

ECLI:NL:RBROT:2025:283

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	08-01-2025
Datum publicatie	08-01-2025
Zaaknummer	ROT 23/7777 e.v.
Rechtsgebieden	Bestuursstrafrecht Mededingingsrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	<p>De rechtbank Rotterdam heeft de beroepen van drie eiproductfabrikanten tegen de boetes die de Autoriteit Consument en Markt (ACM) aan hen heeft opgelegd, grotendeels ongegrond verklaard. De beboete fabrikanten kopen kooi- en scharreleieren in bij pluimveehouders en verwerken die eieren tot zogenoemde eiproducten zoals vloeibaar heelei, eigeel, eiwit en eipoeder. De ACM heeft de boetes opgelegd omdat volgens de ACM één van de eiproductfabrikanten met beide andere eiproductfabrikanten hun inkooprijzen hebben afgestemd, hebben afgesproken om pluimveehouders waarvan zij afnamen niet van elkaar over te nemen en ook andere concurrentiegevoelige informatie hebben uitgewisseld. Daarmee hebben de drie fabrikanten volgens de ACM in strijd met het kartelverbod gehandeld. De rechtbank is, gelet op het Whatsapp-verkeer tussen de fabrikanten, van oordeel dat de ACM zich terecht op het standpunt stelt dat de fabrikanten het kartelverbod hebben overtreden. De afstemming tussen de fabrikanten was er duidelijk op gericht om de onderlinge concurrentie te beperken om zo meer te kunnen verdienen. Bovendien kon die afstemming de concurrentie op de inkoopmarkt ook beperken omdat de fabrikanten een voldoende grote positie op de inkoopmarkt hadden en de pluimveehouders een zwakke positie op die markt hadden. De ACM hoefde daarom geen onderzoek te doen naar de precieze effecten van de afstemming. De rechtbank heeft de boetes voor de ene fabrikant die met beide andere fabrikanten afstemde met 25% verlaagd, omdat deze fabrikant door het totaal van beide boetes onevenredig hard in het vermogen zou worden geraakt. Ook matigt de rechtbank alle boetes met 5.000 omdat de procedure te lang heeft geduurd. De rechtbank stelt de boetes vast op 995.000, 7.655.000 en 15.736.500.</p>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Sdu Nieuws Bestuursrecht 2025/9

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Bestuursrecht

zaaknummers: ROT 23/7777, ROT 23/7812, ROT 23/7816,
ROT 23/8080, ROT 23/8172, ROT 23/8283

uitspraak van de meervoudige kamer van 8 januari 2025 in de zaken tussen

[groep ondernemingen 1], hierna tezamen ook: [onderneming 1],

(gemachtigde: mr. dr. J.J.M. Sluijs)

[groep ondernemingen 2], hierna tezamen ook: [onderneming 2],

(gemachtigden: mr. J.W. Fanoy en mr. M. Lanthers)

[groep ondernemingen 3], hierna tezamen ook: [onderneming 3],

hierna tezamen ook: [onderneming 3],

(gemachtigden: mr. M.R. Baneke en mr. R. Elkerbout)

en

Autoriteit Consument & Markt, ACM

(gemachtigden: mr. R.W. Geertsema, mr. J.M. Meindertsma en mr. J.J. Reuveny).

Inleiding

1. Met een besluit van 22 december 2022 (het boetebesluit) heeft de ACM aan [onderneming 1], [onderneming 2] en [onderneming 3] (hierna ook wel: de ondernemingen) bestuurlijke boetes opgelegd van respectievelijk (in totaal) 10.220.000, 15.741.500 en 1.000.000 wegens deelname aan een kartel tot inkoop van eieren. Met een besluit van 27 januari 2023 (het publicatiebesluit) heeft de ACM besloten om het boetebesluit openbaar te maken.
2. De voorzieningenrechter heeft in haar uitspraak van 8 mei 2023 bepaald dat de ACM het door haar geschoonde boetebesluit en persbericht alleen mag publiceren nadat zij dit heeft geschoond van de boetebedragen en de cijfermatige onderbouwing daarvan.¹
3. Op 27 oktober 2023 heeft de ACM het boetebesluit heroverwogen (bestreden besluit 1). De ACM heeft de bezwaren van [onderneming 2] en [onderneming 3] ongegrond verklaard. De ACM heeft de bezwaren van [onderneming 1] ten aanzien van de hoogte van de twee aan haar opgelegde bestuurlijke boetes van in totaal 10.220.000 gegrond verklaard en de boetebedragen die [onderneming 1] dient te voldoen met 10% neerwaarts bijgesteld. Met bestreden besluit 1 heeft de ACM tevens het publicatiebesluit heroverwogen. Zij heeft de bezwaren van [onderneming 3] en [onderneming 2] tegen het publicatiebesluit ongegrond verklaard. Het bezwaar van [onderneming 1] tegen het publicatiebesluit heeft de ACM gegrond verklaard voor zover dat ziet op de publicatie van de aan haar opgelegde boetes en de cijfermatige onderbouwing daarvan. In zoverre heeft de ACM het publicatiebesluit herroepen.
4. Op 9 november 2023 heeft de ACM besloten ook bestreden besluit 1 te publiceren (bestreden besluit 2). Het bestreden besluit 2 is zelf ook een (deel)besluit op bezwaar.² Gelet op de uitspraak van de voorzieningenrechter van 8 mei 2023 heeft de ACM aangegeven voorsnog af te zien van openbaarmaking van de boetebedragen en de cijfermatige onderbouwing daarvan.
5. De ondernemingen hebben beroep ingesteld tegen de bestreden besluiten 1 en 2. Zij hebben ook verzocht om een voorlopige voorziening ten aanzien van bestreden besluit 2.

6. De voorzieningenrechter heeft in haar uitspraak van 12 februari 2024 bepaald dat de ACM het door haar geschoonde bestreden besluit 1 alleen mag publiceren nadat zij dit heeft geschoond van de namen van legghouders, afnemers van de ondernemingen en concurrenten van de ondernemingen en nadat concurrentiegevoelige gegevens zijn weggelakt.³

7. De ACM heeft met betrekking tot een deel van de stukken verzocht om beperkte kennisneming als bedoeld in artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Met een beslissing van 13 juni 2024 heeft de rechter-commissaris dit verzoek toegewezen. Partijen hebben toestemming verleend aan de rechtbank om kennis te nemen van de vertrouwelijke stukken.

8. De ACM heeft een algemeen verweerschrift ingediend en een verweerschrift met betrekking tot de boeteoplegging aan [onderneming 1].

9. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 september 2024. Namens [onderneming 1] is verschenen haar gemachtigde. Namens [onderneming 2] zijn verschenen haar gemachtigden. Namens [onderneming 3] is verschenen mr. M. Baneke. Namens de ACM zijn verschenen haar gemachtigden. Voorts zijn namens de ondernemingen verschenen [naam], [naam], [naam], [naam], [naam] en [naam] en dr. N. Rosenboom van Oxera. Aan het slot van de zitting zijn de beroepsgronden van [onderneming 1] en [onderneming 2] tegen de boetehoogte aan de orde gesteld en hebben de namens [onderneming 3] verschenen personen de zitting verlaten.

Voorgeschiedenis, boetebesluit en publicatiebesluit

10. Op 9 februari 2021 heeft de Directie Mededinging (DM) van de ACM een rapport opgesteld en aan partijen verstuurd (het eerste rapport). In dit rapport wordt vastgesteld dat [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] het kartelverbod dat is opgenomen in artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw) hebben overtreden. In dit rapport is ten eerste vastgesteld dat directeuren van [onderneming 1] en [onderneming 2] inkooprijfsafspraken voor eieren van legghouders hebben gemaakt, afspraken hebben gemaakt over het niet overnemen van legghouders van elkaar en met elkaar concurrentiegevoelige informatie over de markt hebben uitgewisseld (Gedraging I). Ten tweede is in dit rapport vastgesteld dat directeuren van [onderneming 1] en [onderneming 3] inkooprijfsafspraken voor eieren van legghouders hebben gemaakt, afspraken hebben gemaakt over het niet overnemen van legghouders van elkaar en met elkaar concurrentiegevoelige informatie over de markt hebben uitgewisseld (Gedraging II). Gedraging I had volgens DM in ieder geval plaats van 13 april 2015 tot en met 22 augustus 2016 en Gedraging II had volgens DM in ieder geval plaats van 1 maart 2016 tot en met 1 augustus 2019. De gedragingen zien volgens DM met name op de inkoop van eieren bij kooi- en scharrelhouderijsystemen. In het eerste rapport zijn nog andere overtredingen vastgesteld, die DM met het hierna te noemen tweede rapport heeft laten vervallen.

11. De zienwijzen van de ondernemingen hebben bij de Directie Juridische Zaken (DJZ) van de ACM geleid tot vragen over de geografische markt en de productmarkt. DJZ heeft daarom DM in maart 2022 in de gelegenheid gesteld om aanvullend onderzoek uit te voeren. Op 20 oktober 2022 stuurde DM de ondernemingen een aanvullend rapport in deze zaak (het tweede rapport). In het tweede rapport beschrijft DM het aanvullend onderzoek dat zij heeft gedaan met betrekking tot de inkoopmarkt. Op basis van dit aanvullende onderzoek komt DM tot de conclusie dat er een separate markt voor de inkoop van industrie-eieren door afnemers bij legghouders kan worden onderscheiden. Industrie-eieren worden daarbij gedefinieerd als eieren die worden verwerkt tot ei-producten. In het tweede rapport wordt ook vastgesteld dat de in het eerste rapport beschreven Gedragingen I en II zien op de inkoop van industrie-eieren.

12. In het boetebesluit dat voortborduurde op het tweede rapport heeft de ACM een marktanalyse opgenomen met betrekking tot de inkoopmarkt van industrie-eieren. De ACM heeft vastgesteld dat het

geografisch gebied voor de inkoop van industrie-eieren in ieder geval Nederland, België en Noordwest-Duitsland omvat. De ACM heeft de relevante geografische markt afgebakend aan de hand van catchment areas. De ACM heeft de vestigingsplaatsen van legghouders, bij wie de betrokken ondernemingen direct inkopen in de periode 2017 tot en met 2019, geanalyseerd. Het blijkt dat bij [onderneming 3], [onderneming 1] en [onderneming 2] respectievelijk 98%, 98% en 100% van de legghouders op maximaal 300 km van de productielocaties van de ondernemingen zijn gevestigd. De concurrentiedruk die uitgaat van legghouders buiten Nederland, België en het noordwesten van Duitsland is volgens ACM minder sterk dan de concurrentiedruk die uitgaat van legghouders gevestigd binnen dit gebied. Slechts een beperkt aantal grote Poolse leveranciers is in staat te leveren aan afnemers in Nederland, België en Noordwest-Duitsland. Ook de afzetmogelijkheden van eieren afkomstig uit Polen zijn beperkt nu dit vrijwel alleen maar kooi-eieren zijn.

13. Met betrekking tot het product en de positie van legghouders heeft de ACM in het boetebesluit onder meer het volgende overwogen. De Nederlandse Organisatie van Pluimveehouders (NOP) stelt diverse noteringen samen, gespecificeerd naar soort ei. Voor deze zaak is onder meer de NOP-richtprijs industrieprijs voor kooi-eieren relevant. Legghouders stellen over onvoldoende marktmacht te beschikken om de structuur van prijsvorming te doorbreken, onder meer doordat zij beperkte mogelijkheden hebben om te wisselen van afnemer. Dat komt doordat de meeste legghouders een contract hebben met een afnemer en niet actief zijn op de vrije markt en doordat de groep afnemers waaraan legghouders kunnen verkopen beperkt is. In aanvulling hierop leidt de ACM uit marktgesprekken af dat legghouders in een positie verkeren die switchen of overstappen tussen de afnemers van (industrie)eieren beperkt mogelijk maakt. Dit heeft de volgende oorzaken:

legghouders verkopen per ronde of koppel leghennen bepaalde typen en kwaliteiten eieren. Dit beperkt de uitwijkmogelijkheden gedurende de levensduur van die ronde;

uit een interview met een brancheorganisatie blijkt dat de afnemers rekening houden met elkaars bestaande inkooprelaties en inkoopcontracten en deze in bepaalde mate respecteren;

het houderijsysteem (kooi, scharrel, vrije uitloop, biologisch) dat een legghouder, al dan niet per stal, heeft geïnstalleerd, staat voor langere tijd vast (circa 10 jaar) vanwege de noodzaak om investeringen terug te verdienen.

Uit het onderzoek blijkt volgens de ACM ook dat sprake is van vaste handelsrelaties vanwege afnemerstrouw bij legghouders enerzijds en leverancierstrouw bij de inkopers anderzijds. Betalingszekerheid en betrouwbaarheid zijn belangrijke aspecten bij het onderhouden van de inkooprelaties voor de legghouders. Omgekeerd geldt dat het belang van leveringszekerheid maakt dat afnemers van eieren langdurige en vaste handelsrelaties aanhouden. Verder blijkt uit het aanvullend onderzoek dat het overstappen naar een andere afnemer door legghouders wel voorkomt, maar niet vaak. Het overstappercentage is gemiddeld 6,5% per jaar in de periode 2016-2018. De inkoopwaarde van industrie-eieren maakt een groot deel uit van de verkoopomzet van de ondernemingen bij de verkoop van ei-producten. Dit betekent dat de ondernemingen er veel belang bij hebben zo goedkoop mogelijk in te kopen.

14. Volgens het boetebesluit bedraagt de inkoop van industrie-eieren bij legghouders in de periode van 2015 tot en met 2019 per jaar tussen de 20% en 35% van de totale productie van eieren in Nederland, België en Noordwest-Duitsland. De ACM baseert dit op een schatting van een expert in de sector en twee rapportages van de Rabobank. De totale productie van eieren binnen de relevante geografische markt bedraagt jaarlijks iets minder dan 1,3 miljoen ton. Omgerekend naar stuks resulteert dit in een totale productie van circa 23,2 miljard stuks binnen de relevante geografische markt. Uitgaande van een aandeel industrie-eieren tussen de 20% en 35% van de totale productie eieren in Nederland, België en het noordwesten van Duitsland, leidt dit tot een ondergrens van 4,64 miljard stuks en een bovengrens van 8,12 miljard stuks. De ACM heeft de marktaandelen van de betrokken ondernemingen bepaald door de inkoopwaarde van industrie-eieren van de betrokken ondernemingen te delen door de totale marktomvang

van industrie-eieren in waarde in de relevante geografische markt. [] De ACM heeft de marktaandelen van partijen ook berekend op basis van de gemiddelde inkoopprijs die [onderneming 1] en [onderneming 3] voor industrie-eieren hebben betaald. De totale marktomvang in waarde gebaseerd op de inkooprijzen van [onderneming 3] en [onderneming 1] verschilt niet wezenlijk van de totale marktomvang gebaseerd op de NOP-noteringen. De percentages zullen volgens de ACM dan niet in relevante mate wijzigen. Hoewel er indicaties zijn dat enkele Poolse ondernemingen industrie-eieren (kunnen) leveren aan de ondernemingen, leidt toevoeging van deze Poolse leveranciers tot de relevante markt volgens de ACM slechts tot een zeer beperkte uitbreiding van de marktomvang en daarmee tot vergelijkbare marktaandelen in de 20% en 35% scenarios. Een uitbreiding van de geografische markt naar heel Duitsland leidt in het 20% scenario in alle gevallen tot bilaterale marktaandelen die (ruim) boven de 10% liggen en in het 35% scenario tot marktaandelen die (ruim) boven de 5% liggen.

15. In het boetebesluit heeft de ACM verder de Gedragingen I en II (samen ook: Gedragingen) omschreven. De ACM heeft daarbij het bewijs, dat voornamelijk bestaat uit Whatsappberichten tussen de directeurs van de betrokken ondernemingen, weergegeven. Verder heeft ACM in het boetebesluit uiteengezet waarom de Gedragingen een mededingingsbeperkende strekking hebben, dat die Gedragingen ieder een enkele voortdurende overtreding opleveren en dat geen sprake is van een bagatel. Verder heeft de ACM in het boetebesluit ten aanzien van [onderneming 1] en [onderneming 2] gemotiveerd uiteengezet welke boete of boetes ten aanzien van ieder van hen passend en geboden is of zijn en dat de boete van [onderneming 3] verdergaand neerwaarts moet worden bijgesteld wegens een geslaagd beroep op beperkte draagkracht.

De bestreden besluiten 1 en 2

16. Vlak voor het nemen van bestreden besluit 1 dus na de hoorzitting in bezwaar heeft een medewerker van het Economisch Bureau (EB) van de ACM op 25 oktober 2023 een notitie uitgebracht met een analyse van de marktaandelen die Oxera op verzoek van de betrokken ondernemingen heeft berekend. In deze notitie wordt benoemd dat zowel in het boetebesluit als in de Oxera Scenarios de marktaandeelberekeningen ten onrechte de inkoopalternatieven voor [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] als uitgangspunt hebben. Volgens EB zorg dit voor een onderschatting van de onderhandelingspositie van [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] ten opzichte van legghouders. De onderhandelingspositie van [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] moet daarom volgens EB worden bekeken vanuit de legghouder, waarbij de kernvraag is of individuele legghouders, buiten [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] om, afdoende alternatieven hadden voor de verkoop van hun eieren. In de conclusie van de notitie heeft EB het volgende vermeld:

“In deze zaak moet de ACM vaststellen of de Gedragingen op zichzelf in voldoende mate de mededinging konden beïnvloeden. Daarvoor is van belang of individuele legghouders, buiten [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] om, voldoende alternatieven hadden. Het doel van de Gedragingen was immers dat de legghouder hun eieren voor minder geld konden verkopen. De marktaandelen van zowel Oxera als de ACM onderschatten de onderhandelingspositie van [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] doordat er wordt gekeken naar de alternatieven voor [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1], niet de legghouders.

Op basis van dat uitgangspunt heeft het EB gekeken naar de marktaandeelberekeningen van Oxera en ACM.

Het EB concludeert dat Oxera Scenarios geen aanleiding geeft om de geografische markt te verbreden (3.2). Ook concludeert het EB dat Oxera onterecht duurdere soorten eieren, zoals vrije-uitloopeieren tegen

de hogere prijs voor ongesorteerde eieren meeneemt, ondanks dat die al uitgesorteerd en dus goedkoper zijn (klasse B). Daarnaast zijn geen van de vier alternatieve scenarios relevant (paragraaf 0).

De enige terechte aanpassingen van Oxera leiden tot een insignificante verlaging van de marktaandelen van tienden van procenten. Die aanpassingen bestaan uit i) de duurdere gewichtsklasse van de eieren (paragraaf 5.2.1), ii) mogelijk de inkoopdata van [onderneming 2] (paragraaf 5.2.1) en iii) de landsverschillen in eierprijzen (paragraaf 5.2.3). Hieronder staan de marktaandelen uit het [boetebesluit], aangepast op basis van de bovenstaande zaken:

[tabel]

Hierbij wijst het EB erop dat de bovenstaande marktaandelen gebaseerd zijn op het hoogste aandeel van het aandeel industrie-eieren: 35%. Wordt uitgegaan van het laagste aandeel, dan nemen de marktaandelen met minimaal 75% toe.

