⁶¹ Nu op het moment van deze bezwaarprocedure de gerechtelijke procedure inzake de beboeting van Meneba nog loopt, kan een beroep op het ne bis in idem-beginsel uit artikel 4 protocol 7 van het EVRM alleen daarom al niet slagen.

2.4.3 Zorgvuldigheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel en legaliteitsbeginsel

2.4.3.1 Bezwaren Bencis

143. Volgens Bencis is het bestreden besluit in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het legaliteitsbeginsel omdat ACM toch vervolging heeft ingesteld of voortgezet jegens Bencis nadat door ACM gedane uitlatingen (of daarmee gelijk te stellen gedragingen) bij Bencis het gerechtvaardigde vertrouwen hebben gewekt dat zij niet (verder) vervolgt zal worden.¹⁶²
144. In dit verband heeft Bencis verder nog naar voren gebracht dat ACM heeft onderzocht welke rechtspersonen rechtstreeks bij de overtreding waren betrokken en aan welke ondernemingen die inbreuk kon worden toegerekend. ACM heeft in het sanctiebesluit van 16 december 2010 de kans gehad om de inbreuk aan Bencis toe te rekenen maar heeft die kans onbenut gelaten.¹⁶³

2.4.3.2 Beoordeling ACM

145. Het beroep van Bencis op het vertrouwensbeginsel kan volgens ACM niet slagen. ACM kan niet het vertrouwen hebben gewekt dat aan Bencis geen boete zou worden opgelegd. Door ACM zijn geen uitlatingen gedaan waar Bencis uit had kunnen opmaken dat geen boete meer

¹⁶⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 149 en 150. En Rb.Rotterdam 29 september 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF6961.

¹⁶¹ EHRM 27 november 2014, 7356/10 (*Lucky Dev/ Sweden*).

¹⁶² Bezwaarschrift, randnummer 41.

¹⁶³ Bezwaarschrift, randnummer 45.

Besluit

Openbare versie

zou worden opgelegd. Evenmin is sprake geweest van gedragingen waaraan Bencis het gerechtvaardigde vertrouwen had kunnen ontleen dat aan haar geen boete zou worden opgelegd.

146. Aan het opvragen van de omzetgegevens van Bencis kan niet het vertrouwen worden ontleend dat aan Bencis geen boete zou worden opgelegd. Deze omzetgegevens zijn opgevraagd nadat het rapport was toegestuurd aan Meneba en de Juridische Dienst van de NMa het beroep van Meneba op onvermogenheid om de boete te betalen moest beoordelen. Het rapport biedt geen grondslag om aan Bencis een boete op te leggen, Bencis is in het rapport niet als overtreder aangemerkt, ook is de overtreding in het rapport niet aan Bencis toegerekend. Nu artikel 59 (oud) Mw. bepaalt dat in het rapport de rechtspersonen of natuurlijke personen worden vermeld aan wie de overtreding wordt toegerekend, had de Juridische Dienst van de NMa op basis van het rapport van 10 december 2009 in zaak 6306 geen boete kunnen opleggen aan Bencis. Nu uit het rapport blijkt dat geen onderzoek is gedaan naar Bencis, had de Juridische Dienst van de NMa niet in de besluitfase nader onderzoek kunnen doen naar de toerekening van de boete aan Bencis. Daar biedt het rapport geen grondslag voor. Bencis kon er dan ook niet op vertrouwen dat ACM met het sanctiebesluit van 16 december 2010 had besloten om - hoewel dat wel mogelijk was geweest - geen boete op te leggen aan Bencis.

2.4.4 Rechten van verdediging

2.4.4.1 Bezwaren Bencis

147. Bencis stelt in haar verdediging te zijn geschaad doordat (i) Bencis in de procedure die heeft geleid tot het sanctiebesluit van 16 december 2010 niet in aanwezigheid van de andere betrokken ondernemingen is gehoord¹⁶⁴ en (ii) bepaalde passages in stukken uit dat dossier voor Bencis onleesbaar zijn gemaakt.¹⁶⁵
148. Daarnaast stelt Bencis zich op het standpunt dat ACM, door haar belangen niet te hebben meegewogen bij het nemen van het sanctiebesluit van 16 december 2010, in strijd handelt met artikel 3:4 lid 1 Awb.¹⁶⁶

2.4.4.2 Beoordeling ACM

149. Uitgangspunt bij zowel artikel 59 Mw (oud) als artikel 5:50 Awb vormt de verplichting om de overtreder in de gelegenheid te stellen om over het voornemen tot het opleggen van een boete zijn zienswijze naar voren te brengen. Zoals ACM hiervoor reeds heeft overwogen is Bencis in het rapport van 10 december 2009 in zaak 6306 niet als overtreder aangemerkt. ACM had haar dus niet in de gelegenheid hoeven te stellen om haar mondelinge zienswijze in

¹⁶⁴ Bezwaarschrift, randnummer 50.

¹⁶⁵ Bezwaarschrift, randnummer 192.

¹⁶⁶ Bezwaarschrift, randnummer 48 .

Besluit

Openbare versie

te brengen. Laat staan dat ACM dat in aanwezigheid van de andere partijen had behoren te doen.

150. Bencis heeft zich ten volle kunnen verweren tegen het materiële deel van de overtreding. Alle dossierstukken uit zaak 6306 zijn aan Bencis verstrekt. Dat gedeeltes van dit dossier als vertrouwelijk zijn aangemerkt en voor Bencis niet inzichtelijk waren doet daar niet aan af. Voor de geheimhouding van deze stukken bestaat een wettelijke grondslag (artikel 10, eerste lid onder c Wob, nu artikel 7 Instellingswet) en geldt dat deze stukken ook op deze wijze aan de andere betrokken ondernemingen zijn verstrekt.
151. Dat de belangen van Bencis niet zijn meegewogen bij het vaststellen van het sanctiebesluit van 16 december 2010, betekent volgens ACM niet dat het bestreden besluit in strijd met artikel 3:4 Awb is genomen. Bij het bestreden besluit zijn immers alle rechtstreeks betrokken belangen, waaronder die van Bencis, meegewogen.

2.4.5 Omvang van het geschil

2.4.5.1 Bezwaren Bencis

152. Volgens Bencis is het bestreden besluit in strijd met artikel 7:11 Awb. Door een nieuw onderzoek jegens Bencis te starten zou ACM buiten de grondslag van het bezwaar van Dossche en Ceres zijn getreden.¹⁶⁷

2.4.5.2 Beoordeling ACM

153. Zoals ACM hiervoor onder randnummer 133 heeft overwogen, bestond de bevoegdheid om onderzoek te doen naar de medetoerekening van de overtreding van Meneba aan Bencis ook wanneer Meneba (of een andere belanghebbende) geen bezwaar had ingesteld. Deze bevoegdheid bestaat immers op grond van artikel 2 van de Mw. ACM is met haar onderzoek naar Bencis of met het bestreden besluit dan ook niet buiten de grondslag van het bezwaar van Dossche en Ceres getreden.

¹⁶⁷ Bezwaarschrift, randnummer 52.

Besluit Openbare versie

3 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart ongegrond de bezwaren van Bencis Capital Partners B.V. en Bencis Buyout Fund II General Partner B.V.

Den Haag, 11 september 2015

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. J.G. Vegter
Bestuurslid

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.