Samengevat stelt het EB vast dat de marktaandelen uit het [boetebesluit] een onderschatting vormen van de onderhandelingspositie van [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] ten opzichte van legghouders.”

17. Met bestreden besluit 1 heeft de ACM het boetebesluit en het publicatiebesluit heroverwogen. Ten aanzien van het boetebesluit heeft de ACM de procedurele bezwaren van de ondernemingen verworpen. Zij heeft verder geoordeeld dat de alternatieve lezing die de ondernemingen geven aan de in het boetebesluit genoemde Whatsappberichten verworpen moeten worden, dat de kritiek van de ondernemingen op de marktafbakening in het boetebesluit geen hout snijdt, dat de productmarkt inderdaad geen industrie-ei is, maar dat het gaat om kooi-eieren en scharreleieren en dat de legghouders die deze eieren produceren ten opzichte van de eiproductfabrikanten een zwakke onderhandelingspositie hebben. Verder is door de ACM overwogen dat in het boetebesluit terecht is vastgesteld dat de Gedragingen ertoe strekken de mededinging te beperken, dat het gaat om enkele voortdurende inbreuken, dat geen sprake is van een bagatel en dat de Gedragingen een effect gehad konden hebben op de interstatelijke handel. Met betrekking tot de boetehoogte heeft de ACM gemeend dat de aan [onderneming 2] en [onderneming 3] opgelegde boetes juist zijn, maar dat de twee aan [onderneming 1] opgelegde boetes vanwege samenhang en evenredigheid verminderd dienen te worden met 10%. Met het oog op de leesbaarheid wordt de motivering van de ACM verderop weergegeven per deelonderwerp bij de bespreking van de beroepsgronden.

18. Ten aanzien van het publicatiebesluit acht de ACM de beslissing tot publicatie juist voor zover die ziet op [onderneming 2] en [onderneming 3]. Artikel 12v, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet) verplicht de ACM tot publicatie in het voorliggende geval. Ook het bijbehorende persbericht acht de ACM juist. Het bezwaar van [onderneming 1] tegen het publicatiebesluit heeft de ACM gegrond verklaard voor zover dat ziet op de publicatie van de aan haar opgelegde boetes en de cijfermatige onderbouwing daarvan. In zoverre heeft de ACM het publicatiebesluit herroepen.

19. De brieven van de ACM van 9 november 2023 aan de ondernemingen vormen tezamen bestreden besluit 2. Bij dat besluit heeft de ACM overwogen dat artikel 12v, derde lid, van de Instellingswet voorts verplicht tot openbaarmaking van het besluit tot heroverweging van het boetebesluit, zodat ook bestreden besluit 1 met weglating van een aantal bedrijfsvertrouwelijke en persoonsgegevens dient te worden gepubliceerd.

Beoordeling door de rechtbank

Vooraf

20. [onderneming 1], [onderneming 2] en [[onderneming 3]] hebben elk een groot aantal beroepsgronden met onderliggende argumenten geformuleerd. De ACM heeft verweer gevoerd met een algemeen verweerschrift en een specifiek verweerschrift inzake het draagkrachtberoep van [onderneming 1]. De rechtbank zal zich hierna beperken tot de bespreking van de kern van de beroepsgronden en argumenten van de ondernemingen. De rechtbank wijst er in dit verband op dat uit de artikelen 8:69 en 8:77 van de Awb niet volgt dat de zij in haar uitspraak op alle aangevoerde argumenten afzonderlijk moet ingaan.⁴ Voor zover de rechtbank argumenten van de ondernemingen onbesproken laat, heeft de rechtbank zich wel gebogen over die argumenten, maar is zij van oordeel dat die niet slagen. Daarbij merkt de rechtbank op dat de ondernemingen veel argumenten aanvoeren die de ACM bij bestreden besluit 1 reeds uitvoerig gemotiveerd heeft verworpen. Voor zover de ondernemingen in hun beroepsgronden volstaan met het verwijzen naar hun eerder ingenomen standpunten in hun zienswijzen of in bezwaar, levert dit geen grond op waarop de bestuursrechter dient in te gaan nu door de ondernemingen niet is aangegeven waarom de ACM deze gronden niet terecht heeft verworpen.⁵

Procedurele kwesties

21. De rechtbank verwierpt de stellingen van partijen dat de ACM niet het tweede rapport heeft mogen uitbrengen en niet bij bestreden besluit 1 tot een nadere motivering over de marktafbakening heeft mogen komen. De rechtbank verwijst in dit verband naar wat de voorzieningenrechter in haar uitspraken van 8 mei 2023 en 12 februari 2024 hierover heeft overwogen. De rechtbank onderschrijft die overwegingen en maakt die de hare. De rechtbank voegt hier het volgende aan toe. De ACM heeft gereageerd en nader onderzoek gedaan naar aanleiding van nieuwe argumenten en berekeningen die de ondernemingen in de primaire fase en in de bezwaarfase naar voren hebben gebracht. Dat de ACM naar aanleiding hiervan komt met een aanvullende motivering over de geografische markt en de productmarkt, betekent niet dat de ACM andere overtredingen aan haar besluitvorming in primo en in bezwaar ten grondslag heeft gelegd dan de inkoopovertredingen waarop het eerste rapport zag. Wat de ACM de ondernemingen verwijt is niet gewijzigd sinds het eerste rapport van DM, met dien verstande dat DM juist met het tweede rapport een aantal gedragingen met betrekking tot een mogelijk verkoopkartel heeft laten vallen. Voor zover de ondernemingen stellen dat de ACM onzorgvuldig handelt, omdat zij ook met haar aanvullend rapport en aanvullende analyse niet heeft aangetoond dat de ondernemingen de door de ACM gestelde inbreuken hebben begaan, raakt die stelling hoezeer de ondernemingen die ook hebben ingekleed als een procedurele beroepsgrond aan de vraag of de ACM de overtredingen heeft bewezen. Die kwestie komt daarom bij de verdere beoordeling door de rechtbank aan de orde.

22. Het beroep op het in artikel 5:43 van de Awb besloten liggende ne bis in idem-beginsel slaagt ook niet. Het door de ondernemingen daarbij aangevoerde argument dat de ACM gelet op het tijdsverloop na het eerste rapport haar verlies had moeten nemen en niet meer met nader onderzoek had mogen komen, volgt de rechtbank niet. Gelet op artikel 5:43 van de Awb is pas sprake van een relevante beslissing die in de weg staat aan het alsnog of opnieuw opleggen van een bestuurlijke boete voor dezelfde overtreding indien er sprake is van een kennisgeving dat van boeteoplegging wordt afgezien of indien een besluit is genomen tot boeteoplegging ter zake van die overtreding. Van zodanige kennisgeving of boeteoplegging was op het moment van het nadere onderzoek geen sprake. Met het uitbrengen van het tweede rapport is dus ook niet alsnog of opnieuw beslist over boeteoplegging. De beslissing tot boeteoplegging is pas met het boetebesluit genomen. De omstandigheid dat de ACM in verband met het uitbrengen van het tweede rapport de dertien-wekentermijn van artikel 5:51, eerste lid, van de Awb een termijn van orde in verregaande mate heeft overschreden doet evenmin de bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen teniet. Voorts valt niet in te zien dat de ACM een of meer algemene beginselen van bestuur heeft geschonden door buiten de genoemde dertien-wekentermijn een tweede rapport uit te brengen in plaats van af te zien van verder onderzoek en dus ook van boeteoplegging. Met betrekking tot termijnen is van belang dat de boetebevoegdheid niet is vervallen op grond van artikel 5:45, eerste lid, van de Awb in

verbinding met artikel 64 van de Mw.6 De mate van overschrijding van de genoemde dertien-wekentermijn kan (mede) gelet op de redelijke termijn van artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) wel een rol spelen bij de vraag naar boetematiging.⁷ Dit onderwerp komt verderop aan de orde.

23. Wel betogen de ondernemingen terecht dat de ACM de hoorplicht van artikel 7:9 van de Awb heeft geschonden. Uit die bepaling volgt dat wanneer na het horen aan het bestuursorgaan feiten of omstandigheden bekend worden die voor de op het bezwaar te nemen beslissing van aanmerkelijk belang kunnen zijn, dit aan belanghebbenden wordt meegedeeld en zij in de gelegenheid worden gesteld daarover te worden gehoord. Weliswaar kan de ACM worden nagegeven dat de notitie van een medewerker van het EB op 25 oktober 2023 geen nieuwe feiten bevat, maar naar het oordeel van de rechtbank vertegenwoordigt die notitie wel een standpuntwijziging die van belang is voor het in bezwaar gevoerde partijendebat over de geografische markt en de marktaandelen van de ondernemingen. Eerst in deze notitie heeft EB benoemd dat in het boetebesluit en in de Oxera Scenarios de marktaandeelberekeningen vanuit een onjuist perspectief zijn bekeken, namelijk vanuit de inkoopalternatieven voor afnemers van eieren in plaats van vanuit de hier relevante verkoopalternatieven voor legghouders. In bestreden besluit 1 heeft de ACM deze standpuntwijziging betrokken bij de weerlegging van de Oxera Scenarios die de ondernemingen in bezwaar in reactie op het boetebesluit naar voren hebben gebracht. De notitie vormt daarmee een omstandigheid die van aanmerkelijk belang is geweest voor de besluitvorming als bedoeld in artikel 7:9 van de Awb. Naar het oordeel van de rechtbank had de ACM de standpuntwijziging voor het nemen van het bestreden besluit 1 aan de ondernemingen moeten medelen en hen hierover moeten horen. Dat de ACM ter zitting afstand heeft genomen van de vaststelling van de marktaandelen van de ondernemingen in bestreden besluit 1 waarop de rechtbank verderop in zal gaan doet hier niet aan af. Niettemin zal de rechtbank het verzuim de ondernemingen nogmaals in bezwaar te horen passeren met toepassing van artikel 6:22 van de Awb. Aannemelijk is namelijk dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld nu zij ter zitting in beroep alsnog op de vaststellingen en analyses die ten grondslag liggen aan bestreden besluit 1 hebben kunnen reageren.⁸ Daar komt bij dat de notitie in beroep aan belang heeft ingeboet, gelet op het gewijzigde standpunt van de ACM ter zitting dat de precieze marktaandelen van de ondernemingen niet relevant zijn.

24. Voor zover de ondernemingen klagen dat hen stukken zijn onthouden, overweegt de rechtbank als volgt. De ACM heeft een dataroom-procedure toegepast in de zienswijzeronde en in bezwaar, waarna de ondernemingen in de gelegenheid zijn gesteld om de ACM te verzoeken nadere stukken in te brengen, welke verzoeken grotendeels zijn gehonoreerd. De omstandigheid dat de ondernemingen geen inzage hebben gekregen in de ongefilterde antwoorden van de individuele legghouders, maakt niet dat zij geen eerlijk proces krijgen. De rechter-commissaris heeft zich in de voorlopige voorzieningen en in de hoofdzaak al meermaals gebogen over de beperkte kennisneming van stukken. De rechter-commissaris heeft geoordeeld dat de belangen van de deelnemers aan de enquête zwaarder wogen dan het verdedigingsbelang. Daarbij komt dat de ondernemingen wel informatie hebben gekregen over de deelnemers aan de enquête en het daarop gebaseerde "Rapport Marktonderzoek Eiersector Legghouders" dat Centerdata in opdracht van de ACM heeft opgesteld op 13 oktober 2022 (Centerdata-rapport). De enkele wens van de ondernemingen dat zij willen controleren of de antwoorden in het Centerdata-rapport juist zijn verwerkt, acht de rechtbank in dit verband onvoldoende om tot een ander oordeel te komen dan de rechter-commissaris en te bepalen dat de ACM alsnog deze concurrentiegevoelige gegevens dient te verstrekken aan de ondernemingen. Daarbij merkt de rechtbank op dat zij zelf heeft kunnen vaststellen dat de antwoorden juist zijn verwerkt in het Centerdata-rapport. Verder berust het bewijs van de ACM voornamelijk op andere wel voor de ondernemingen beschikbare bronnen, zoals de Whatsappberichten die de ACM voor het bewijs van de Gedragingen heeft gebruikt en andere uitlatingen en informatie die mede afkomstig zijn van de ondernemingen over de marktomvang en de marktaandelen.

25. In het boetebesluit heeft de ACM Gedraging I beschreven. Gedraging I blijkt volgens ACM uit contactmomenten, voornamelijk via Whatsapp, tussen de directeur van [onderneming 1] en de directeur van [onderneming 2] in de periode van november 2014 tot en met maart 2018. Bij randnummer 106 van het boetebesluit heeft de ACM een tabel opgenomen, met daarin contactmomenten waarop [onderneming 1] en [onderneming 2] spraken over kooi- en scharreleieren. Vervolgens heeft de ACM de contactmomenten beschreven en citaten genoemd. Op basis van deze contactmomenten heeft de ACM geconcludeerd dat [onderneming 1] en [onderneming 2]:

vanaf 13 april 2015 tot en met 22 augustus 2016 een afspraak hadden om "elkaar te respecteren" en "de rust op de markt te bewaren";

vanaf 2015 de inkooprijzen van kooi- en scharreleieren met elkaar hebben gedeeld, waarbij zij een aantal keren hebben benadrukt dat het doel is om "samen te werken ipv te concurreren" om op die manier "meer geld te verdienen";

in 2016 hebben afgesproken om vanaf week 26 de inkooprijzen van kooi-eieren te verlagen naar NOP -25, dat wil zeggen de NOP-prijs minus 0,25, terwijl [onderneming 1] in diezelfde periode met [onderneming 3] dezelfde afspraak had;

in 2016 met elkaar hebben afgesproken wie eieren afnam of bleef afnemen bij welke legghouder.

26. De ondernemingen hebben in bezwaar aangevoerd dat de ACM de contactmomenten die zij in het boetebesluit heeft genoemd, verkeerd heeft uitgelegd. Volgens hen kunnen die contactmomenten worden onderverdeeld in vier categorieën:

communicatie over het disfunctioneren van de NOP-notering als benchmark voor de marktprijs in contracten die reeds waren afgesloten en over NOP-noteringen wanneer die hoger waren dan de marktprijs;

communicatie over ad hoc aanbod van legghouders of handelaren (enkel [onderneming 3] en [onderneming 1]);

communicatie over reeds afgesloten contracten dan wel over historische prijzen; en

communicatie van algemene, niet-specifieke dan wel openbare marktinformatie of informatie die niet relevant is voor de Gedragingen.

27. In het bestreden besluit 1 heeft de ACM deze alternatieve lezing van de Whatsappberichten verworpen. De ACM heeft onder verwijzing naar rechtspraak van het CBB9 gekeken naar zowel de tekst als de context van de door haar als bewijs gebruikte Whatsappgesprekken tussen de directeurs van de ondernemingen, dit laatste mede in het licht van de totaliteit van de berichten over een weer. Volgens ACM geldt daarbij dat de directeurs van de ondernemingen ook over andere onderwerpen appten, maar dat uit de Whatsappberichten die de ACM in aanmerking heeft genomen onmiskenbaar de intentie blijkt de concurrentie te beperken door inkooprijzafspraken te maken, af te spreken legghouders niet van elkaar over te nemen en informatie over inkooprijzen met elkaar te delen. De stelling van de ondernemingen dat een aantal gesprekken zouden gaan over reeds afgesloten contracten en historische prijzen gaat volgens de ACM niet op. De gesprekken zien op een doorlopende prijsafslag ten opzichte van de NOP en in de gesprekken wordt gesproken over nog af te sluiten contracten met legghouders. De stelling van de ondernemingen dat de NOP veel hoger was dan de marktprijs voor eieren en dat zij een algemene discussie mochten voeren over de geschiktheid van de NOP als indicator voor de marktprijs en dat een algemene discussie over dat onderwerp niet geschikt zou zijn om de mededinging te beperken, omdat ook met een verlaging meer werd betaald dan de marktprijs en een concurrent niet meer dan de marktprijs zou willen betalen, zodat een legghouder nooit zou overstappen, heeft de ACM verworpen. Volgens de ACM mochten de ondernemingen hun concrete prijzen of prijsverlagingen hoe dan ook niet afstemmen, zoals zij hebben gedaan. Of de prijs voor eieren die zij volgens hun contracten met legghouders dienden te betalen, volgens de ondernemingen hoger zou zijn dan de marktprijs, is daarom irrelevant. Er bestaat geen recht om niet meer te betalen dan de marktprijs, wat die marktprijs ook is. De prijs dient bilateraal

met de legghouders tot stand te komen, zonder afspraken daarover tussen de verschillende afnemers. Volgens ACM gingen de gesprekken, anders dan de ondernemingen hebben gesteld, ook niet over legghouders die ad hoc eieren aanboden of eieren aanboden die ze zouden moeten leveren aan [onderneming 2] volgens een contract. Tot slot merkt de ACM op dat de ondernemingen in hun gronden niet alle Whatsappgesprekken die de ACM heeft gebruikt voor het bewijs hebben weersproken.

28. In beroep betoogt [onderneming 2] en in haar voetspoor [onderneming 1] dat de ACM aan de Whatsappberichten geen bewijs kan ontleen voor Gedraging I. De Whatsappgesprekken kunnen volgens [onderneming 2] en [onderneming 1] niet als bewijs dienen voor in ieder geval de volgende gedragingen omdat de Whatsappgesprekken daar niet over gaan: (a) prijsafspraken voor Nederlandse scharreleieren; (b) verdeling van Nederlandse scharrel legghouders; (c) uitwisseling van prijsinformatie of prijsafspraken voor Belgische kooi- of scharrel eieren; (d) verdeling van Belgische scharrel legghouders. Volgens [onderneming 2] en [onderneming 1] kan Gedraging I schematisch als volgt worden opgedeeld in twaalf subgedragingen tussen 13 april 2015 en 22 augustus 2016.

Bij de inkoop van kooi- en scharreleieren bij legghouders in Nederland en België "de rust op de markt te bewaren"											
Bij de inkoop van kooi- en scharreleieren bij legghouders in Nederland "de rust op de markt te bewaren"						Bij de inkoop van kooi- en scharreleieren bij legghouders in België "de rust op de markt te bewaren"					
Prijs info-uitwisseling		Prijsafpraak		Legghouder verd.		Prijs info-uitwisseling		Prijsafpraak		Legghouder verd.	
Kooi	Schar	Kooi	Schar	Kooi	Schar	Kooi	Schar	Kooi	Schar	Kooi	Schar
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

29. [onderneming 2] is aan de hand van dit schema op detailniveau ingegaan op twaalf momenten dat Whatsappberichten zijn gewisseld. [onderneming 2] en [onderneming 1] menen dat op grond van hun interpretatie daarvan in de verschillende contactmomenten slechts in zes gevallen een of twee van de twaalf door haar genoemde subgedragingen aan de orde zijn geweest, maar waaruit niet het bewijs voor het bestaan van een andere subgedraging of Gedraging I als geheel kan worden afgeleid.

30. [onderneming 2] en [onderneming 1] hebben verder aangevoerd dat zij doorlopend contracten met legghouders sluiten om eieren in te kopen, ook ten tijde van Gedraging I. Een contract heeft een looptijd van circa 70 weken, en ruim van te voren worden nieuwe contracten onderhandeld. Dit betekent dat op ieder willekeurig moment [onderneming 2] of [onderneming 1] in onderhandelingen is met meerdere legghouders om afspraken te maken voor een nieuwe leveringsovereenkomst. Oxera heeft in haar op 26 april 2024 uitgebrachte rapport (Oxera-rapport) op verzoek van [onderneming 2] een tijdlijn in kaart gebracht wanneer legghouders van respectievelijk [onderneming 2] of [onderneming 1] overstapten naar een andere afnemer.¹⁰ Het beeld dat hieruit volgens hen naar voren komt is dat ongeacht of tussen [onderneming 2] en [onderneming 1] sprake was van contact legghouders aan de lopende band overstapten (naar derden en tussen [onderneming 1] en [onderneming 2] onderling). Ook lijkt geen sprake te zijn van meer of minder overstap ongeacht of naar de periode voor, na of gedurende Gedraging I wordt gekeken. Mocht er al een afspraak hebben bestaan tussen [onderneming 2] en [onderneming 1] om kooi- en scharrel legghouders te verdelen, dan had het in de rede gelegen dat [onderneming 1] en [onderneming 2] hierover contact hadden gehad. [onderneming 2] of [onderneming 1] konden immers zonder contact niet weten of [onderneming 2] of [onderneming 1] zich wel aan de door de ACM geconstrueerde afspraak hielden. Hoewel gedurende Gedraging I tientallen legghouders van [onderneming 2] en [onderneming 1] zijn overgestapt naar een andere afnemer, waarvan zelfs een aantal onderling, geven de Whatsappberichten geen enkele blijk van afstemming tussen [onderneming 2] en [onderneming 1]. [onderneming 2] heeft de ACM hier ook reeds op gewezen. Zo noemt [onderneming 2] in haar gronden van bezwaar drie legghouders die zijn overgestapt van [onderneming 2] naar [onderneming 1] gedurende (vermeende) Gedraging I.

31. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

32. Met de ACM stelt de rechtbank voorop dat volgens vaste rechtspraak contacten tussen concurrenten door de toezichthouder in onderlinge samenhang mogen worden gezien.¹¹ Daar waar [onderneming 2] en [onderneming 1] de gesprekken geïsoleerd gezien, is de ACM daar dus terecht aan voorbijgegaan. De voor het eerst in beroep ingebrachte stelling dat [onderneming 2] en [onderneming 1] contact met elkaar hadden vanwege vogelgriepuitbraken, kan hen niet baten. De ACM heeft er in bezwaar en in haar

verweerschrift terecht op gewezen dat, wat er ook zij van eventuele contacten vanwege verschillende vogelgriepuitbraken, de ondernemingen hun concrete prijzen of prijsverlagingen niet mogen afstemmen, zoals zij hebben gedaan. Anders dan [onderneming 2] en [onderneming 1] betogen, bestaat er geen recht om niet meer te betalen dan de marktprijs, wat die marktprijs ook is. De prijs dient bilateraal met de legghouders tot stand te komen, zonder afspraken daarover tussen de verschillende afnemers.¹² Met de ACM merkt de rechtbank voorts op dat [onderneming 2] en [onderneming 1] in beroep een deels andere verklaring geven voor en uitleg geven aan de contactmomenten die de ACM heeft besproken in het boetebesluit en bestreden besluit 1. In bezwaar hadden zij de contactmomenten immers ondergebracht in vier categorieën en niet in twaalf subgedragingen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de ACM in haar algemene verweerschrift (randnummers 121 tot en met 177) de lezing van [onderneming 2] en [onderneming 1] terecht weersproken. De rechtbank volstaat in dit verband met het volgende.

33. In het gesprek van 13 april 2015 laat [onderneming 2] aan [onderneming 1] weten dat [onderneming 2] haar prijzen voor kooi-eieren heeft verlaagd naar NOP minus 0,35 à 0,40, dat de legghouders daarover zullen klagen, maar dat dat volgens haar geen probleem is zolang [onderneming 2] en [onderneming 1] elkaar respecteren. Hierop antwoordt de directeur van [onderneming 1] zich aan haar afspraken te houden, waarop de directeur van [onderneming 2] reageert dat hij dat ook doet. Gelet op de tekst en context van dit gesprek wordt in dit gesprek onmiskenbaar gesproken over prijsafslagen en niet over prijzen, terwijl prijsafslagen langere tijd kunnen gelden, en volgt daarnaast uit het gesprek dat de directeurs van [onderneming 1] en [onderneming 2] afspraken om elkaar te zullen respecteren. In het contactmoment van 4 juni 2015 bespraken [onderneming 2] en [onderneming 1] om met de "Eiproducten boys in NL" af te spreken. In het contactmoment van 13 juni 2015 riepen [onderneming 2] en [onderneming 1] op om "meer samen te werken", waarbij als reden wordt genoemd: "Dan worden we niet uitgespeeld en kunnen we eens echt gaan verdienen." De uitleg van [onderneming 2] en [onderneming 1] dat zij met de contactmomenten van 4 en 13 juni 2015 bedoelden dat men minder moest concurreren op de prijs, leidt niet tot een ander oordeel want ook dan is het de strekking het beperken van de mededinging.

Het contactmoment van 5 juni 2015 heeft de ACM genoemd omdat eruit volgt dat de directeurs van [onderneming 2] en [onderneming 1] geregeld contact hadden over kooi- en scharreleieren. Dat is van belang om de intensiteit van het contact erover te bepalen. Niet vereist is dat iedere handeling die onderdeel uitmaakt van een enkele voortdurende overtreding, afzonderlijk beschouwd een verboden overeenkomst of onderling afgestemde gedraging vormt. Op 18 juni 2015 wisselden de directeurs van [onderneming 2] en [onderneming 1] 93 berichten uit via Whatsapp. Anders dan [onderneming 2] en [onderneming 1] stellen, spraken zij in die 93 berichten niet alleen over de verkoop van eiproducten, maar ook over de inkoop van eieren. Zo staat in deze berichten onder meer vermeld: "NOP maar ff afwachten" en "Eiermarkt koelt wel wat af, NOP 0,20 omhoog?". Ook een deel van de contactmoment van 6 augustus 2015 zag op de inkoop van eieren. De opmerking van de directeur van [onderneming 2]: "Pluimveehouders zijn gewoon de baas nu over de NOP," kan enkel gaan over de inkoop van eieren. Ook op 3 september 2015 ging een deel van de Whatsappgesprekken over eierinkoop, waarbij de directeurs van [onderneming 1] en [onderneming 2] bedrijfsgevoelige informatie uitwisselden. Zo staat in de berichten van 3 september 2015 onder meer: "Wat verwacht je van de eiermarkt", "Maar op scharrel is op NOP flink er boven", "Vast willen ze verkopen aan 1,20, forget it, Ik koop niks vast."

34. Ook uit het Whatsappgesprek op 8 januari 2016 blijkt zonneklaar dat daarbij onder meer informatie over prijzen werd uitgewisseld en een prijsafslag van 0,25 voor kooi-eieren werd afgesproken. Zo staat in de berichten van 8 januari 2016 onder meer: "[onderneming 1]: Eieren bij pluimveehouders zijn veel te duur dus moeten we iets aan gaan doen.", "[onderneming 2]: NOP klopt inderdaad niks van. () Kooi is ook bijna geen klant meer voor. () Moeten we naar NOP minus 1.00", "[onderneming 1]: Ik ga in eerste instantie naar -25. () Iedereen wil omlaag brengen", "[onderneming 2]: Doen we dat over en weer." Verder worden in deze berichten afspraken gemaakt elkaars legghouders niet over te nemen. Zo staat in de berichten vermeld: "We staan gelijk nu want jullie hebben me er vorig jaar een afgepikt. Moeten we eigenlijk niet doen, want het is al moeilijk genoeg. Wij willen graag samen werken ipv concurreren dat weet je." En "[onderneming 2]: Oke, dan moeten we dat maar gaan proberen". Het Whatsappgesprek van 5 februari 2016 wordt door [onderneming 2] in beroep anders uitgelegd dan in bezwaar en die uitleg is

naar het oordeel van de rechtbank ongeloofwaardig. Ook uit dit contactmoment volgt dat zij een afspraak hebben gemaakt om elkaars leghenhouders niet over te nemen. Op 12 februari 2016 en op 1 maart 2016 is het overleg voortgezet over de afslag van 0,25. Dat in deze berichten sprake was van mededelingen over eerder genomen zelfstandige beslissingen, zoals [onderneming 2] en [onderneming 1] stellen, is geen sprake. [onderneming 1] deelt in deze berichten mee vanaf week 12 een prijs te hanteren van 0,25, terwijl uit deze berichten blijkt dat [onderneming 2] voor week 12 nog geen prijs had bepaald. Het contactmoment van 22 augustus 2016 zag onder meer op een toezegging van de directeur van [onderneming 1] om een specifieke leghenhouder niet van [onderneming 2] over te nemen en het delen van prijsinformatie. Reeds dat heeft een mededingingsbeperkende strekking, want daardoor kon [onderneming 2] haar onderhandelingspositie versterken, dit ongeacht de afloop van die onderhandeling. De rechtbank voegt hier aan toe dat uit dit gesprek niet blijkt dat [onderneming 2] en [onderneming 1] afstand hadden gedaan van de afgesproken prijsafslag. Uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs, moet worden vermoed dat de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op deze markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld.¹³ Dit tegenbewijs hebben [onderneming 2] en [onderneming 1] dus niet geleverd.

35. Uit de contactmomenten die de ACM ten grondslag heeft gelegd aan bestreden besluit 1 volgt dat directeurs van [onderneming 2] en [onderneming 1] informatie uitwisselden over prijzen voor kooi- en scharreleieren, zij prijsafspraken maakten over kooi- en scharreleieren op basis van de NOP-notering, dus over prijzen voor Nederlandse kooi- en scharreleieren, en zij de leveringen van Nederlandse en Belgische leghenhouders van kooi-eieren verdeelden. [onderneming 2] en [onderneming 1] hebben daarnaast in verschillende berichten opgeroepen om samen te werken. De ACM heeft op grond daarvan naar het oordeel van de rechtbank terecht vastgesteld dat [onderneming 2] en [onderneming 1] met Gedraging I als gemeenschappelijk doel hadden de concurrentiedruk weg te nemen en (prijs)rust op de markt te bewaren, door samen de prijzen af te stemmen bij de inkoop van kooi- en scharreleieren, het verdelen van leveringen van leghenhouders en het uitwisselen van bedrijfsgevoelige informatie. [onderneming 2] en [onderneming 1] deden dat in Nederland en in mindere mate in België. Dat blijkt uit de contactmomenten die de ACM ten grondslag heeft gelegd aan bestreden besluit 1. Dat uit de contactmomenten niet volgt dat alle elementen zich in Nederland of België hebben voorgedaan, is niet van belang; het gaat erom dat het totaalplan volgt uit de verschillende contactmomenten. Het betoog van [onderneming 2] en [onderneming 1] slaagt dus niet.

Gedraging II

36. Gedraging II blijkt volgens de ACM uit contactmomenten, voornamelijk via Whatsapp, tussen de directeur van [onderneming 1] en de directeur van [onderneming 3] in de periode van juli 2015 tot en met november 2019. Bij randnummer 132 van het boetebesluit heeft de ACM een tabel opgenomen, met daarin contactmomenten waarop [onderneming 1] en [onderneming 3] spraken over kooi- en scharreleieren. Vervolgens heeft de ACM de contactmomenten beschreven en citaten genoemd. Op basis van deze contactmomenten concludeerde de ACM dat [onderneming 1] en [onderneming 3] vanaf 1 maart 2016 tot en met 1 augustus 2019 contact hadden over de inkoop van kooi- en scharreleieren om "samen meer te verdienen." Daartoe spraken zij af om hun inkoopprijs van kooi-eieren te verlagen naar NOP -25, overigens in precies dezelfde periode dat [onderneming 1] en [onderneming 2] een afspraak hadden om de inkoopprijs van kooi-eieren te verlagen naar NOP -25. [onderneming 1] en [onderneming 3] wisselden verder de prijzen uit die specifieke leghenhouders vroegen voor hun eieren en spraken ook af wie van hen eieren afnam of bleef afnemen bij welke leghenhouder. [onderneming 1] en [onderneming 3] stuurden daarnaast een gelijkstrekende brief over de Fipronilcrisis aan leghenhouders die aan hen leverden, met een gelijkkluidende verlaging van de inkooprijzen voor eieren.

37. Ook met betrekking tot Gedraging II heeft de ACM met bestreden besluit 1 de hiervoor onder Gedraging I weergegeven alternatieve indeling van de Whatsappberichten in vier categorieën verworpen. Ook hier heeft de ACM gekeken naar zowel de tekst als de context van de door haar als bewijs gebruikte

Whatsappgesprekken tussen de directeuren, dit laatste mede in het licht van de totaliteit van de berichten over en weer. De stelling dat een aantal gesprekken zou gaan over historische prijzen gaat volgens de ACM niet op, het gaat om een doorlopende prijsafslag ten opzichte van de NOP. Ook werd gesproken over nog af te sluiten contracten met legghouders. Bezien in het licht van de gevallen waarin [onderneming 3] en [onderneming 1] wel onderling leveringen van legghouders hebben verdeeld, volgt volgens ACM ook uit de gesprekken waarin mogelijk geen aspect van onderlinge concurrentie aan de orde was, het bestaan van een afspraak of onderling afgestemd feitelijk gedrag om legghouders te verdelen. Dat is immers de reden dat [onderneming 3] en [onderneming 1] aan elkaar vroegen of de desbetreffende legghouder leverde aan de ander. De ACM wijst daartoe op het gesprek van 1 augustus 2019 waarin [onderneming 3] en [onderneming 1] bij elkaar controleerden of een legghouder waarmee ze zaken wilden doen aan de ander leverde. Ten aanzien van het gesprek van 20 mei 2019 overweegt de ACM dat dat gesprek ging over kooi-eieren die een Poolse legghouder wilde verkopen, al dan niet via een Nederlandse handelaar. Hoewel Polen vanuit de Nederlandse en Belgische legghouders gezien niet behoort tot het relevante geografische segment, laat dat gesprek volgens ACM wel zien dat [onderneming 3] en [onderneming 1] ook hun gedrag ten opzichte van die Poolse legghouder met elkaar afstemden. De ACM meent dan ook dat zij dat gesprek mag meenemen bij de beoordeling van de Gedragingen.¹⁴

38. In beroep betoogt [onderneming 3] en in haar voetspoor [onderneming 1] dat de ACM aan de Whatsappberichten geen bewijs kan ontleen voor Gedraging II. De Whatsappgesprekken kunnen volgens [onderneming 3] en [onderneming 1] niet als bewijs dienen voor de volgende gedragingen: a) het maken van prijsafspraken, b) het verdelen van legghouders en c) het delen van de inkooprijzen van kooi- en scharreleieren in de periode van 1 maart 2016 tot en met 1 augustus 2019 door [onderneming 1] en [onderneming 3]. Volgens hen heeft de ACM de bewoordingen en doelstellingen van de contactmomenten onjuist geïnterpreteerd. Zij hebben in dit verband aangevoerd dat de ACM een aantal contactmomenten behandelt ter onderbouwing van haar conclusies over de Gedragingen, maar dat de conclusies van de ACM niet uit de feitelijke tekst kunnen worden afgeleid. Zo noemen [onderneming 3] en [onderneming 1] als voorbeeld het gesprek van 1 augustus 2019 (door de rechtbank geanonimiseerd)¹⁵:

[onderneming 3]: "Hoi [directeur [onderneming 1]]

Ben jij toevallig bij Ten Ham bezig met [naam legghedbedrijf]?

Ik ben daar ook bezig

[onderneming 1]: "[directeur [onderneming 3]], nee ben ik niet mee bezig . Ken ze ook niet gr [directeur [onderneming 1]]

[onderneming 3]: "Top, goed om te weten"

De ACM concludeert uit dit gesprek dat [onderneming 1] en [onderneming 3] leveringen van legghouders onder elkaar verdeelden. Hiervan is volgens [onderneming 3] en [onderneming 1] echter geen sprake. Uit het gesprek blijkt volgens hen dat [onderneming 1] helemaal geen zakelijke band heeft met de genoemde legghouder. Bovendien gaat de ACM volgens [onderneming 3] en [onderneming 1] selectief om met de contactmomenten. Zij laat contactmomenten buiten beschouwing waaruit blijkt dat de contacten in de regel zagen op speculatie over mogelijke toekomstige algemene marktontwikkelingen of het delen van nieuwsberichten van openbare bronnen. De ACM heeft voorts de analyses van de ondernemingen ten aanzien van de contactmomenten goeddeels onbesproken gelaten.

39. Het betoog van [onderneming 1] en [onderneming 3] slaagt niet. De rechtbank stelt vast dat de ACM in bestreden besluit 1 uitgebreid is ingegaan op de contactmomenten. In hoofdstuk 4 van bestreden besluit 1 heeft de ACM de contactmomenten uitgewerkt en gemotiveerd waarom zij niet meegaat in de uitleg die [onderneming 3] en [onderneming 1] hebben gegeven aan die contactmomenten. [onderneming 3] en [onderneming 1] geven in hun beroepsgronden slechts één voorbeeld op basis waarvan zij menen dat de ACM tot een onjuiste interpretatie komt, terwijl de rechtbank van oordeel is dat de analyse van dit gesprek door de ACM juist is. Het gaat er bij het maken van afspraken over de verdeling van

legghouders namelijk niet om of de directeur van [onderneming 1] de door de directeur van [onderneming 3] genoemde legghouder al kende, maar dat zij bij elkaar navroegen of ze met een bepaalde legghouder zaken konden doen of dat deze al aan de ander leverde. Bovendien wisselden zij op deze manier informatie uit die de strekking had de onderlinge concurrentie te beperken, nu zij elkaar informeerden over hun intenties om wel of geen eieren te kopen van een bepaalde legghouder. Overigens hebben de directeuren van [onderneming 3] en [onderneming 1] in de gesprekken van 10 maart 2016, 19 april 2017 en 3 september 2017 wel concreet gesproken over het niet afnemen van een partij van een legghouder. Zo informeert [onderneming 1] bij [onderneming 3] in het gesprek van 10 maart 2016: "Jullie laden [legghouder] toch?", waarop [onderneming 3] antwoordt: "Ja wij laden 1 stal en ben bezig met 2e stal," en [onderneming 3] reageert: "Ik blijf er af!". In het gesprek van 19 april 2017 informeert [onderneming 1] bij [onderneming 3]: "Is [pluimveehouder] een klant van jou?", waarop [onderneming 3] antwoordt: "Ja met voer en eieren. Even afblijven aub." In het gesprek van 3 september 2017 informeert [onderneming 3] bij [onderneming 1]: "Had jij de eieren van [legghouder] gekocht? Ik was daar toch al weg, dus geen probleem", waarop [onderneming 1] antwoordt: "Nee niks gekocht bij [legghouder]."

40. Verder is naar het oordeel van de rechtbank van belang dat de directeuren van [onderneming 3] en [onderneming 1] in maart 2016 gesprekken voerden over het hanteren van een prijsafslag ten opzichte van de NOP. Zo schrijft [onderneming 1] op 1 maart 2016: "Ik ben begonnen met de kooi pluimveehouders terug te zetten naar -25," en op 10 maart 2016: "Ik heb deze week alle kooi pluimveehouders terug gezet naar -25 (de rest), hoe ga jij hier mee om?", waarop [onderneming 3] antwoordt: "Ik wil voor de kooi terug naar -0,25 tot -0,30. Maar de scharrel vind ik eigenlijk net zo belangrijk, volgens [mij] zouden we daar toch ook naar -0,40 terug moeten voor industrie????", waarop [onderneming 1] antwoordt: "Helemaal mee eens. Heb nu alle kooi op -0,25 en wil hetzelfde met de scharrel om mee te beginnen."

Gewijzigd standpunt van de ACM ter zitting

41. Ter zitting heeft de ACM zich op het standpunt gesteld dat hoewel met bestreden besluit 1 alle argumenten van de ondernemingen tegen de vaststelling van hun marktaandeel in het boetebesluit zijn verworpen, die vaststelling van hun marktaandeel verder niet van belang is. Desgevraagd heeft de ACM afstand genomen van die vaststelling van de marktomvang. Volgens de ACM dient alleen naar de Gedragingen te worden gekeken en hebben die een mededingingsbeperkende strekking. Daarmee is volgens de ACM het marktaandeel irrelevant, net als de gevolgen van de Gedragingen. Deze procesopstelling ter zitting waarin de ACM dus met zoveel woorden afstand neemt van een gedeelte van de dragende motivering van bestreden besluit 1, betekent dat zij nu zelf het standpunt inneemt dat bestreden besluit 1 (ten dele) niet berust op een deugdelijke motivering. Gelet hierop kan bestreden besluit 1 wegens strijd met de eerste volzin van het eerste lid van artikel 7:12 van de Awb niet in stand blijven, tenzij de rechtbank toepassing geeft aan artikel 6:22 van de Awb. In het vervolg van deze uitspraak zal de rechtbank mede gelet op artikel 8:72a van de Awb, dat de rechtbank verplicht de zaak finaal af te doen bezien of zij toepassing geeft aan artikel 6:22 van de Awb of dat zij de rechtsgevolgen van bestreden besluit 1 in stand kan laten dan wel al dan niet na toepassing van een bestuurlijke lus zelf in de zaak zal moeten voorzien.

Strekten de Gedragingen ertoe de mededinging te beperken?

42. Volgens de ACM zijn de ondernemingen met hun argumenten over hun marktaandelen en over de marktomvang alleen ingegaan op een van de aspecten die maken dat de legghouders in een ondergeschikte positie verkeren, namelijk concurrentiedruk. Daarmee laten de ondernemingen de andere redenen die de ACM heeft aangevoerd ter onderbouwing van het standpunt dat de legghouders in een zwakke positie verkeren ongemoeid, namelijk: i) de structuur van de sector, ii) de aard van de goederen en iii) de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren van de sector. Ter zitting heeft de ACM verder

verduidelijkt dat de productmarkt ziet op alle kooi- en scharreleieren in Nederland en België. Het gaat om de positie van de kooi- en scharrellegghouders in Nederland en België. Gelet op deze standpuntbepaling door de ACM zal de rechtbank hierna eerst aan de hand van de stellingen van partijen ingaan op de vraag of de Gedragingen er naar hun aard toe strekten de mededinging te beperken. Verderop zal de rechtbank ingaan op de vraag of en zo ja in hoeverre marktafbakening en marktaandeel van belang zijn voor de beoordeling.

43. In het bestreden besluit 1 heeft de ACM geconcludeerd dat de Gedragingen zagen op de inkoop van kooi- en scharreleieren bij legghouders in Nederland en België. Uit de Gedragingen die in het boetebesluit zijn beschreven, volgt volgens de ACM dat [onderneming 1] en [onderneming 3] onderling en [onderneming 1] en [onderneming 2] onderling hun marktgedrag op elkaar hebben afgestemd. Die afstemming had de kenmerken van zowel een overeenkomst als van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. De afstemming bestond uit ten minste drie elementen, te weten: 1) het afstemmen van (toekomstige) inkooprijzen, 2) het verdelen van legghouders van wie industrie-eieren werden gekocht, en 3) het onderling uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie. De Gedragingen I en II zijn een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging en strekten ertoe de mededinging te beperken. Prijsafspraken, marktverdelingsovereenkomsten en de uitwisseling van informatie zijn naar hun aard geschikt om de mededinging te beperken. De twee bilaterale gedragingen van [onderneming 1] en [onderneming 3] enerzijds en [onderneming 1] en [onderneming 2] anderzijds heeft de ACM in het boetebesluit aangemerkt als twee afzonderlijke inbreuken op artikel 101, eerste lid, van het VWEU. Uit de aard van de afstemming en de contacten blijkt dat het doel van de afstemming was de (prijs)rust op de markt te bewaren door afstemming op het gebied van inkooprijzen, verdeling van leveranciers en het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie. Uit de bilaterale contacten volgt volgens de ACM bovendien dat [onderneming 1] en [onderneming 3] en [onderneming 1] en [onderneming 2] onder andere samenwerking en afstemming in plaats van zelfstandig marktgedrag nastreefden. Er was een enkele voortdurende inbreuk voor de gehele periode, waarbij een gemeenschappelijk doel werd nagestreefd, zonder onderbreking van de inbreuk. Verder zag de afstemming niet alleen op een groot deel van Nederland, maar ook op de inkoop van industrie-eieren bij Belgische legghouders. Het gewicht van [onderneming 1] en [onderneming 3] en [onderneming 1] en [onderneming 2] op de betrokken markten was ook dusdanig, dat de potentiële invloed op de interstatelijke handel merkbaar kan worden geacht. Tot slot zijn de Gedragingen I en II in het boetebesluit tevens als een overtreding van artikel 6 van de Mw aangemerkt. In de heroverweging komt de ACM niet tot andere conclusies.

44. De ACM heeft in bestreden besluit 1 ook het betoog van de ondernemingen weersproken dat uit de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten) volgt dat enkel de uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen beschouwd dient te worden als mededingingsbeperkende strekking. In punt 73 van die richtsnoeren is vermeld dat vooral bij de uitwisseling van informatie over specifieke voornemens van ondernemingen met betrekking tot hun toekomstig gedrag op het gebied van prijzen of hoeveelheden de kans bijzonder groot is dat een heimelijke verstandhouding ontstaat. Daarmee is in de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten volgens de ACM dus niet uitgesloten dat de uitwisseling van historische prijzen een mededingingsbeperkende strekking kan hebben. Ook het uitwisselen van prijzen die reeds zijn vastgesteld kan een mededingingsbeperkende strekking hebben. Als die prijzen niet bekend zijn bij concurrenten op het moment dat concurrenten prijsinformatie met elkaar uitwisselen, kan die uitwisseling de mededinging wel degelijk beperken. Er is sprake van de vereiste solide, betrouwbare, algemene en voortdurende ervaring waaruit blijkt dat dergelijk gedrag de strekking heeft de mededinging te beperken. De ondernemers wisten niet van elkaar welke prijzen zij aan legghouders betaalden. Die prijzen konden zij enkel weten als legghouders die aan [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] zouden mededelen, of als [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] die informatie met elkaar uitwisselden.

45. Over de verwijzing door de ondernemingen naar de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, merkt de ACM ten eerste op dat de punten 206 en 208 van de

Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten waarnaar [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] verwijzen, zien op een collectieve inkoopregeling die bekend is bij de leveranciers dan wel duidelijk is voor de leveranciers. In de Gedragingen ging het echter niet om zonnecollectieve inkoopregeling, maar om heimelijke afspraken tussen afnemers. Dit blijkt volgens ACM duidelijk uit de gesprekken tussen [onderneming 1] en [onderneming 3] en [onderneming 1] en [onderneming 2], als hierbij ook wordt betrokken dat leveringen van legenhouders werden verdeeld. Ten tweede heeft de ACM uiteengezet dat de positie van [onderneming 1] en [onderneming 3] en [onderneming 1] en [onderneming 2] op de relevante segmenten sterk tot zeer sterk is. De ACM concludeert op grond hiervan dat in het boetebesluit terecht is vastgesteld dat de Gedragingen de mededinging in voldoende mate konden beperken in de gegeven context.

46. In beroep hebben de ondernemingen gemotiveerd hun standpunt herhaald dat de Gedragingen niet geschikt waren de mededinging te beperken en dat de Gedragingen zijn toegestaan op grond van de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

47. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

48. De ACM is op goede gronden tot de conclusie gekomen dat Gedragingen I en II een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn die er met inachtneming van wat verderop wordt overwogen toe strekken de mededinging te beperken. Prijsafspraken, marktverdelingsovereenkomsten en de uitwisseling van informatie zijn volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie naar hun aard geschikt om de mededinging te beperken.¹⁶ Ook als het gaat om een inkoopkartel als hier aan de orde, kan volgens het Gerecht in de zaak Campine sprake zijn van een mededingingsbeperkende strekking.¹⁷ Een dergelijke coördinatie van de inkooprijzen, met als doel de stijging ervan te verminderen of te voorkomen en dus uiteindelijk de winstmarges van de karteldeelnemers te verhogen, heeft een dermate nadelige invloed op de mededinging dat de gevolgen ervan niet hoeven te worden onderzocht.¹⁸ Voorts volgt uit deze rechtspraak dat een prijskartel naar zijn aard kan worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging. Ook volgt daaruit dat de criteria van coördinatie en samenwerking die noodzakelijk zijn om het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen vast te stellen, moeten worden begrepen in het licht van de aan de verdragsbepalingen inzake mededinging inherente gedachte dat elke ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de interne markt zal voeren. Daaruit volgt verder dat onder voorbehoud van het door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs, moet worden vermoed dat de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op die markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld.¹⁹ Tegenbewijs dat dit vermoeden ontzenuwt, hebben de ondernemingen niet geleverd.

49. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen de ondernemingen niet met succes een beroep doen op de Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten. De ACM heeft terecht opgemerkt dat die richtsnoeren niet zijn geschreven voor een situatie als deze waarin sprake is van een heimelijk inkoopkartel. De rechtbank is gelet op het voorgaande dan ook van oordeel dat de Gedragingen er in beginsel toe konden strekken de mededinging te beperken.

50. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het College) volgt verder dat bij de beoordeling of een bepaalde vorm van coördinatie tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben, met name moet worden gelet op de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en gestructureerd zijn.²⁰ Op deze context wordt hierna ingegaan. De doelstellingen van de Gedragingen behoeven geen bespreking meer, omdat die hiervoor meermaals zijn benoemd.

Marktpositie

51. De ondernemingen hebben in beroep gemotiveerd hun standpunten herhaald dat de ACM de markt niet goed heeft afgebakend en dat de ACM hun marktaandeel niet goed heeft berekend. De ondernemingen betogen dat zij een verwaarloosbare marktpositie hadden, zoals uitgedrukt in de scenarios die Oxera heeft berekend.

52. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

53. Vooropgesteld moet worden dat marktafbakening een hulpmiddel is en geen doel op zich. De analyse van de economische context van gedragingen die, zoals in dit geval, evident gericht zijn op het beperken van de mededinging op de markt, kan beperkt blijven tot het strikt noodzakelijke.²¹ Niet vereist is daarom dat de ACM de marktaandelen van de ondernemingen heel precies bepaalt; voldoende is als de ACM nagaat of de marktaandelen niet zo klein zijn dat de gedragingen niet in staat zijn de mededinging te beperken.

54. De ACM heeft gewezen op reportages over, en uitlatingen van de ondernemingen zelf. In een reportage van het vakblad Pluimveeweb van 15 september 2016 staat dat [onderneming 3] op dat moment 20 miljoen eieren per week verwerkte. Naar schatting van [onderneming 3] is dat 12% van de Nederlandse markt. In een reportage van medio april 2018 staat dat [onderneming 1] op dat moment 20 miljoen eieren per week verwerkte. Aangenomen dat volumes over de tijd niet significant fluctueren, verwerkte [onderneming 1] evenveel eieren als [onderneming 3]. Een medewerker van [onderneming 2] heeft daarnaast desgevraagd aan de ACM verklaard; "Ik denk dat, als wij in Nederland gaan kijken, wij misschien een 20% tot 25% marktaandeel hebben." Een directeur van [onderneming 1] heeft verklaard dat hij inschat dat [onderneming 2] de grootste eiproductfabrikant is, gevolgd door twee andere afnemers, gevolgd door [onderneming 3], gevolgd door [onderneming 1].

55. Uit deze openbare bronnen en verklaringen volgt dat de ondernemingen voldoende grote marktaandelen hadden om met de gedragingen de mededinging te beperken. Wat partijen daartegenin hebben gebracht, geeft geen aanleiding om tot een andere conclusie te komen. De ACM heeft er terecht op gewezen dat Oxera ten onrechte in elk scenario de marktomvang heeft vergroot en ten onrechte de inkoopwaarde van [onderneming 1] heeft verlaagd. De Gedragingen hebben betrekking op de inkoop van eieren, zodat de verkoopalternatieven voor legghouders relevant zijn en niet de inkoopalternatieven voor afnemers van eieren, waarvan in het Oxera rapport is uitgegaan. Met de ACM is de rechtbank voorts van oordeel dat de percentages die in het door de ondernemingen ingebrachte Oxera-rapport van 26 april 2024 zijn genoemd, niet controleerbaar zijn en dat dit rapport van een te grote geografische markt uitgaat. De rechtbank voegt hieraan toe dat de omstandigheid dat de ondernemingen na afname van partijen eieren de prijs bepaalden die zij betaalden voor die partijen illustreert dat de legghouders van hen afhankelijk waren en zij dus een sterke marktpositie hadden. Verder blijkt dat ook uit de Gedragingen zelf. De ondernemingen benadrukken in de tussen hen gevoerde gesprekken herhaaldelijk dat zij meer geld kunnen verdienen als zij zich aan de onderling afgestemde prijsverlagingen houden en dat de legghouders daar wel tegen zullen protesteren maar dat dit vanzelf overgaat als de ondernemingen zich aan de onderlinge afspraken houden. Die uitspraken duiden erop dat de ondernemingen zelf uitgingen van een voldoende sterke marktpositie om het beoogde effect van de onderlinge afspraken daadwerkelijk te kunnen bereiken.

Onderhandelingspositie legghouders

56. In het boetebesluit stelde de ACM vast dat de legghouders de onderhandelingen over de prijs, leveringsvoorwaarden en eigenschappen van de eieren een zwakke positie hebben ten opzichte van afnemers van eieren. De ACM heeft deze conclusie in het bestreden besluit 1 gehandhaafd en heeft daar in de heroverweging aan toegevoegd dat deze zwakke positie van legghouders blijkt uit alle contextelementen: i) de structuur van de sector, ii) de aard van de goederen, iii) de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren van de sector en iv) de concurrentiedruk waarmee legghouders en

afnemers van eieren worden geconfronteerd. De ACM heeft in het bestreden besluit 1 het volgende overwogen over deze vijf elementen.

57. In de landbouwsector in Nederland hebben primaire producenten een zwakke positie ten opzichte van hun afnemers. Dit geldt ook voor de eiersector, als onderdeel van de landbouwsector. De eiersector heeft een structuur waarbij er veel meer legghouders zijn dan afnemers van hun eieren: pakstations, eierhandelaren en ei-productfabrikanten. Legghouders hebben daardoor minder uitwijkmogelijkheden tijdens onderhandelingen dan afnemers van hun eieren. Volgens 90% procent van de legghouders zijn er minder dan tien afnemers waaraan zij hun eieren zouden kunnen verkopen. Volgens een meerderheid van de legghouders zijn er zelfs minder dan vijf afnemers waaraan zij eieren kunnen verkopen. In de praktijk heeft een legghouder één afnemer tegelijkertijd. Dat is een stuk minder dan de tientallen legghouders waarvan afnemers van eieren tegelijkertijd eieren kopen. De aard van het produceren van eieren brengt met zich mee dat een legghouder minder makkelijk tussen verschillende soorten eieren kan wisselen dan een afnemer van eieren. Een legghouder ziet zich namelijk geconfronteerd met een terugverdientijd van tien jaar voor het installeren van een houderijsysteem, terwijl een afnemer van eieren geen initiële investering hoeft te doen om te wisselen tussen eieren uit verschillende houderijsystemen. Daarnaast moet een legghouder aan het begin van elk koppel leghennen een keuze maken voor de kleur van de te produceren eieren, terwijl een afnemer van eieren op elk moment kan bepalen welke kleur eieren het meest gunstig is om in te kopen.

58. Het risico van het produceren van eieren die voldoen aan de wettelijke voorwaarden ligt bij de legghouders. Een legghouder heeft beperkte controle over of zijn leghennen eieren leggen die voldoen aan de wettelijke voorwaarden. Als de leghennen ziek worden, de eierschalen te vuil zijn of de eieren over de houdbaarheidsdatum zijn voor verkoop als ei in de schaal, moet de legghouder zijn eieren als restpartij verkopen. Voor dergelijke restpartijen zijn de mogelijke afnemers beperkt. Verkopen van restpartijen kan namelijk enkel aan ei-productfabrikanten. Door de gebruikelijke contractvorm hebben afnemers van eieren de vrijheid om pas na afname van de eieren de definitieve prijs te bepalen. Afnemers van eieren bepalen indien de marktomstandigheden en kwaliteit van eieren daar in hun ogen aanleiding voor geven pas een week na het ophalen van de eieren de definitieve prijs die zij aan een legghouder betalen. Legghouders hebben al geruime tijd moeite met deze manier van prijsvorming maar beschikken naar eigen zeggen over onvoldoende invloed om deze structuur te doorbreken, onder meer omdat zij beperkte mogelijkheden hebben om te wisselen van afnemer.

59. De branchevereniging van afnemers van eieren is erin geslaagd om de meest gebruikte prijsbenchmark te verlagen. De branchevereniging van afnemers van eieren, Anevei, oefende in 2017 en 2018 succesvol druk uit op de commissie die de belangrijkste prijsbenchmark, de NOP, voor kooi-eieren opstelt. Naar aanleiding van deze druk verlaagde de commissie tweemaal de benchmarkprijs voor kooi-eieren. Hierdoor kregen legghouders minder geld voor hun eieren volgens de lopende contracten waarin deze benchmark werd gebruikt en verslechterde de uitgangspositie voor legghouders in onderhandelingen over nieuwe overeenkomsten.

60. Het geografische verkoopgebied van legghouders is kleiner dan het geografische inkoopgebied van afnemers van eieren. Meer dan driekwart van de Nederlandse legghouders levert namelijk uitsluitend aan Nederlandse afnemers en Nederlandse legghouders met kooi-eieren hebben opgegeven niet aan buitenlandse afnemers te leveren. De ondernemingen hebben daarentegen aangevoerd dat zij ook eieren van buiten Nederland inkopen, bijvoorbeeld in Polen. De ACM gaat niet mee in het betoog van de ondernemingen dat legghouders van kooi-eieren voldoende alternatieve afzetmogelijkheden hadden. Een legghouder van kooi-eieren verkocht zijn eieren enkel aan ei-productproducenten. Pakstations vormen dus geen afzetmogelijkheid voor legghouders met kooi-eieren. Pakstations en eierhandelaren kopen deze eieren niet, omdat hun meerwaarde het verdelen van verschillende soorten eieren over afnemers waardeloos is voor een partij eieren die volledig door de industrie gebruikt wordt. Legghouders die kooi-eieren produceren, onderschrijven dat zij enkel aan ei-productfabrikanten leverden. Voor Nederlandse legghouders die kooi-eieren afzetten tijdens de inbreukperiode waren er nog maar zeven afnemers. Daarvan waren twee kleinschalig. Zij oefenden weinig concurrentiedruk uit op de

andere vijf afnemers. Er waren daardoor vijf afnemers van omvang, waarvan [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] er drie waren. De andere eiproductfabrikanten die bij het Controle Orgaan Kwaliteits Zaken (COKZ) stonden geregistreerd, vormen geen daadwerkelijke afzetmogelijkheden voor legghouders met kooi-eieren. Deze bedrijven produceren bijvoorbeeld diervoeder of zijn actief als advies- of loonbedrijf. Zij concurreren daarom niet met [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] om kooi-eieren van legghouders.

61. Legghouders die scharreleieren produceren, leveren in beginsel aan pakstations, eierhandelaren en eiproductfabrikanten. Welk type afnemer op welk moment prijzen biedt die acceptabel zijn voor de legghouder, hangt af van een aantal zaken: de kleur van de eieren, het seizoen en de vraag van de specifieke afnemer. Bruine scharreleieren worden wegens consumentenvoorkeur vaker voor eieren in de schaal gebruikt dan witte scharreleieren. Een legghouder die bruine scharreleieren produceert, heeft daarom meer kans om het hoogste bod van een pakstation of eierhandelaar te krijgen dan van een eiproductfabrikant. Een legghouder die witte scharreleieren produceert, heeft daarentegen meer kans dat een eiproductfabrikant de hoogste bieding doet. Een legghouder die scharreleieren aanbiedt, zal op het moment van aanbieden geconfronteerd worden met het seizoenspatroon. Wanneer een legghouder scharreleieren aanbiedt op een moment met veel vraag naar eieren in de schaal (winter en Pasen), is er daarom een grotere kans dat een pakstation het hoogste bod doet dan wanneer een legghouder eieren aanbiedt op een moment met minder vraag naar eieren in de schaal. Afnemers hebben daarnaast te maken met de vraag van hun benedenwaartse markt. Wanneer een eiproductfabrikant weet dat hij nog een bepaalde hoeveelheid eieren moet kopen om te voldoen aan de leveringsovereenkomsten voor eiproducten, zal hij bereid zijn een hogere prijs te bieden dan wanneer hij enkel scharreleieren als buffer inkoopt. In Nederland zijn ongeveer tien pakstations actief, waarvan vier grote, onder wie [onderneming 2]. Niet elke afnemer van scharreleieren dingt dus even hard mee naar elke lading scharreleieren. Afhankelijk van het moment en de eieren heeft een legghouder die eieren in het scharresegment wil verkopen potentiële afzetmogelijkheden bij slechts een deel van de afnemers.

62. De ondernemingen betogen dat zowel kooi- als scharrellegghouders meer afzetmogelijkheden hadden dan de ACM in bestreden besluit 1 heeft vastgesteld. Zij hebben in dit verband aangevoerd dat de ACM niet heeft onderbouwd waarom legghouders met kooi-eieren slechts aan zeven van de vijftien Nederlandse eiproductfabrikanten konden leveren. Voorts zouden zij aan pakstations kunnen leveren. Bovendien zouden legghouders die kooi-eieren produceren aan het buitenland kunnen leveren. Ten slotte hebben zij aangevoerd dat de ACM niets heeft vastgesteld inzake de afzetmogelijkheden van Belgische legghouders, terwijl de gedragingen daar ook nauwelijks op zagen.

63. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

64. De ACM heeft bij bestreden besluit 1 vastgesteld dat legghouders die kooi-eieren produceerden, slechts uit zeven afnemers konden kiezen. Daarvan waren er vijf die substantiële hoeveelheden kochten, waaronder, [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1]. De ACM heeft dit vastgesteld aan de hand van een aantal bewijsmiddelen. Zo heeft 91% van de legghouders die onder meer kooi-eieren produceert en deelnam aan het ACM-marktonderzoek aan de ACM opgegeven aan vijf of minder afnemers te kunnen leveren. Verder heeft ACM verwezen naar uitspraken van legghouders met kooi-eieren over hun beperkte afzetmogelijkheden. Zij verklaarden bijvoorbeeld dat er nog maar een "handje" eiproductfabrikanten waren en dat de eiproductfabrikanten de macht hadden omdat zij een "monopolie" zouden hebben en het "er maar 5" zijn. De vijf eiproductfabrikanten van omvang werden opgegeven als afnemers van kooi-eieren door legghouders in de enquêtes die de ACM heeft gehouden. De rechtbank ziet anders dan de ondernemingen geen aanleiding om de bewijswaarde van het ACM-marktonderzoek in twijfel te trekken wegens onduidelijke vraagstelling. De omstandigheid dat de ACM enkel legghouders heeft gevraagd naar eierhandelaren aan wie zij hun eieren af kunnen zetten, en niet naar eiproductfabrikanten of pakstations, maakt het onderzoek niet onbetrouwbaar. Uit antwoorden die de legghouders hebben gegeven, blijkt dat zij de vraag hebben begrepen als afnemers van eieren. Immers, legghouders noemen [onderneming 2], [onderneming 3] en [onderneming 1] als afnemer, terwijl die eiproductfabrikanten zijn.

65. De verwijzing naar teksten van de websites van een viertal bedrijven die de ACM ten onrechte buiten beschouwing zou hebben gelaten, kan de ondernemingen niet baten. De ACM heeft immers vastgesteld dat deze bedrijven geen substantiële hoeveelheden kooi-eieren bij de legghouders met kooi-eieren inkochten. Twee van die bedrijven werden door de legghouders niet genoemd als afnemer van eieren in reactie op de enquêtes die de ACM hield of liet uitvoeren. Een derde bedrijf is geen eiproductfabrikant en kwam slechts driemaal naar voren als afnemer van eieren. En het vierde bedrijf is geen afnemer van omvang, aangezien deze partij door slechts één legghouder werd genoemd als drie-na-grootste afnemer. Volgens de ACM hebben de ondernemingen niet onderbouwd dat de door hen genoemde bedrijven afnemers van omvang van kooi-eieren bij legghouders waren. [onderneming 3] heeft vier pakstations en eierhandelaren genoemd die kooi-eieren zouden afnemen die de ACM ten onrechte niet zou hebben meegenomen. [onderneming 3] onderbouwt niet dat deze bedrijven inderdaad substantiële hoeveelheden kooi-eieren bij legghouders inkochten, terwijl zij slechts sporadisch als afnemer van kooi- en scharreleieren waren opgegeven door de geënquêteerde legghouders.

66. Ook de overige argumenten die de ondernemingen hebben gericht tegen de vaststelling door de ACM dat de legghouders een zwakke onderhandelingspositie hadden, acht de rechtbank niet overtuigend. Zo is de rechtbank het met de ACM eens dat het schema uit een rapport van Wageningen Economic Research waarnaar de ondernemingen hebben gewezen onvoldoende concreet is om als tegenbewijs te dienen. Daarin zijn namelijk geen namen van eiproductfabrikanten vermeld. De ACM heeft erop gewezen dat wellicht is uitgegaan van het aantal geregistreerde eiproductfabrikanten bij het COKZ. Het COKZ heeft namelijk een vergelijkbaar getal van vijftien eiproductfabrikanten geregistreerd. [onderneming 2] en [onderneming 1] hebben in beroep ook verwezen naar de registraties bij het COKZ, waar volgens hen 25 productfabrikanten staan geregistreerd. De ACM onderbouwde echter reeds in bestreden besluit 1 dat lang niet alle bedrijven die zijn geregistreerd als eiproductfabrikant bij het COKZ realistische afzetmogelijkheden voor legghouders vormen. Sommige partijen die waren geregistreerd bij het COKZ waren geen afnemers die substantiële hoeveelheden kooi-eieren inkochten, want zij kwamen niet of nauwelijks naar voren uit de enquêtes onder de legghouders. Daarnaast bevat de registratie bij het COKZ dubbeltellingen. De ondernemingen hebben tegenover deze constatering van de ACM niets gesteld, behalve een herhaling van hun stellingen. Evenmin biedt een door de ondernemingen aangehaald interview van 16 mei 2022 met een marktdeelnemer die heeft verklaard dat er ongeveer 19 eiproductfabrikanten zijn, waarvan 17 groter zijn en twee kleinere voldoende tegenbewijs aan de vaststellingen van de ACM. De marktdeelnemer heeft niet gespecificeerd welke bedrijven dit zouden zijn en evenmin wat hij verstaat onder groter en wat onder kleiner. De verklaring is dus niet voldoende concreet. Daarbij heeft de ACM er niet ten onrechte in haar verweer op gewezen dat dezelfde marktdeelnemer direct na de passage die [onderneming 2] citeerde, in meer concrete woorden heeft verklaard dat juist [onderneming 2] een hele grote speler is.

67. Het ligt verder niet in de rede dat er andere afnemers zijn voor kooi-eieren. Zoals de ACM heeft uiteengezet kopen pakstations en eierhandelaren deze eieren niet, omdat hun meerwaarde het verdelen van verschillende soorten eieren over afnemers waardeloos is voor een partij eieren die volledig door de industrie gebruikt wordt. De ondernemers hebben niet aannemelijk gemaakt dat pakstations in weerwil hiervan toch rechtstreeks kooi-eieren afnamen van legghouders. Verder acht de rechtbank het met de ACM niet aannemelijk dat er voor legghouders andere serieuze afzetkanalen waren, zoals Poolse supermarkten en weekmarkten, dit gelet op de noodzaak voor met name legghouders van kooi-eieren om grote hoeveelheden eieren op gezette tijden te kunnen verkopen. Leveringszekerheid is voor legghouders uit een oogpunt van continuïteit en vanwege bederfelijkheid immers van groot belang. De theoretische mogelijkheid voor legghouders om in het buitenland te verkopen acht de rechtbank met de ACM onvoldoende reden om buitenlandse afnemers als realistisch afzetkanaal aan te merken. Zoals hiervoor overwogen, heeft de ACM er terecht op gewezen dat in totaal 26 legghouders in reactie op het aan het ACM-marktonderzoek en het Centerdata-rapport hebben opgegeven dat zij kooi-eieren produceerden en dat zij weliswaar bijna allen hebben opgegeven aan het buitenland te kunnen verkopen, slechts drie van hen dit daadwerkelijk deden. Als reden om dit niet te doen kwamen onder meer naar voren taalbarrières en keurmerken elders. Hiertegenover hebben de ondernemingen onvoldoende ingebracht. Verder wordt in het Oxera-rapport van 26 april 2024 op twee kaarten een grote hoeveelheid

potentiële afnemers weergegeven. Hier wordt echter enerzijds uitgegaan van het ontbreken van een taalbarrière en anderzijds worden hier eierproducten opgevoerd aan de hand van de registratie bij het COKZ. Hiervoor is uiteengezet dat een en ander geen deugdelijk tegenbewijs oplevert. Voor zover in dit verband nog van belang, is de rechtbank voorts van oordeel dat de ACM genoegzaam het waardeverschil tussen bruine en witte eieren heeft toegelicht in haar verweerschrift.

68. Voor Nederlandse legghouders die scharreleieren produceerden gold dat zij een groot deel van hun eieren kunnen afzetten bij andere afnemers dan eiproducentfabrikanten, omdat het grootste deel van de eieren die zij produceren geschikt is als tafelei. Zij kunnen daarom uitwijken naar pakstations en eierhandelaren. Voor een deel van de eieren die zij produceren geldt echter dat die niet geschikt zijn om die te verkopen als tafelei. Voor dat deel van de scharreleieren verkeren de legghouders van scharreleieren in een vergelijkbare positie als de Nederlandse legghouders van kooi-eieren. Daar komt bij dat in het boetebesluit het volgende is vermeld: "In Nederland is het Beter leven keurmerk (BLK) bepalend of scharreleieren als tafelei of als industrie-ei verkocht worden." Omdat uit de stukken verder naar komt dat een groot deel van de scharreleieren die in Nederland worden geproduceerd geen BLK-keurmerk hebben, zullen die voor zover die in Nederland worden verkocht, worden aangeboden aan eiproducentfabrikanten. Uit het Centerdata-rapport komt weliswaar naar voren dat voor sommige legghouders pakstations een volwaardig alternatief vormen voor eiproducentfabrikanten, maar hebben acht van de twaalf legghouders die alle vragen hebben beantwoord, aangegeven dat pakstations geen volwaardig alternatief vormen. Daarnaast gelden voor legghouders die scharreleieren produceerden ook de overige door de ACM genoemde contextelementen: i) de structuur van de sector, ii) de aard van de goederen, iii) de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren van de sector. Om die reden is de rechtbank van oordeel dat de ACM heeft kunnen vaststellen dat ook de Nederlandse legghouders die scharreleieren produceerden in een zwakke positie verkeerden, zij het in een minder zwakke positie dan de legghouders die kooi-eieren produceerden.

69. Voor de Belgische kooien legghouders spelen bovengenoemde factoren niet of in mindere mate. Dit is voor het vaststellen van de overtredingen echter naar het oordeel van de rechtbank niet van belang. Zoals de rechtbank hiervoor heeft vastgesteld, hebben de ondernemingen een voldoende sterke marktpositie op de geografische markt, waartoe België behoort, om de mededinging negatief te beïnvloeden en is het niet maatgevend op welk deel van de markt de effecten van de gedragingen zich voordoen.

Konden de Gedragingen een effect hebben gehad op de interstatelijke handel?

70. De ACM heeft met bestreden besluit 1 het standpunt van de ondernemingen verworpen dat zij vallen onder de uitzondering van artikel 7, tweede lid, van de Mw en zij artikel 101 van het VWEU niet hebben overtreden omdat zij zouden voldoen aan de uitzonderingen die zijn vervat onder punt 52 van de Richtsnoeren betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Richtsnoeren beïnvloeding handel). [onderneming 1] en [onderneming 3] enerzijds en [onderneming 1] en [onderneming 2] anderzijds hadden een aandeel in de inkoop van kooi- en scharreleieren dat veel hoger is dan 5%. De ACM heeft daarom ook in heroverweging vastgesteld dat de Gedragingen een effect gehad konden hebben op de interstatelijke handel. Hierbij komt dat de uitzonderingen die zijn vervat onder punt 52 van de Richtsnoeren beïnvloeding handel zijn bedoeld om te voorkomen dat mededingingsautoriteiten zich bezig houden met zaken die zo klein zijn, dat het inzetten van onderzoeksmiddelen niet doelmatig zou zijn. Ze zijn niet bedoeld om duidelijke overtredingen van artikel 101 van het VWEU en artikel 6 van de Mw, zoals de Gedragingen, ongestraft te laten gaan. [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] hadden juist een sterke positie richting de legghouders.

71. De rechtbank volgt dit standpunt van de ACM en verwerpt het andersluidende betoog van de ondernemingen. De rechtbank acht het aannemelijk dat de interstatelijke handel op merkbare wijze ongunstig kon worden beïnvloed door de Gedragingen. De Gedragingen dekten in elk geval heel Nederland. Een kartel dat een hele lidstaat dekt, is naar haar aard geschikt om de handel tussen lidstaten

te beïnvloeden.²²

Enkele voortdurende inbreuken

72. De ACM heeft in het boetebesluit elk van de twee Gedragingen aangemerkt als een afzonderlijke enkele voortdurende inbreuk op artikel 6, eerste lid, van de Mw en artikel 101, eerste lid, van het VWEU. Met het begrip "enkele voortdurende inbreuk" duidt de ACM, in dit geval per gedraging, op het geheel van gedragingen van [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] waarbij eenzelfde mededingingsverstoring economisch doel nagestreefd werd.²³ In bezwaar hebben [onderneming 2] en [onderneming 1] zich verzet tegen de vaststelling van de enkele voortdurende inbreuk ten aanzien van Gedraging I. [onderneming 3] en [onderneming 1] hebben geen bezwaar gemaakt tegen de kwalificatie van Gedraging II als enkele voortdurende inbreuk. [onderneming 2] en [onderneming 1] hebben in bezwaar betwist dat de losse contactmomenten uit het boetebesluit onderdeel zijn van een totaalplan en dat Gedraging I een enkele en voortdurende inbreuk vormt. Volgens [onderneming 2] en [onderneming 1] heeft de ACM het algemene doel te breed omschreven en te vaag geformuleerd en is dit niet afdoende om als totaalplan te kunnen dienen. Daarnaast hebben [onderneming 2] en [onderneming 1] in bezwaar betoogd dat de enkele voortdurende inbreuk die de ACM heeft vastgesteld bij Gedraging I twee keer is onderbroken, namelijk (i) tussen april 2015 en januari 2016 voor een periode van ongeveer acht maanden en (ii) tussen maart 2016 en augustus 2016 voor een periode van ongeveer vijf maanden. De ACM heeft deze standpunten in bezwaar verworpen.

73. [onderneming 1] en [onderneming 2] hebben in beroep hun standpunten herhaald dat Gedraging I geen enkele voortdurende inbreuk oplevert en dat wanneer dit toch het geval zou zijn de periode van die inbreuk korter duurde dan de ACM heeft aangenomen, omdat die onderbroken is geweest.

74. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

75. Bij een enkele voortdurende inbreuk gaat het erom dat de ondernemingen verboden mededingingsrechtelijke gedragingen plegen vanuit een "totaalplan" de mededinging op een bepaalde wijze te vervalsen. Bij Gedraging I hadden [onderneming 2] en [onderneming 1] als gemeenschappelijk doel de concurrentiedruk weg te nemen en (prijs)rust op de markt te bewaren, door samen de prijzen af te stemmen bij de inkoop van kooi- en scharreleieren, het verdelen van leveringen van leghenhouders en het uitwisselen van bedrijfsgevoelige informatie. Met de ACM is de rechtbank van oordeel dat de verschillende afstemmingen tussen [onderneming 2] en [onderneming 1] onderdeel waren van een "totaalplan". Volgens vaste rechtspraak hoeven niet alle elementen van een enkele voortdurende inbreuk, individueel en op zichzelfstaande overtredingen te zijn.²⁴ Wanneer de verschillende handelingen wegens hun gemeenschappelijke doel deel uitmaken van een "totaalplan", mag de ACM de aansprakelijkheid voor die handelingen toerekenen naargelang van de deelname aan de betrokken overtreding in haar geheel.²⁵

76. Anders dan de ondernemingen betogen, doet het voor de vaststelling van een enkele voortdurende inbreuk niet ter zake dat mededingingsbeperkende gedragingen met meer of minder lange tussenpozen in verschillende tijdvakken aan het licht treden, zolang met de verschillende handelingen hetzelfde doel wordt nagestreefd en deze handelingen passen in het kader van een enkele voortdurende inbreuk.²⁶ Juist de afspraken over de toepassing van een vaste afslag op de NOP en over het niet overnemen van leghenhouders zijn geschikt om voort te duren ook indien er langere tijd geen contact plaatsheeft tussen de ondernemingen. De ACM is in haar besluitvorming dan ook terecht tot de conclusie gekomen dat Gedraging I tussen [onderneming 2] en [onderneming 1] 17 maanden duurde: van 13 april 2015 tot en met 22 augustus 2016. De contactmomenten op basis waarvan de ACM heeft vastgesteld dat er een enkele voortdurende inbreuk is, zijn verspreid gedurende de gehele inbreukperiode. In dit verband heeft de ACM ook gewezen op de gesprekken van 6 augustus 2015 en 3 september 2015 tussen [onderneming 2] en [onderneming 1], waarin het contact tussen de directeuren ook wijst op een voortdurende inkooprijafstemming en uitwisseling van bedrijfsgevoelige informatie. Met de ACM oordeelt de rechtbank dat die uitwisseling als doel heeft het verminderen van de concurrentiedruk en het bewaren van de rust op

de markt. Ook wordt met het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie door [onderneming 2] en [onderneming 1] het voortdurend karakter van Gedraging I versterkt. Mede gelet op de informatie die [onderneming 2] en [onderneming 1] met elkaar uitwisselden over de marktontwikkelingen in de loop van de tijd, vonden zij onder meer bevestiging bij elkaar in hun gezamenlijke belang bij de onderlinge concurrentiebeperkende verhouding waaruit de enkele voortdurende gedraging bestond.

77. Het argument van [onderneming 2] en [onderneming 1] dat er geen prijsafspraken waren, omdat zij niet dagelijks of wekelijks inkooprijzen hebben afgestemd, slaagt niet. Op het moment dat [onderneming 2] en [onderneming 1] afspraken maakten over het prijsniveau dat zij zouden bieden, uitgedrukt in de vorm van een afslag op de NOP, dan was dit een afspraak met een voortdurend karakter, ongeacht de vraag of en in hoeverre de NOP in de loop van de tijd fluctueerde. Voor het maken en tenuitvoerleggen van een afspraak over de inkooprijzen hoefden de ondernemingen dan ook niet constant contact te houden. Voor de toerekening van de enkele voortdurende inbreuk aan de deelnemende onderneming moeten de betrokken ondernemingen de doelstellingen van het kartel onderschrijven, maar dat kan ook stilzwijgend gebeuren door van het kartel geen afstand te nemen.²⁷ De ACM heeft terecht geconstateerd dat geen van de ondernemingen tussentijds is teruggekomen van de gemaakte afspraken. Uit niets blijkt dat de afstemming in dit geval is onderbroken doordat [onderneming 2] of [onderneming 1] afstand hebben genomen van het kartel of dat zij de kartelafspraken moesten hervatten. Anders dan de zaken Trelleborg Industrie en FSL,²⁸ waarnaar [onderneming 2] en [onderneming 1] verwijzen, is er in dit geval geen aanleiding om discrepantie in het onderling contact en afdoende duidelijke distantie van de kartelafspraken vast te stellen. In navolging van de ACM merkt de rechtbank daarbij voorts op dat de interactie tussen [onderneming 2] en [onderneming 1] vaste vormen aannam en dezelfde personen contact met elkaar hadden, dit via hetzelfde medium en over dezelfde producten.

78. De rechtbank is daarom van oordeel dat de ACM in het boetebesluit en bestreden besluit 1 terecht heeft vastgesteld dat elk van de twee Gedragingen een afzonderlijke enkele voortdurende inbreuk inleveren op artikel 6, eerste lid, van de Mw en artikel 101, eerste lid, van het VWEU.

De boetehoogte: besluitvorming ACM

79. De ACM heeft in het boetebesluit de boetehoogte vastgesteld op basis van de omzetgegevens die [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] hebben aangeleverd. Bij de vaststelling van de boetegrondslag heeft de ACM in het boetebesluit de inkoopwaarde van de bij derde-bedrijven ingekochte eieren meegenomen die industrieel zijn verwerkt. De inkoopwaarde van de betrokken omzet heeft de ACM voorts forfaitair verhoogd met 10% om te verdisconteren dat [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] met hun mededingingsbeperkende gedragingen de inkooprijzen probeerden laag te houden. In de basisboete heeft de ACM daarnaast de duur van de overtredingen meegenomen door de betrokken omzet te vermenigvuldigen met een factor van 1/12 per maand dat de overtreding geduurd heeft. Bij het vaststellen van de basisboete heeft de ACM rekening gehouden met de ernst van de overtredingen en de omstandigheden waaronder de overtredingen zijn gepleegd. Gelet op het feit dat de betrokken ondernemingen belangrijke concurrenten waren en de gedragingen geen ander doel hadden dan de mededinging te beperken, heeft de ACM in het boetebesluit de basisboetes vastgesteld op 15% van de betrokken omzet. [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] zijn professionele ondernemingen die ervan op de hoogte hadden moeten zijn, en naar het oordeel van de ACM ook wisten, dat hun gedragingen de mededinging beperkten. Daarom achtte de ACM 15% passend voor de boeteberekening voor zowel Gedraging I als Gedraging II. Voor de overtreding door Gedraging I heeft de ACM de boete voor [onderneming 2] vastgesteld op 15.741.500 en voor [onderneming 1] op 5.110.000. Voor de overtreding door Gedraging II heeft de ACM [onderneming 1] ook beboet ter hoogte van 5.110.000. De boete voor [onderneming 3] heeft de ACM ten slotte vastgesteld op 1.000.000 op basis van een geslaagd hardheidsverweer.

80. De ACM heeft de betrokken omzet bepaald op basis van de waarde van alle transacties die [onderneming 3], [onderneming 2] en [onderneming 1] tijdens de overtredingsperiode hebben verricht

door het leveren van goederen en diensten op de markt van kooi-eieren en scharreleieren die direct of indirect verband houden met de inbreuk. Deze benadering volgt onder meer uit bestaande rechtspraak.²⁹ In het licht hiervan heeft de ACM in het boetebesluit de inkoopwaarde van alle kooi-eieren en scharreleieren bestemd voor de verwerking als ei-product als uitgangspunt genomen voor de bepaling van de boetehoogte. De ACM volgt [onderneming 2] daarbij niet in de stelling dat de ACM de inkoopwaarde van eieren die niet op basis van de NOP-noteringen waren afgestemd, niet in de boeteberekening had mogen betrekken. De ACM overweegt daartoe dat de inkoop van eieren op basis van een vaste prijs niet betekent dat de afstemming en uitwisseling van informatie over de prijzen die [onderneming 2] en [onderneming 1] betaalden, geen invloed heeft gehad op de inkooprijzen die [onderneming 2] is overeengekomen met legghouders. Met die informatie wist zij immers wat [onderneming 1] op een gegeven moment bereid was te betalen. Die informatie kon [onderneming 2] dus gebruiken in haar onderhandelingen met legghouders, die weinig tot geen uitwijkmogelijkheden hadden. Daarnaast hebben de afspraken over de verdeling van de leveringen van legghouders tussen [onderneming 2] en [onderneming 1] ook ervoor gezorgd dat de concurrentie tussen hen werd beperkt en de onderhandelingspositie van legghouders negatief werd beïnvloed. [onderneming 2] heeft eerder verklaard dat het niet mogelijk was om een onderscheid te maken in haar administratie over de inkoopwaarde van specifiek kooi- en scharreleieren, maar zij kon deze cijfers in de bezwaarfase wel aanleveren in het Oxera-rapport. De ACM concludeert op basis van deze nieuwe gegevens dat de boete van [onderneming 2] op basis van een onvolledige betrokken omzet is vastgesteld in het boetebesluit en de boete mogelijk bijstelling behoeft. Omdat bijstelling zou leiden tot een hogere basisboete, heeft de ACM hiervan afgezien. Omdat er volgens de ACM geen sprake is van onderbrekingen in de voortdurende inbreuk, is de periode juist vastgesteld en het juiste omzetjaar in de berekening van de basisboete betrokken. Verder is er geen reden een lagere ernstfactor toe te passen.

81. In bestreden besluit 1 heeft de ACM geconcludeerd dat zij de betrokken omzet van [onderneming 1] op de juiste wijze heeft vastgesteld. De ACM verwijst daarbij naar de algemene overwegingen hierover ten aanzien van [onderneming 2], zoals hiervoor vermeld. Daarnaast merkt de ACM op dat ook als zij de door [onderneming 1] voorgestelde betrokken omzet van slechts de inkoopwaarde van de kooi en scharreleieren van legghouders in 2015 en in 2018 in de boeteberekening meeneemt, de basisboete in beide gevallen boven het boetemaximum van 5.110.000 van [onderneming 1] uitstijgt. De ACM meent verder dat de duur van de Gedraging I terecht is vastgesteld op 17 maanden. De ACM gaat daarnaast niet mee in het betoog van [onderneming 1] dat voor Gedraging II een afronding van 41 maanden in plaats van 42 meer passend zou zijn, omdat het maar een dag in de nieuwe maand zou betreffen die ten nadele van [onderneming 1] wordt gebracht bij de bepaling van de boetehoogte voor Gedraging II. De ACM verwijst daarbij naar artikel 1.1, eerste lid, onder b, van de Boetebeleidsregels ACM 2014, waaruit volgt dat bij de berekening van de betrokken omzet een periode van korter dan een maand naar boven wordt afgerond op een hele maand. Daarbij merkt de ACM op dat de afronding op 41 maanden bij de vaststelling van de basisboete voor Gedraging II in plaats van 42 maanden, geen verschil zou maken voor de hoogte van de boete. De basisboete zou ook bij een berekening aan de hand van 41 maanden stuiten op het boetemaximum voor [onderneming 1], waardoor de hoogte van de boete steeds maximaal 5.110.000 blijft. De ACM overweegt daarnaast dat de markt ook nog na het laatste contactmoment op 1 augustus 2019 wordt beïnvloed door de afstemming tussen [onderneming 1] en [onderneming 3] en de beoogde verstoring van de mededinging, omdat de prijzen zijn afgestemd voor een langere periode en het verdelen van legghouders gevolgen heeft gedurende een hele ronde die zon 70 weken duurt.

82. Ten aanzien van de evenredigheid van de boete heeft de ACM naar voren gebracht dat twee bilaterale overtredingen van het kartelverbod zijn vastgesteld. [onderneming 1] maakte als enige deel uit van zowel Gedraging I als Gedraging II. De ACM heeft [onderneming 1] daarom twee keer beboet. De inbreuken overlappen temporeel ongeveer zes maanden; tussen 1 maart 2016 en 22 augustus 2016. In de berekening van de boetehoogte voor Gedraging I en Gedraging II wordt de omzet van [onderneming 1] vervolgens twee keer geraakt en de basisboete stijgt voor beide inbreuken boven het boetemaximum uit. Voor zowel Gedraging I als voor Gedraging II heeft de ACM [onderneming 1] het wettelijk boetemaximum van 5.110.000 opgelegd in het boetebesluit. Hoewel artikel 57 van de Mw zich niet verzet tegen de mogelijkheid tot het opleggen van boetes voor twee of meer afzonderlijke en (geheel of gedeeltelijk) op

zichzelf staande overtredingen, die gezamenlijk het wettelijk boetemaximum voor één overtreding overschrijden, acht de ACM het in heroverweging echter onevenredig om [onderneming 1] een boete ter hoogte van tweemaal het wettelijke boetemaximum voor twee overtredingen die deels in tijd overlappen. De ACM heeft daarom onderzocht of zij de boete voor [onderneming 1] kon matigen door een lager percentage te nemen van de betrokken omzet, vergelijkbaar met hetgeen de ACM eerder in het Taxivervoerbesluit heeft gedaan.³⁰ Die benadering heeft echter geen effect op de boetebepaling van [onderneming 1]. Voor zowel Gedraging I en Gedraging II stijgt de basisboete zo sterk uit boven het boetemaximum voor [onderneming 1], dat het aanpassen van de parameters geen effect heeft. In het licht van de hierboven genoemde bijzondere zaakspecifieke omstandigheden, verlaagt de ACM beide boetes voor [onderneming 1] daarom met 10%. Dit resulteert in een boete voor [onderneming 1] van 9.198.000 in totaal voor de Gedragingen I en II.

83. In bestreden besluit 1 heeft de ACM met betrekking tot het draagkrachtverweer van [onderneming 1] overwogen dat [onderneming 4] en [onderneming 5] dusdanig organisatorisch, juridisch en economisch met [onderneming 1] zijn verbonden dat zij feitelijk als één entiteit te beschouwen zijn. Om die reden kan volgens de ACM de financiële positie van [onderneming 4] en [onderneming 5] worden betrokken bij het bepalen van de draagkracht van [onderneming 1]. De ACM heeft in dit verband gewezen op een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 8 juli 2015 (de Afdelingsuitspraak).³¹ [onderneming 4] en [onderneming 5] houden ieder 50% van de certificaten van [naam stichting] en zijn daarmee gezamenlijk 100% aandeelhouder van de andere beboete entiteiten. Beide topholdings staan ingeschreven in het handelsregister als financiële holding. De jaarrekeningen van [onderneming 1] van 2020 en 2021 laten een rekening-courantverhouding zien met [onderneming 4] en [onderneming 5]. De twee enige aandeelhouders van [onderneming 4] en [onderneming 5] besturen [naam stichting]. Een van hen is middellijk bestuurder en feitelijk betrokken bij de bedrijfsvoering van [onderneming 1].

84. Voor zover [onderneming 3] zich heeft aangesloten bij het betoog van [onderneming 2] inzake het bepalen van de omzet slaagt dit volgens de ACM niet, reeds omdat de ACM de boete van [onderneming 3] zodanig fors heeft gematigd op grond van een hardheidsverweer, dat een aanpassing van de betrokken omzet haar niet zou kunnen baten.

De boetehoogte: standpunten ondernemingen in beroep

85. In beroep heeft [onderneming 2] het volgende aangevoerd tegen de omzetvaststelling en boetehoogte. De ACM verwijt [onderneming 2] ten onrechte dat zij een te lage omzet heeft opgegeven. De ACM verweet [onderneming 2] aanvankelijk een overtreding ten aanzien van de inkoop van industrie-eieren. De ACM heeft daarom alleen de inkoop van eieren die [onderneming 2] inkocht ten behoeve van de productie van eiprodukten tot de besmette omzet gerekend. De overige eieren die [onderneming 2] inkocht ten behoeve van haar activiteiten als pakstation (de "tafeleieren" of thans "ei-in-schaal" eieren), behoorden volgens de ACM niet tot de besmette omzet. Dit is ook logisch omdat volgens de ACM [onderneming 2] en [onderneming 1] met Gedraging I niet hadden afgestemd bij de inkoop van tafeleieren, maar slechts bij de inkoop van industrie-eieren. Daarnaast is de ACM volgens [onderneming 2] om de volgende redenen uitgegaan van een te hoge omzet.

86. In de Wasserijen-zaak heeft de ACM het standpunt ingenomen dat de in aanmerking te nemen omzet de waarde is van alle transacties die door de onderneming tijdens de overtredingsperiode zijn verricht op het gebied van de verkoop van goederen of levering van diensten waarop de overtreding ziet. Als eenmaal vaststaat op welke goederen of diensten de overtreding betrekking heeft, dan wordt de waarde van de verkopen van al deze goederen of diensten in aanmerking genomen bij het vaststellen van de betrokken omzet.³² De definitie van "betrokken omzet" komt ook voor in de Boetebeleidsregels 2009, die is overgenomen in de (originele) Boetebeleidsregels 2014. In de aangepaste Boetebeleidsregels 2014 naar aanleiding van de wet verhoging boetemaxima is deze definitie niet langer opgenomen, deze Boetebeleidsregels kennen dus geen definitie van "betrokken omzet". Uit de standpunten van de ACM in procedures die sinds 1 juli 2016 gevoerd zijn (maar ook de rechtspraak van het College), blijkt echter dat

deze definitie sindsdien niet is gewijzigd. Het betreft de volgende definitie in artikel 1.1, eerste lid, van de Boetebeleidsregels ACM 2014 (oud):

“betrokken omzet:

- a. de opbrengst die een overtreder heeft behaald met de levering van goederen en diensten die direct of indirect verband houden met een overtreding, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen, dan wel
- b. indien geen opbrengst als bedoeld in onderdeel a kan worden vastgesteld, de omzet die de overtreder heeft behaald op de te beschermen markt of een deel daarvan, of
- c. indien hij op de te beschermen markt geen omzet heeft behaald, de omzet die de overtreder heeft behaald met zijn eigen bijdrage aan de overtreding, ()”

Het gaat bij de betrokken omzet volgens [onderneming 2] dus om omzet die direct of indirect verband houdt met de overtreding. Uit de woorden “direct of indirect” volgt dat de ACM niet voor ieder onderdeel van de betrokken omzet hoeft aan te tonen dat die besmet is, het gaat om het product en het economisch belang van de betrokken goederen. Er zijn echter wel grenzen, want er moet in ieder geval sprake zijn van enig verband tussen de betrokken omzet en de gestelde overtreding.³³ Ook uit de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie bij inkoopkartels waaronder de zaak Styrene volgt dat niet zonder meer alle inkoopomzet tot de besmette omzet mag worden gerekend.³⁴

87. [onderneming 2] wijst erop dat de ACM heeft vastgesteld dat (vermeende) Gedraging I louter ziet op de inkoop van eieren (in het Boetebesluit “industrie-eieren” en in bestreden besluit I “kooi- en scharreleieren”) bij legghouders. Daarom dient volgens [onderneming 2] ook enkel de inkoop van die eieren in de boeteberekening te worden betrokken. In lijn met bovengenoemd juridisch kader dient de betrokken omzet te daarom te worden aangepast. Daarbij geldt het volgende.

88. [namen bedrijven] hadden gedurende Gedraging I niets van doen met de inkoop van eieren bij legghouders. Hoewel het eerste en het tweede rapport nog waren gericht aan deze rechtspersonen, heeft de ACM daarom in het boetebesluit en bestreden besluit 1 deze rechtspersonen niet langer als overtreder aangemerkt. De ACM stelde vast dat slechts [onderneming 2] als overtreder kon worden aangemerkt. Dit is gezien de hiervoor omschreven activiteiten van de verschillende rechtspersonen ook goed te volgen. Bovendien is dit in lijn met de besluiten van de ACM in Samsung en LG waar de ACM verkopen aan niet besmette retailers ook niet tot de betrokken omzet rekende.³⁵ De logische vervolgstap is dan ook dat de inkoop van eieren door deze rechtspersonen bij niet legghouders niet tot de betrokken omzet wordt gerekend. Dat heeft de ACM niet gedaan in bestreden besluit 1. Hiervoor dient te worden gecorrigeerd. Op de besmette omzet dient 16.148.994 in mindering te worden gebracht, dit is namelijk het bedrag waarvoor [onderneming 2] in 2015 eieren heeft ingekocht via bijkoop.

89. In de tweede plaats dient volgens [onderneming 2] de betrokken omzet te worden gecorrigeerd naar gelang het inkoop betreft die niet op grond van de NOP-noteringen is ingekocht. [onderneming 2] heeft in bezwaar toegelicht dat zij een groot deel van haar eieren niet inkocht op basis van een notering, maar op basis van een vaste prijs. Dit betreft een kostprijs systematiek waarbij legghouders een prijs krijgen op basis van parameters als de prijs voor voer en energie. Op deze manier zijn legghouders beschermd in het geval hun productiekosten flink stijgen, en zullen zij altijd een positieve marge kunnen maken. Logischerwijs zijn eieren die zijn ingekocht op basis van deze systematiek niet besmet door de verweten gedragingen. Gedurende Gedraging I kocht [onderneming 2] gemiddeld genomen 58% van haar kooi- en scharreleieren op basis van een vaste prijs. De betrokken omzet moet met 42% (100-58) worden verminderd.

90. [onderneming 2] heeft inzake de omzetvaststelling en de boetheogte verder aangevoerd dat het grootste deel van Gedraging I plaatsvond in 2016, zodat 2016 het refertejaar had moeten vormen. In dat

jaar had [onderneming 2] een lagere omzet dan in 2015. Ook stelt [onderneming 2] dat de ACM de betrokken omzet ten onrechte heeft vermenigvuldigd met de factor 17/12, omdat Gedraging I anders dan de ACM meent wegens tussentijdse inactiviteit niet 17 maanden heeft geduurd. Omdat het onaannemelijk is dat Gedraging I enig effect kan hebben (getuige het Oxera-rapport), dient de forfaitaire verhoging van 10% achterwege te blijven. Ten aanzien van de vaststelling van de ernstfactor stelt [onderneming 2] dat de ACM daarbij de economische context van de overtreding dient te betrekken. Volgens [onderneming 2] moet de ACM bij het vaststellen van de context rekening houden met de aard van de betrokken producten, de omvang van de markt, het marktaandeel van de overtreder, en de schadelijkheid voor de economie en de markt van het verweten gedrag.³⁶ Bij het bepalen van de ernstfactor dient dus rekening te worden gehouden met de mate waarin schadelijk gedrag zich heeft gemanifesteerd. En voor de beoordeling van de ernst van gedragingen is ook relevant of de gedragingen een incidenteel of structureel karakter hadden, zo blijkt uit de uitspraak van het College in de Sloopbedrijven-zaak.³⁷ Volgens [onderneming 2] miskent de ACM met de ernstfactor van 15% dat uit de contactmomenten die de ACM aandraagt als bewijs voor Gedraging I, niet blijkt dat de verweten gedragingen zich daadwerkelijk hebben gemanifesteerd. Bovendien geven de incidentele contactmomenten geen blijk van ook maar enige afstemming ten aanzien van het grootste deel van Gedraging I. Verder stelt [onderneming 2] dat zij en [onderneming 1] een zeer klein marktaandeel hadden en dat de wetenschap van de ondernemingen geen rol behoort te spelen bij de ernst van gedragingen I. Vanwege het forse tijdverloop sinds het eerste rapport dient de boete fors gematigd te worden tot een symbolisch bedrag, aldus [onderneming 2].

91. Net als [onderneming 2] heeft [onderneming 1] in beroep aangevoerd dat de ACM, gelet op het door haar aangedragen bewijs, niet 2015 maar 2016 als grondslagjaar had behoren te nemen waarover de inkoopwaarde zou moeten worden berekend. In het boetebesluit concludeerde de ACM namelijk dat het eerste afstemmoment tussen [onderneming 1] en [onderneming 2] dateert van 13 april 2015 en dat zij in de periode juni 2015 tot januari 2016 geen enkel bewijs heeft aangetroffen van afstemming tussen beide partijen. De ACM heeft voor het jaar 2015 slechts één bewijsstuk overgelegd, te weten: een Whatsappconversatie van 13 april 2015. De overige bewijsstukken dateren van 2016. De ACM gaat volgens [onderneming 1] ten onrechte uit van een pleegperiode van 17 maanden in plaats van maximaal vijf maanden, namelijk de periode (afgerond) waarop het bewijs betrekking heeft. Rekening houdend met het wettelijk boetemaximum dat voor [onderneming 1] destijds gold, zou de opgelegde boete voor Gedraging I en Gedraging II tezamen, volgens [onderneming 1] bij een halvering van de ernstfactor in overeenstemming met de Taxivervoer-zaak in totaal niet meer kunnen bedragen dan 5.767.741. En daarbij geldt dat één boete voor beide Gedragingen tezamen gebaseerd op het maximum per gedraging van 5.110.000 meer in de rede zou liggen.

92. Een boete van een totaalbedrag van 5.110.000 of 5.767.741 zou volgens [onderneming 1] echter nog steeds onevenredig hoog zijn wanneer deze wordt beoordeeld in het licht van de (potentiële) impact van de gedragingen op de markt. Immers, de gedragingen bestreken niet de gehele vraagzijde van de relevante markt zodat de leghenhouders, aan de aanbodzijde van de markt, hun producten met voldoende overgebleven vraagconcurrentie konden blijven aanbieden. In dit verband zij ook verwezen naar de uitspraak van het College in de het sloopbedrijven-zaak, die gaat over prijslenen bij aanbestedingsprocedures. In dit concept vindt er verboden informatie-uitwisseling plaats tussen bijvoorbeeld inschrijvers op een totaal van vier a vijf inschrijvers. Anders dan het geval is bij meeromvattende aanbestedingskartels, waar bijvoorbeeld sprake is van een toerbeurtregeling, zal de uitkomst van deze aanbesteding doorgaans niet worden bepaald door de bij de afstemming in het kader van prijslening betrokken ondernemingen. Het College beoordeelde deze vorm van mededingingsbeperking dan ook niet anders dan de ACM als een "zeer zware" maar als een "zware" overtreding, waarbij het de ernstfactor halveerde op de betrokken bandbreedte.³⁸

93. Maar ook die boete is gelet op de beperkte draagkracht van [onderneming 1] te hoog. [onderneming 1] meent namelijk dat de ACM de financiële positie van [onderneming 4] en [onderneming 5] niet mag betrekken bij de verwerping van het draagkrachtverweer van [onderneming 1]. Volgens [onderneming 1] heeft de ACM de Afdelingsuitspraak verkeerd toegepast. Er is geen fiscale eenheid tussen deze topholdings enerzijds en [onderneming 1] anderzijds. Een van de voorwaarden daarvoor is dat [onderneming 4] dan

wel [onderneming 5] meer dan 50% van de aandelen in bezit heeft. Dit is niet het geval. Daarnaast is er geen economische verwevenheid tussen de topholdings en [onderneming 1]. [onderneming 1] enerzijds en de topholdings anderzijds streven namelijk niet hetzelfde doel na. Zo bestaan de activiteiten van [onderneming 1] en haar dochtermaatschappijen voornamelijk uit de fabricage, import en export en groothandel van eiproducten. De activiteiten van de genoemde topholdings bestaan voornamelijk uit beheersactiviteiten. Verder is er geen overkoepelende leiding, aangezien [onderneming 5] op dit moment de enige bestuurder van [onderneming 1] is. Verder heeft de laatste dividenduitkering vanuit [[onderneming 1] die ten goede kwam aan de topholdings plaatsgevonden in 2014, dus in het boekjaar voor de door de ACM beboete gedragingen. In de jaren daarna heeft er geen enkele dividenduitkering plaatsgevonden, waardoor er dus geen liquiditeit of vermogen is onttrokken ten tijde van de beboete gedragingen of in de periode daarna. De rekening-courantrelating verhouding is niet relevant, want daarop staat een bedrag dat verbleekt bij de omzet.

94. Bij deze beoordeling is volgens [onderneming 1] ook relevant dat de topholdings geen financiële middelen ter beschikking zullen stellen voor het betalen van de boetes. Als zij niet fourneren, beschikt [onderneming 1] zelf over te weinig financiële middelen om de boetes te voldoen. []

95. [onderneming 1] heeft voorts aangevoerd dat de ACM de ondernemingen op willekeurige wijze heeft behandeld. Dat [onderneming 3] de gematigde boete ineens heeft kunnen voldoen, betekent volgens [onderneming 1] dat de ACM niet heeft beoordeeld in hoeverre [onderneming 3] de door de ACM evenredig geachte boete met een betalingsregeling van twee jaar geheel zou kunnen voldoen. Had de ACM dat wel gedaan dan zou aan [onderneming 3] een hogere boete dan 1.000.000 zijn opgelegd.

96. [onderneming 3] heeft in beroep geen gronden tegen de hoogte van de aan haar opgelegde boete aangevoerd.

De boetehoogte: de beoordeling door de rechtbank

97. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

98. De rechtbank heeft hiervoor geoordeeld dat de Gedragingen ieder een enkele voortdurende inbreuk opleveren. Daaruit volgt dat de stellingen van de ondernemingen over de duur van de Gedragingen moeten worden verworpen. Uit zowel de oude en nieuwe versie van de Boetebeleidsregel ACM 2014 volgt uit artikel 1.1, eerste lid, dat voor de betrokken omzet in alle gevallen wordt aangesloten bij de omzet in het laatste volledige kalenderjaar waarin de desbetreffende overtreding is begaan, dan wel het kalenderjaar waarin het grootste deel van de overtreding heeft plaatsgevonden indien de overtreding in meerdere kalenderjaren heeft plaatsgevonden, vermenigvuldigd met een factor van 1/12 per maand dat de overtreding geduurd heeft, waarbij een periode korter dan een maand wordt afgerond op een hele maand naar boven. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de ACM voor beide Gedragingen aangesloten bij het juiste jaar. De beroepsgronden van [onderneming 2] en [onderneming 1] die zich daartegen richten slagen dus niet.

99. Met de ACM is de rechtbank anders dan [onderneming 2] van oordeel dat de betrokken omzet niet verminderd dient te worden met de eieren die op basis van vaste kostprijs of via bijkoop zijn ingekocht. Bij de vaststelling van de betrokken omzet kan de ACM alle opbrengsten meetellen die een overtreder heeft behaald met de levering van goederen en diensten die direct en indirect verband houden met een overtreding en indien deze opbrengst niet kan worden vastgesteld, neemt zij de omzet van de overtreder die hij heeft behaald op de te beschermen markt of een deel ervan. Wat [onderneming 2] in dit verband heeft aangevoerd slaagt niet om de volgende redenen. De ACM wijst er in haar verweer terecht op dat uit de LG-zaak niet volgt dat de ACM in de onderhavige zaak op een andere wijze de betrokken omzet van [onderneming 2] had moeten bepalen. Zowel in de LG-zaak als in de onderhavige zaak heeft de ACM de betrokken omzet bepaald aan de hand van de reikwijdte van de overtreding. In de LG-zaak waren er verticale prijsafspraken met zeven retailers die door de ACM als een overtreding zijn aangemerkt, dus

heeft de ACM de betrokken omzet ook bepaald aan de hand van deze zeven retailers. Gedraging I ziet echter niet alleen op prijsafspraken, maar bevat meerdere mededingingsbeperkende gedragingen van [onderneming 2] en [onderneming 1] die in staat waren de inkoopmarkt voor kooi- en scharreleieren te beïnvloeden. De ACM heeft daarom terecht en in lijn met de LG-zaak de betrokken omzet op basis van de totale inkoopwaarde van kooi- en scharreleieren bepaald. Om dezelfde reden gaat de vergelijking die [onderneming 2] maakt met de zaak Styrene die betrekking heeft op contact over de noteringen van styreen niet op. De stelling van [onderneming 2] dat de eieren die zij op basis van een vaste prijs heeft ingekocht niet besmet kunnen zijn door de verweten gedragingen, miskent wederom dat Gedraging I niet alleen ziet op prijsafspraken.

100. Ook het betoog dat de ACM de opslag van 10% achterwege zou moeten laten en dat zij de ernstfactor te hoog heeft vastgesteld, volgt de rechtbank niet. Zoals hiervoor geoordeeld heeft Gedraging I een mededingingsbeperkende strekking. Daarbij hebben de gevolgen van de verweten gedraging zich daadwerkelijk gemanifesteerd. Dit zijn factoren die meegewogen mogen worden in de vaststelling van de ernst van de overtreding en de hoogte van de ernstfactor. [onderneming 2] en [onderneming 1] spraken over inkooprijzen, de verdeling van leghenhouders en andere concurrentiegevoelige informatie. De ACM heeft terecht weersproken dat [] sprake is van een incidenteel karakter, nu er vele malen afstemming heeft plaatsgevonden tussen [onderneming 2] en [onderneming 1]. De rechtbank acht de toepassing van een opslag bovenop de omzet voorts evenredig omdat [onderneming 2] en [onderneming 1] met Gedraging I de prijzen die zij betaalden aan de leghenhouders neerwaarts hebben beïnvloed. Evenmin volgt de rechtbank het betoog dat de boete tot een symbolisch bedrag zou moeten worden gematigd vanwege het tijdsverloop sinds het eerste rapport. Verderop zal de rechtbank zich buigen over de vraag of een overschrijding van de redelijke termijn moet leiden tot een beperkte matiging van het boetebedrag.

101. Het beroep van [onderneming 1] op de Taxivervoer-zaak slaagt niet. De ACM heeft gemotiveerd uiteengezet dat zij alternatieven heeft overwogen om de boetes te matigen, maar dat halvering van de basisboete voor beide Gedragingen geen optie was, omdat halvering tot geen passend resultaat leidt. De ernstfactor wordt bepaald aan de hand van de ernst van de overtreding. Door deze te halveren wordt het beeld geschetst dat de Gedragingen I en II minder ernstig zijn voor zover het gaat om [onderneming 1], omdat het percentage de helft is van het percentage dat de ACM heeft toegepast bij het bepalen van de boetes voor [onderneming 3] en [onderneming 2]. Met de ACM acht de rechtbank het daarentegen juist zeer ernstig dat [onderneming 1] betrokken was bij beide Gedragingen. Bij bestreden besluit 1 heeft de ACM terecht de ernst benadrukt van de twee opeenvolgende Gedragingen met een mededingingsbeperkend doel, waarin [onderneming 1] in de unieke positie verkeerde om beide inbreuken te beëindigen, wat zij niet heeft gedaan. Niet ten onrechte heeft de ACM voorts aangevoerd dat halvering van de ernstfactor ook niet in lijn is met het gelijkheidsbeginsel. Het gaat hier om een ernstige overtreding door [onderneming 1] en [onderneming 2]. Dat wordt met het percentage van 15% tot uitdrukking gebracht. Dat percentage is voor alle betrokken ondernemingen gelijk. De halvering van de ernst factor zou slechts voor [onderneming 1] de boete voor Gedraging 1 matigen, wat noch evenredig, noch in gelijke verhouding zou staan met de boete voor [onderneming 2].

102. Ook het beroep van [onderneming 1] op de uitspraak van het College in de Sloopbedrijven-zaak slaagt niet. In die zaken heeft het College geoordeeld dat sprake was van een minder ernstige variant van "bid-rigging". In de nu voorliggende zaak gaat het echter om zeer ernstige inbreuken op het kartelverbod. De ondernemingen hebben met elkaar afspraken gemaakt over de belangrijkste concurrentieparameter, namelijk de prijs en de marktverdeling. De ACM heeft terecht aangevoerd dat Gedragingen naar hun aard reeds in staat zijn de mededinging ernstig te verstoren door de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie tussen belangrijke concurrenten en dat de afspraken ook gevolgen hebben gehad. De rechtbank is daarom van oordeel dat de ACM de ernstfactor op 15% heeft kunnen vaststellen.

103. Evenmin is er aanleiding om de Gedragingen I en II als een geheel te beschouwen en om slechts één boete op te leggen ter hoogte van één keer het boetemaximum. De ACM heeft immers twee afzonderlijke inbreuken op het kartelverbod vastgesteld, terwijl [onderneming 1] als enige was betrokken bij beide mededingingsbeperkende Gedragingen. [onderneming 1] heeft zo bewust haar concurrentiepositie kunnen verbeteren op de inkoopmarkt voor kooi- en scharreleieren en het meeste voordeel gehad van haar unieke positie als gevolg van de Gedragingen I en II. De ACM heeft [onderneming 1] terecht wegens meerdaadse samenloop voor beide overtredingen beboet.

104. De rechtbank oordeelt echter dat een matiging van 10% van beide boetes onvoldoende recht doet aan de omstandigheid dat [onderneming 1] gelijktijdig wordt beboet voor haar deelname aan twee deels parallelle gedragingen. Indien een (rechts-)persoon gelijktijdig door twee met elkaar samenhangende boetes in het vermogen wordt geraakt, vergt het evenredigheidsbeginsel dat bij de afstemming van de hoogte van deze boetes daarmee rekening wordt gehouden. De gezamenlijke hoogte van de opgelegde boetes van de opgelegde boetes moet dan evenredig zijn.³⁹ Uit rechtspraak volgt dat de bestuursrechter in een dergelijke situatie een korting dient toe te passen die aanzienlijk hoger ligt dan 10% per boete of wat op hetzelfde neerkomt een korting op één van de boetes met 20%.⁴⁰ Daar tegenover staat dat in een kartelzaak als deze een afschrikwekkende boete noodzakelijk is, waarbij rekening gehouden moet worden bij het behaalde voordeel. Uit een oogpunt van evenredige boetetoemeting acht de rechtbank in dit geval een korting van 25% voor beide boetebedragen passend en geboden. Dit komt neer op een totaalbedrag van 7.665.000 dat [onderneming 1] zal moeten voldoen. De rechtbank zal hierna bezien of verdere boetematiging geboden is.

105. Uit een uitspraak van het College⁴¹ volgt dat geen rechtsregel eraan in de weg dat bij het opleggen van boetes rekening wordt gehouden met de draagkracht van de moedermaatschappij of de groep. Waar in de Afdelingsuitspraak nog wordt uitgegaan van de situatie dat zón matigingsberoep kan worden verworpen indien beide entiteiten kunnen worden vereenzelvigd, vormt dit in de latere uitspraak van het College geen voorwaarde. Overigens is de rechtbank met de ACM van oordeel dat de onderhavige feitelijke verhouding tussen [onderneming 1] en [onderneming 4] en [onderneming 5], waarbij [namen] op alle niveaus uiteindelijk de zeggenschap hadden, zodanig overeenkomt met die in de zaak die voorlag in de Afdelingsuitspraak, dat ook hier van vereenzelviging kan worden uitgegaan. De omstandigheid dat [onderneming 4] en [onderneming 5] door de ACM niet aansprakelijk zijn gesteld voor de aan [onderneming 1] opgelegde boetes is hierbij niet maatgevend. Omdat [onderneming 4] en [onderneming 5] vermogend zijn, vormt de financiële positie van [onderneming 1] geen reden voor verdere boetematiging. Evenmin kan [onderneming 1] een succes doen op het verbod van willekeur. Ook in het geval van [onderneming 3] heeft de ACM naar zij stelt de mogelijkheid beoordeeld van moedermaatschappijen om bij te dragen. Dat de uitkomst van beide beoordelingen verschillend is, maakt niet reeds dat de ACM willekeurig heeft gehandeld. Dat zij het hardheidsverweer van [onderneming 3] wel heeft gehonoreerd, maar dat van [onderneming 1] niet, komt omdat de ACM tot de conclusie kwam dat [onderneming 3] de oorspronkelijke boete van 8.816.938 niet kon dragen, maar wel een boete van 1.000.000.

Redelijke termijn

106. [onderneming 2] betoogt dat de boete dient te worden gematigd gezien de duur van de administratieve procedure. [onderneming 2] verwijst daarbij naar de LG-zaak, waarbij de ACM de boete matigde met 5% vanwege de bijzonder lange duur tussen het uitbrengen van het eerste rapport en het bekendmaken van het sanctiebesluit. Nu de ACM geen boetevermindering heeft toegekend in deze zaak, terwijl er volgens [onderneming 2] een vergelijkbare periode zit tussen het eerste rapport en

sanctiebesluit, is er volgens [onderneming 2] willekeur aan de zijde van de ACM.

107. De ACM heeft in haar verweerschrift het volgende aangevoerd. In de LG-zaak heeft de ACM een matiging toegepast omdat in die zaak sprake is geweest van ernstige vertraging in de behandeling wegens beperkte beschikbaarheid en herschikking van capaciteit binnen de ACM.⁴² De behandeling van de onderhavige zaak heeft niet stilgelegen. De ACM heeft gedegen onderzoek gedaan en de ondernemingen uitgebreid de mogelijkheid geboden om hun zienswijzen te geven, zoals hierboven reeds is geschetst. Het feit dat er aanvullend onderzoek heeft plaatsgevonden, maakt dat de procedure langer heeft geduurd. Daarnaast hebben de ondernemingen ook bijgedragen aan de langere duur van de procedure. Niet alleen heeft de ACM herhaaldelijk verzoeken moeten doen voor het aanleveren van informatie, maar de ondernemingen hebben ook meermaals om uitstel verzocht voor onder andere de dataroom, in afwachting van de parallel lopende civiele procedures die zij hadden aangespannen.⁴³ De ondernemingen hebben, parallel aan de administratieve fase bij de ACM, verschillende procedures aangespannen met betrekking tot de onderhavige zaak. Deze procedures hebben bijgedragen aan de langere doorlooptijd van de procedure.

108. Omdat de ondernemingen hebben geklaagd over de duur van de besluitvorming, zal de rechtbank dit met toepassing van artikel 8:69, tweede lid, van de Awb vertalen in een beroep op matiging van de bestuurlijke boetes wegens overschrijding van de redelijke termijn. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

109. Het charge-moment als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het EVRM is naar het oordeel van de rechtbank aangevangen met het uitbrengen van het eerste rapport op 9 februari 2021.⁴⁴ Tussen dit moment en het doen van uitspraak door de rechtbank ligt een termijn van ongeveer drie jaar en tien maanden. Naar vaste rechtspraak geldt in kartelzaken een termijn van 3,5 jaar voor de bestuurlijke fase en die bij de rechtbank samen in beginsel als redelijk.⁴⁵ Dit betekent dat die termijn is overschreden met ongeveer vijf maanden. Er kan echter aanleiding zijn om de redelijke termijn te verlengen indien de vertraging is te wijten aan het gedrag van de betrokken ondernemingen of vanwege handelingen die samenhangen met hun verdedigingsbelang.⁴⁶ De rechtbank ziet daartoe in dit geval aanleiding. Hoewel het niet aan de ondernemingen maar aan de ACM zelf is te wijten dat DM een tweede rapport heeft uitgebracht, is er ook vertraging in de afdoening opgetreden door het gedrag van de ondernemingen, waar de ACM hiervoor terecht ook op heeft gewezen. De rechtbank ziet aanleiding daarom de redelijke termijn in deze zaak te verlengen. Daarbij gaat de rechtbank uit van een verlenging van de redelijke termijn met ongeveer tweeëneenhalve maand vanaf 31 maart 2021 wegens de vertraging in de dataroomprocedure na het eerste rapport. Gelet op het tijdstip dat de rechtbank uitspraak doet is de verlengde redelijke termijn dus met een aantal weken overschreden.

110. In kartelzaken hanteert het College een korting van 5% per overschrijding van de redelijke termijn met een half jaar of een gedeelte daarvan, dit met een maximum van

5.000 per half jaar overschrijding.⁴⁷ Gelet hierop zal de rechtbank op alle boetes afzonderlijk⁴⁸ een korting van 5.000 toepassen. Dit betekent dat [onderneming 1] tweemaal een boete zal moeten voldoen van 3.827.500 (totaal 7.655.000), dat [onderneming 2] een boete zal moeten voldoen van 15.736.500 en [onderneming 3] een boete zal moeten voldoen van 995.000. De rechtbank zal op die wijze zelf in de zaken voorzien.

Openbaarmaking

111. Uit artikel 12v, eerste en derde lid, van de Instellingswet volgt dat de ACM gehouden is tot openbaarmaking van het boetebesluit en bestreden besluit 1. Dit is gelet op artikel 12v, tweede lid, in verbinding met artikel 12u, vierde lid, van de Instellingswet slechts anders indien de openbaarmaking naar het oordeel van de ACM in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht op de naleving. Verder volgt uit artikel 12v, eerste lid, onder a, b en c, dat de ACM kan beslissen om bepaalde gegevens als bedoeld in artikel 5.1, tweede lid, onderdeel f, van de Wet open overheid niet openbaar te maken, maar dat dit niet geldt voor de namen van de overtredende marktorganisaties.

112. Het betoog van de ondernemingen dat openbaarmaking van het boetebesluit en bestreden besluit 1 geheel achterwege dient te blijven, volgt de rechtbank niet. De rechtbank ziet geen aanknopingspunten voor het oordeel dat openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het aan de ACM opgedragen toezicht op de naleving, dit temeer nu de boeteoplegging in essentie in stand blijft en de ondernemingen terecht als overtreder zijn aangemerkt.⁴⁹ Voor een verdergaande belangenafweging zoals de ondernemingen die voorstaan is in dit verband geen ruimte, ook niet indien een ruime uitleg wordt gegeven aan artikel 12u, vierde lid, van de Instellingswet.

113. Gelet op de uitspraak van de voorzieningenrechter van 8 mei 2023 heeft de ACM bij de publicatie van bestreden besluit 1 aangegeven vooralsnog af te zien van openbaarmaking van de boetebedragen en de cijfermatige onderbouwing daarvan. In de voorliggende zaak voorziet de rechtbank zelf door de boetebedragen vast te stellen. En hoewel uit rechtspraak volgt dat een neerwaartse bijstelling van een boete in beroep niet met zich brengt dat daarmee ook automatisch de publicatie van het hogere boetebedrag onrechtmatig wordt,⁵⁰ ziet de rechtbank zich gesteld voor de vraag welke gevolgen het neerwaarts bijstellen van de boetebedragen in dit geval moet hebben. Daarbij laat de rechtbank meewegen dat de oude boetebedragen thans nog niet zijn gepubliceerd en de ACM heeft besloten de publicatie van het boetebesluit te herroepen voor zover dit ziet op de aan [onderneming 1] opgelegde boetes. Gelet op een en ander ziet de rechtbank aanleiding de beslissing tot publicatie van het boetebesluit te herroepen voor zover dit ziet op de hoogte van de aan [onderneming 2] en [onderneming 3] opgelegde boetes. In zoverre komt ook bestreden besluit 1 dat mede ziet op de heroverweging van het besluit tot publicatie van het boetebesluit voor vernietiging in aanmerking.

114. Ook ziet de rechtbank aanleiding om bestreden besluit 2 te vernietigen voor zover daarin is besloten om de boetebedragen die zijn vastgesteld met bestreden besluit 1 wel te publiceren. De ACM heeft daar immers met bestreden besluit 2 niet van afgezien, maar heeft slechts aangegeven dat zij gelet op de eerste uitspraak van de voorzieningenrechter de boetebedragen en onderbouwing daarvan vooralsnog niet openbaar zal maken. Verder onderschrijft de rechtbank wat de voorzieningenrechter in haar uitspraak van 12 februari 2024 heeft overwogen. Dit betekent dat bestreden besluit 2 ook voor vernietiging in aanmerking komt voorover daarin te weinig gegevens zijn weggelakt. Dit betekent dat de beroepen tegen bestreden besluit 2 eveneens gegrond zijn.

Conclusie en gevolgen

115. De beroepen zijn zoals reeds in punt 42 is overwogen gegrond. De rechtbank zal bestreden besluit 1 vernietigen en het boetebesluit herroepen voor zover deze besluiten zien op de hoogte van de opgelegde boetes en op de publicatie van de boetebedragen en de onderbouwing daarvan. De rechtbank stelt de boetes die [onderneming 1] zal moeten voldoen vast op een bedrag van in totaal 7.655.000. Verder bepaalt de rechtbank dat [onderneming 2] een boete zal moeten voldoen van 15.736.500 en dat

[onderneming 3] een boete zal moeten voldoen van 995.000. De rechtbank zal bestreden besluit 2 vernietigen voor zover dit ziet op de publicatie van de bij bestreden besluit 1 vastgestelde boetebedragen en de onderbouwing daarvan alsmede voor zover daarin gegevens niet onleesbaar zijn gemaakt met inachtneming van de punten 12.6, 12.7 en 12.8 van de uitspraak van de voorzieningenrechter van 12 februari 2024.

116. Omdat de ondernemingen deels in het gelijk worden gesteld dient de ACM het door hen betaalde griffierecht te vergoeden. Om dezelfde reden wordt de ACM veroordeeld in de proceskosten van de ondernemingen. Omdat iedere onderneming afzonderlijk is beboet en zij elk met eigen gemachtigden hebben geprocedeerd, ziet de rechtbank aanleiding de samenhang te beperken tot de beroepen tegen bestreden besluit 1 en bestreden besluit 2 per onderneming. Dit betekent dat iedere onderneming in aanmerking komt voor een proceskostenvergoeding voor twee samenhangende zaken. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht per onderneming voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand in bezwaar vast op 2.588 (1 punt voor het indienen van een bezwaarschrift en 1 punt voor het bijwonen van de hoorzitting in bezwaar 647 en wegingsfactor 2 wegens de zwaarte). En in beroep stelt de rechtbank die kosten per onderneming vast op 3.628 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van 907 en wegingsfactor 2).

117. [onderneming 2] heeft voorts verzocht om de ACM te veroordelen in de kosten die samenhangen met de door haar ingeschakelde economische deskundige. De kosten van een deskundige komen op grond van vaste rechtspraak op de voet van artikel 8:75 Awb voor vergoeding in aanmerking als het inroepen van die deskundige redelijk was en ook de deskundigenkosten zelf redelijk zijn.⁵¹ Weliswaar vloeit heruit voort dat niet is vereist dat een deskundigenrapport over een voor de uitkomst van dat geschil mogelijk relevante vraag uiteindelijk heeft bijgedragen aan de rechterlijke beslissing, maar de rechtbank ziet in overeenstemming met uitspraken van de Afdeling en het College reden om hierop een uitzondering te maken.⁵² De rechtbank neemt hierbij in de eerste plaats in aanmerking dat de ACM terecht het standpunt heeft ingenomen dat de precieze marktafbakening niet van belang is bij een strekkingsbeding als hier aan de orde. In de tweede plaats heeft Oxera naar het oordeel van de rechtbank op een onnavolgbare dan wel aantoonbaar onjuiste wijze de markt afgebakend en de marktaandelen van de ondernemingen berekend. De ACM hoeft die deskundigenkosten daarom niet te vergoeden.

Beslissing

De rechtbank:

verklaart de beroepen gegrond;

vernietigt bestreden besluit 1 voor zover dit ziet op de hoogte van de opgelegde boetes en op de publicatie van de boetebedragen en de onderbouwing daarvan;

herroept het boetebesluit voor zover dit ziet op de hoogte van de opgelegde boetes en op de publicatie van de boetebedragen en de onderbouwing daarvan;

bepaalt het totale boetebedrag dat [onderneming 1] aan de ACM zal moeten voldoen op 7.655.000;

bepaalt het boetebedrag dat [onderneming 2] aan de ACM zal moeten voldoen op 15.736.500;

bepaalt het boetebedrag dat [onderneming 3] aan de ACM zal moeten voldoen op 995.000;

bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde deel bestreden besluit 1; vernietigt bestreden besluit 2 voor zover dit ziet op de publicatie van de bij bestreden besluit 1 vastgestelde boetebedragen en de onderbouwing daarvan alsmede voor zover daarin gegevens niet onleesbaar zijn gemaakt met inachtneming van de punten 12.6, 12.7 en 12.8 van de uitspraak van de voorzieningenrechter van 12 februari 2024;

bepaalt dat de ACM de door [onderneming 1], [onderneming 2] en [onderneming 3] betaalde griffierechten aan hen vergoedt (elk 365);

veroordeelt de ACM in de proceskosten van [onderneming 1], [onderneming 2] en [onderneming 3] tot een bedrag van 6.216 voor elk van deze partijen.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.C. Rop, voorzitter, en mr. S.E.C. Debets en mr. Y.E. de Muynck, leden, in aanwezigheid van mr. R. Stijnen, griffier. De uitspraak is in het openbaar gedaan op 8 januari 2025.

griffier voorzitter

Een afschrift van deze uitspraak is verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

-
- 1 ECLI:NL:RBROT:2023:3953.
 - 2 ECLI:NL:CBB:2020:92, punt 7.9.
 - 3 ECLI:NL:RBROT:2024:909.
 - 4 Vgl. ECLI:NL:RVS:2024:1297.
 - 5 Vgl. ECLI:NL:RVS:2018:1950 en ECLI:NL:CBB:2014:118.
 - 6 Vgl. ECLI:NL:RVS:2023:3298 en ECLI:NL:CBB:2020:33.
 - 7 Vgl. ECLI:NL:RVS:2023:913 en ECLI:NL:RVS:2024:4174.
 - 8 Vgl. ECLI:NL:RVS:2022:1198.
 - 9 Onder meer ECLI:NL:CBB:2021:372 (Koel- en vrieshuizen), punt 11.2.
 - 10 Dit overzicht is ook terug te vinden in het Oxera-rapport blz. 55, figuur 6.2.
 - 11 ECLI:EU:C:2015:614 (Total Marketing Services), punt 26 en de daar aangehaalde rechtspraak.
 - 12 Bijv. ECLI:EU:C:2024:638 (Banco BPN), punt 54; ECLI:EU:T:2019:778 (Campine), punt 300; ECLI:NL:CBB:2019:150 (Taxivervoer), 9.3.1 en ECLI:NL:CBB:2024:129 (Dakdekkers), punt 5.6.1.
 - 13 Bijv. EU:C:2009:343 (T-Mobile Netherlands e.a.), punt 51 en EU:C:2015:184 (Dole Food e.a.), punt 127.
 - 14 De ACM wijst in dit verband op ECLI:EU:T:2015:383 (FSL Holdings), punt 178.
 - 15 Randnummer 73 van bestreden besluit 1.
 - 16 Vgl. EU:C:2015:184 (Dole Food e.a.), punt 122; ECLI:EU:C:2023:1011 (Europese Superleague), punt 163 en ECLI:EU:C:2024:638 (Banco BPN), punt 57.
 - 17 ECLI:EU:T:2019:778 (Campine), punt 295.
 - 18 Zie ook ECLI:NL:CBB:2024:129 (Dakdekkers), punt 5.5 en 5.6.2.
 - 19 Bijv. EU:C:2009:343 (T-Mobile Netherlands e.a.), punt 51 en EU:C:2015:184 (Dole Food e.a.), punt 127.
 - 20 EU:C:2014:2204 (CB), punt 53 en EU:C:2015:184 (Dole Food e.a.), punt 117.
 - 21 Zie het eerdergenoemde arrest Campine, overweging 295 met verwijzing naar verdere rechtspraak.
 - 22 ECLI:EU:C:2002:98 (Wouters), punt 95.
 - 23 Vgl. ECLI:EU:T:2000:77 (Cimenteries CBR), punt 3699.
 - 24 ECLI:EU:C:2022:480 (Sony Optiarc), punt 64.
 - 25 ECLI:NL:CBB:2016:187 (Meelkartel), punt 14.5.
 - 26 ECLI:EU:C:2022:480 (Sony Optiarc), punt 108.
 - 27 ECLI:EU:C:2015:717 (AC-Treuhand), punt 31. Zie voorts in eerdere voetnoten EU:C:2009:343 (T-Mobile Netherlands e.a.), punt 51 en EU:C:2015:184 (Dole Food e.a.), punt 127.
 - 28 ECLI:EU:T:2013:259 (Trelleborg Industrie) en ECLI:EU:T:2015:383 (FSL).
 - 29 Bijv. ECLI:NL:CBB:2018:526 (Wasserijen), punt 8.2.1 en punt 8.3.2.
 - 30 Zie 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 (Taxivervoer), punt 11.2.4.
 - 31 ECLI:NL:RVS:2015:2120, punt 9.3.
 - 32 ECLI:NL:CBB:2018:526 (Wasserijen), punt 8.2.1.
 - 33 ECLI:NL:CBB:2018:526 (Wasserijen), punt 8.3.2.
 - 34 Besluit van de Europese Commissie van 29 november 2022, zaak AT.40547 (Styrene), randnummer 136.
 - 35 Openbare versies van het sanctiebesluit Samsung televisies van 14 september 2021, ACM/UIT/567212 en het sanctiebesluit LG van 11 juli 2023, ACM/UIT/604321.
 - 36 ECLI:NL:RBROT:2023:10490 (Samsung), punten 39 en 39.2.
 - 37 ECLI:NL:CBB:2017:325 (Sloopbedrijven), punt 7.3.4.
 - 38 ECLI:NL:CBB:2017:325 (Sloopbedrijven), punt 7.3.5.

- ³⁹ ECLI:NL:CBB:2023:159, punt 8.2.
- ⁴⁰ Bijv. ECLI:NL:RVS:2014:2493 (Sprookjesboom), punt 15.3; ECLI:NL:CBB:2017:308, punt 4.2.4 en ECLI:NL:RBROT:2018:8873, punt 9.7.
- ⁴¹ ECLI:NL:CBB:2021:432, punt 6.2.7.
- ⁴² Openbare versie van het sanctiebesluit LG van 11 juli 2023, ACM/UIT/604321, randnummer 704.
- ⁴³ ECLI:NL:RBDHA:2021:7149 en ECLI:NL:GHDHA:2023:408.
- ⁴⁴ Bijv. ECLI:NL:CBB:2008:BD6629, punt 7.18 en ECLI:NL:CBB:2011:BP8077, punt 9.27.
- ⁴⁵ Bijv. ECLI:NL:CBB:2008:BD6629, punt 7.20 en ECLI:NL:CBB:2011:BP8077, punt 9.27.
- ⁴⁶ ECLI:NL:CBB:2015:191, punt 5.2, slotgedeelte.
- ⁴⁷ Bijv. ECLI:NL:CBB:2024:316, punt 8.3.2.
- ⁴⁸ Zie bijv. ECLI:NL:CBB:2010:BM1588, slotgedeelte punt 6.7.
- ⁴⁹ Vgl. ECLI:NL:RVS:2019:3106, punt 5.1.
- ⁵⁰ ECLI:NL:CBB:2014:163, punt 4.4.4.
- ⁵¹ Bijv. ECLI:NL:CBB:2021:136, punt 10.
- ⁵² ECLI:NL:RVS:2024:1798 en ECLI:NL:CBB:2021:961.
-